

TE Verg Bescheid 2008/12/1 SVKS/64/19

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.12.2008

Norm

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §127

GewO 1994 §32

1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. GewO 1994 § 32 heute
 2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
 5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Text

Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg - Kammer B erlässt durch die Richterin Dr. Elisabeth Schmidbauer als Vorsitzende und Dr. Franz Hirnsperger und Dr. Manfred Huber als Beisitzer in der Vergabesache "Offenes Verfahren Tore und Türen für das Bauvorhaben Umfahrung Tunnel F***", Antragstellerin A***, vertreten durch B***, Antragsgegner C***, mitbeteiligte Partei D***, vertreten durch E***, nach der am 1.12.2008 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung nachstehenden

B E S C H E I D B E S C H E römisch eins D :

Der Antrag vom 10.11.2008 auf Nichtigerklärung der vom Antragsgegner am 3.11.2008 bekannt gegebenen Entscheidung, den Zuschlag im Vergabeverfahren "Tore und Türen für das Bauvorhaben Umfahrung Tunnel F***" der Fa D*** erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung), wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 und 14 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, LGBl Nr 28/2007 iVm

Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr 17/2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2 und 14 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 – S.VKG 2007, Landesgesetzblatt Nr 28 aus 2007, in Verbindung mit Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 17 aus 2006,.

Begründung:

C*** führt ein offenes Vergabeverfahren "Tore und Türen für das Bauvorhaben Umfahrung Tunnel F***" durch. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union Nr 2008/S 170-227547 am 3.9.2008.

Mit Schreiben vom 3.11.2008 gab der Antragsgegner die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa D*** bekannt. Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 17.11.2008 angegeben.

Am 10.11.2008 brachte die Antragstellerin beim Vergabekontrollsenat Salzburg einen Antrag auf Nachprüfung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein und beantragte, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Vorbringen der Parteien:

Die Antragstellerin führte in ihrem Antrag vom 10.11.2008 und in ihrer Äußerung vom 28.11.2008 aus, dass sie sich fristgerecht mit einem ausschreibungskonformen Angebot am Vergabeverfahren beteiligt habe, wobei sie einen Gesamtpreis von € 491.891,-- angeboten habe.

Am 1.10.2008 habe die Angebotsöffnung stattgefunden. Es seien lediglich zwei Angebote, eines von ihr sowie eines von der mitbeteiligten Partei Fa D***, abgegeben worden. Für die Vergabe sei das Billigstbieterprinzip vorgesehen. Aufgrund ihres Preises sei sie entsprechend der Angebotseröffnung zweitbilligste Bieterin gewesen. Die mitbeteiligte Partei habe dem Angebot ein Begleitschreiben sowie ein Leistungsverzeichnis beigelegt, jedoch keine sonstigen weiteren Beilagen, insbesondere Nachweise der Befugnis, Zuverlässigkeit und Eignung allfälliger Subunternehmer. In dem im Zuge der Angebotsöffnung vorgelesenen Begleitschreiben der mitbeteiligten Partei habe diese festgehalten, dass "der Verguss bauseits beigelegt werden sollte".

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vergabeverfahren durch ein ausschreibungskonformes Angebot gezeigt. Sie sei jedenfalls befähigt und habe die notwendige technische Leistungsfähigkeit, um den gegenständlichen Auftrag auszuführen. Sie habe auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an diesem Auftrag. Hinsichtlich Ihres Schadens drohe ihr zumindest der Entgang des kalkulierten Gewinns. Darüber hinaus drohe der Verlust der bisher aufgewendeten Kalkulations- und Auftragsbearbeitungskosten in Höhe von ca. € 3.000,--, weiters ein Verlust infolge der nun auflaufenden Rechtsberatungskosten. Darüber hinaus entgehe ihr die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Bei rechtskonformer Vorgehensweise hätte der Antragsgegner das Angebot der mitbeteiligten Partei ausscheiden müssen. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung erachte sich die Antragstellerin in folgenden Rechten verletzt: In ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs 1 BVergG, im Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, im Recht auf Ausscheiden eines mangelhaften Angebotes, im Recht auf korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbs. Bei rechtskonformer Vorgehensweise hätte der Antragsgegner das Angebot der mitbeteiligten Partei ausscheiden müssen. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung erachte sich die Antragstellerin in folgenden Rechten verletzt: In ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG, im Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung, im Recht auf Ausscheiden eines mangelhaften Angebotes, im Recht auf korrekte Bestbieterermittlung sowie auf Gleichbehandlung und Durchführung eines fairen Wettbewerbs.

Zu den behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten führte die Antragstellerin aus, die mitbeteiligte Partei

- -Strichaufzählung
habe ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt;
- -Strichaufzählung
verfüge nicht über die Befugnis, um den Auftrag ohne Beiziehung von Subunternehmern durchzuführen und habe bei Angebotsabgabe keine Nachweise über allfällige Subunternehmer beigelegt.
- -Strichaufzählung
verfüge nicht über die technische Leistungsfähigkeit, um den Auftrag ohne Beiziehung von Subunternehmern durchzuführen und habe bei Angebotsabgabe keine Nachweise über allfällige Subunternehmer beigelegt.

- -Strichaufzählung

Ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot:

Die mitbeteiligte Partei habe im Begleitschreiben zum Angebot festgehalten, dass "der Verguss bauseits erfolgen sollte". Im Leistungsverzeichnis werde an mehreren Stellen ausdrücklich festgehalten, dass Vergussarbeiten vom Leistungsumfang des Auftragnehmers umfasst seien. So werde zB in der Leistungsbeschreibung bei den Positionen 020101, 020102, 020201 D, 020301 und 020302 ausdrücklich klar gestellt, dass "die Bodenschwellen in der bauseits vorhandenen Aussparung zu versetzen und auszubetonieren" seien. Trotzdem habe die mitbeteiligte Partei in das Begleitschreiben aufgenommen, dass "der Verguss bauseits erfolgen sollte". Unter Berücksichtigung aller Umstände und im Zusammenhang mit dem objektiven Erklärungswert dieser Formulierung könne das Begleitschreiben nur so verstanden werden, dass die mitbeteiligte Partei gegenüber dem Auftraggeber klarstellen wolle, dass sie die Vergussarbeiten nicht durchführen werde, sondern diese Arbeit vom Auftraggeber bauseits beigestellt werden solle.

Zumindest sei aber davon auszugehen, dass unklar sei, wie die Formulierung des Begleitschreibens zu verstehen sei. Nach der Zweifelsregel des § 915 ABGB werde eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich ihrer bedient habe. Die mitbeteiligte Partei müsse sich die aufgrund der unklaren Formulierung resultierenden Nachteile zurechnen lassen, was dazu führe, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen wäre, da ein unbehebbarer Angebotsmangel vorliege. Wenn man die Formulierung im Begleitschreiben nicht so verstehe, so sei zumindest davon auszugehen, dass die mitbeteiligte Partei über diesen Punkt noch eine Einigung habe erzielen wollen. Zumindest sei aber davon auszugehen, dass unklar sei, wie die Formulierung des Begleitschreibens zu verstehen sei. Nach der Zweifelsregel des Paragraph 915, ABGB werde eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich ihrer bedient habe. Die mitbeteiligte Partei müsse sich die aufgrund der unklaren Formulierung resultierenden Nachteile zurechnen lassen, was dazu führe, dass ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen wäre, da ein unbehebbarer Angebotsmangel vorliege. Wenn man die Formulierung im Begleitschreiben nicht so verstehe, so sei zumindest davon auszugehen, dass die mitbeteiligte Partei über diesen Punkt noch eine Einigung habe erzielen wollen.

Darüber hinaus habe die Formulierung des Begleitschreibens dazu geführt, dass ein Aufklärungsgespräch stattgefunden habe. Gerade dies zeige, dass offensichtlich nicht klar gewesen sei, was mit dieser Formulierung gemeint gewesen sei. Dies führe dazu, dass es ausschließlich in der Hand der mitbeteiligten Partei liege, aufgrund des Begleitschreibens in einem darauf folgenden Aufklärungsgespräch, je nach dem, ob sie an das Angebot gebunden sein wolle oder nicht, eine entsprechende Erklärung abzugeben und nachträglich darauf hinzuwirken, dass ihr Angebot ausgeschieden werden müsse. Dies verstoße gegen das dem Vergabegesetz zugrunde liegende Gleichbehandlungsprinzip aller Bieter gemäß § 19 Abs 1 BVergG. Darüber hinaus habe die Formulierung des Begleitschreibens dazu geführt, dass ein Aufklärungsgespräch stattgefunden habe. Gerade dies zeige, dass offensichtlich nicht klar gewesen sei, was mit dieser Formulierung gemeint gewesen sei. Dies führe dazu, dass es ausschließlich in der Hand der mitbeteiligten Partei liege, aufgrund des Begleitschreibens in einem darauf folgenden Aufklärungsgespräch, je nach dem, ob sie an das Angebot gebunden sein wolle oder nicht, eine entsprechende Erklärung abzugeben und nachträglich darauf hinzuwirken, dass ihr Angebot ausgeschieden werden müsse. Dies verstoße gegen das dem Vergabegesetz zugrunde liegende Gleichbehandlungsprinzip aller Bieter gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG.

- -Strichaufzählung

Mangelnde Befugnis sowie Fehlen der erforderlichen Nachweise:

Unter anderem seien die Lieferung und Montage eines Hydraulikantriebs sowie einer Torsteuerung für eine Doppelflügeltür ausgeschrieben. Konkret handle es sich um die Positionen 020303A und 020303B, welche neben der Montage auch die Inbetriebnahme und Einschulung des Bedienungspersonals umfassten. Für die Durchführung dieser Leistungen sei aus gewerberechtlicher Sicht das Gewerbe der Elektrotechnik gemäß § 94 Z 16 GewO notwendig, ohne welche ein Unternehmer nicht befugt sei, derartige Leistungen zu erbringen. Die mitbeteiligte Partei verfüge lediglich über die Gewerbeberechtigung des Schlossers, sodass sie nicht befugt sei, die ausschreibungsgemäß geschuldete Leistung ohne Beiziehung von Subunternehmern zu erbringen. Für den Fall, dass sie keinen Subunternehmer genannt habe, verfüge die mitbeteiligte Partei jedenfalls nicht über die Befugnis, um den konkreten Auftrag durchzuführen. Das Angebot sei daher für diesen Fall gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG zwingend auszuschneiden. Unter anderem seien die

Lieferung und Montage eines Hydraulikantriebs sowie einer Torsteuerung für eine Doppelflügeltür ausgeschrieben. Konkret handle es sich um die Positionen 020303A und 020303B, welche neben der Montage auch die Inbetriebnahme und Einschulung des Bedienungspersonals umfassten. Für die Durchführung dieser Leistungen sei aus gewerberechtlicher Sicht das Gewerbe der Elektrotechnik gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO notwendig, ohne welche ein Unternehmer nicht befugt sei, derartige Leistungen zu erbringen. Die mitbeteiligte Partei verfüge lediglich über die Gewerbeberechtigung des Schlossers, sodass sie nicht befugt sei, die ausschreibungsgemäß geschuldete Leistung ohne Beiziehung von Subunternehmern zu erbringen. Für den Fall, dass sie keinen Subunternehmer genannt habe, verfüge die mitbeteiligte Partei jedenfalls nicht über die Befugnis, um den konkreten Auftrag durchzuführen. Das Angebot sei daher für diesen Fall gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zwingend auszuschneiden. Für den Fall, dass sie einen Subunternehmer namhaft gemacht habe, sei das Angebot trotzdem auszuschneiden. Wenn sich Bieter auf die Leistungsfähigkeit Dritter berufen würden, seien gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG bereits bei Angebotsabgabe die erforderlichen Bescheinigungen vorzulegen. Der Antragsgegner habe auf diese Pflicht auch in den Ausschreibungsunterlagen auf Seite 14 explizit hingewiesen: "Wenn sich der Unternehmer bei der wirtschaftlich/finanziellen und/oder technischen Leistungsfähigkeit auf die Leistungsfähigkeit Dritter beruft, ist ein "Nachreichen" von Subunternehmernennungen sowie deren Nachweise der Befugnis, Zuverlässigkeit und Eignung (die dies nachweisen sollen), nach Angebotseröffnung nicht mehr möglich." Für den Fall, dass sie einen Subunternehmer namhaft gemacht habe, sei das Angebot trotzdem auszuschneiden. Wenn sich Bieter auf die Leistungsfähigkeit Dritter berufen würden, seien gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bereits bei Angebotsabgabe die erforderlichen Bescheinigungen vorzulegen. Der Antragsgegner habe auf diese Pflicht auch in den Ausschreibungsunterlagen auf Seite 14 explizit hingewiesen: "Wenn sich der Unternehmer bei der wirtschaftlich/finanziellen und/oder technischen Leistungsfähigkeit auf die Leistungsfähigkeit Dritter beruft, ist ein "Nachreichen" von Subunternehmernennungen sowie deren Nachweise der Befugnis, Zuverlässigkeit und Eignung (die dies nachweisen sollen), nach Angebotseröffnung nicht mehr möglich."

Die mitbeteiligte Partei sei daher verpflichtet gewesen, bereits bei Angebotsabgabe die entsprechenden Nachweise über die Befugnis, Zuverlässigkeit und Eignung des namhaft gemachten Subunternehmers sowie den Nachweis, dass sie über die Kapazitäten des Subunternehmers verfügen könne, dem Angebot beizulegen. Wie sich aus dem Protokoll über die Angebotsöffnung nachweislich ergebe, habe die mitbeteiligte Partei bei Angebotsabgabe keine derartigen Nachweise dem Angebot beigelegt.

Aus dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei und des Antragsgegners ergebe sich, dass die mitbeteiligte Partei die erforderlichen Eignungsnachweise für den namhaft gemachten Subunternehmer erst nach Angebotsabgabe nachgereicht habe. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ergebe sich daher daraus, dass der Antragsgegner entgegen den eigenen Bestimmungen in der Ausschreibung das Nachreichen von Nachweisen zugelassen habe. Er habe dadurch gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß § 19 Abs 1 BVergG verstoßen. Aus dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei und des Antragsgegners ergebe sich, dass die mitbeteiligte Partei die erforderlichen Eignungsnachweise für den namhaft gemachten Subunternehmer erst nach Angebotsabgabe nachgereicht habe. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ergebe sich daher daraus, dass der Antragsgegner entgegen den eigenen Bestimmungen in der Ausschreibung das Nachreichen von Nachweisen zugelassen habe. Er habe dadurch gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVergG verstoßen.

Bezüglich eines gewerberechtlichen Nebenrechtes sei festzuhalten, dass gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO den Gewerbetreibenden das Nebenrecht zustehe, Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen würden, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben, absatzfähig zu machen. Bezüglich eines gewerberechtlichen Nebenrechtes sei festzuhalten, dass gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO den Gewerbetreibenden das Nebenrecht zustehe, Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen würden, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben, absatzfähig zu machen.

Beim Hydraulikantrieb für das Doppelflügeltor handle es sich jedenfalls nicht um Vor- oder Vollendungsarbeiten, um das eigene Produkt absatzfähig zu machen. Der Hydraulikantrieb sei ein vom Tor gesonderter Bauteil, der nicht notwendiger Weise für den Betrieb des Doppelflügeltores installiert werden müsse. Ein Doppelflügeltor könne auch ohne Hydraulikantrieb eingebaut werden. Daher handle es sich hierbei um eine Aufrüstung und die Installation des Hydraulikantriebes stelle weder eine Vor- noch eine Vollendungsarbeit für die Lieferung und Montage der Doppelflügeltore dar.

Weiters seien Gewerbetreibende gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO berechtigt, Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang zu erbringen, welche die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen würden. Das Verhältnis der Auftragssumme zum Verhältnis des angebotenen Positionspreises sei jedoch nicht mehr als geringfügige Leistung zu qualifizieren. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass es sich beim Hydraulikantrieb und der Torsteuerung um komplexe technische Anlagen handle, für deren Installation mehr Fachwissen erforderlich sei als für den bloßen Ankauf und die Montage. Ausschreibungsgemäß seien neben der Montage auch die Inbetriebnahme und die Schulung des Bedienungspersonals gefordert. Auch für diese Leistungen bedürfe es besonderer Fachkenntnis. Insbesondere die Montage und Inbetriebnahme des Hydraulikantriebs und der Torsteuerung gehöre zur Kerntätigkeit des Gewerbes Elektrotechnik. Von wesentlicher Bedeutung sei auch, dass es sich bei der Montage des Hydraulikantriebes und der Torsteuerung vor allem aus sicherheitstechnischer Sicht um keine Leistung von geringem Umfang handle. Derartige Hydraulikantriebe und Torsteuerungen würden im Automatikbetrieb laufen und insbesondere auch im Brandfall zum Einsatz kommen. Mit einer unsachgemäßen Montage und Installation seien daher offenkundig Gefahr für Leib und Leben einer großen Anzahl von Personen verbunden. Weiters seien Gewerbetreibende gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO berechtigt, Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfang zu erbringen, welche die eigenen Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen würden. Das Verhältnis der Auftragssumme zum Verhältnis des angebotenen Positionspreises sei jedoch nicht mehr als geringfügige Leistung zu qualifizieren. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass es sich beim Hydraulikantrieb und der Torsteuerung um komplexe technische Anlagen handle, für deren Installation mehr Fachwissen erforderlich sei als für den bloßen Ankauf und die Montage. Ausschreibungsgemäß seien neben der Montage auch die Inbetriebnahme und die Schulung des Bedienungspersonals gefordert. Auch für diese Leistungen bedürfe es besonderer Fachkenntnis. Insbesondere die Montage und Inbetriebnahme des Hydraulikantriebs und der Torsteuerung gehöre zur Kerntätigkeit des Gewerbes Elektrotechnik. Von wesentlicher Bedeutung sei auch, dass es sich bei der Montage des Hydraulikantriebes und der Torsteuerung vor allem aus sicherheitstechnischer Sicht um keine Leistung von geringem Umfang handle. Derartige Hydraulikantriebe und Torsteuerungen würden im Automatikbetrieb laufen und insbesondere auch im Brandfall zum Einsatz kommen. Mit einer unsachgemäßen Montage und Installation seien daher offenkundig Gefahr für Leib und Leben einer großen Anzahl von Personen verbunden.

Dass es sich bei den Positionen 020303 A und 020303 B um Eventualpositionen handle, ändere nichts daran, dass ein Bieter auch für die Durchführung dieser Leistungen die entsprechende Befugnis haben müsse. Gemäß § 19 Abs 1 letzter Satz BVergG habe die Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Der Antragsgegner habe in die Ausschreibung die Eventualpositionen aufgenommen, diese seien somit Bestandteil der Ausschreibung. Der Bieter erkläre mit Abgabe seines Angebots, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kenne, er über die erforderliche Befugnis zur Ausführung des Auftrages verfüge, die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringe und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot binde. Der Bieter sei daher an sein Angebot und somit auch an die bei den Eventualpositionen angebotenen Preise gebunden. Dass es sich bei den Positionen 020303 A und 020303 B um Eventualpositionen handle, ändere nichts daran, dass ein Bieter auch für die Durchführung dieser Leistungen die entsprechende Befugnis haben müsse. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, letzter Satz BVergG habe die Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Der Antragsgegner habe in die Ausschreibung die Eventualpositionen aufgenommen, diese seien somit Bestandteil der Ausschreibung. Der Bieter erkläre mit Abgabe seines Angebots, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kenne, er über die erforderliche Befugnis zur Ausführung des Auftrages verfüge, die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringe und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot binde. Der Bieter sei daher an sein Angebot und somit auch an die bei den Eventualpositionen angebotenen Preise gebunden.

Da die mitbeteiligte Partei nicht über die notwendige Befugnis für die Durchführung der Leistungen gemäß den Positionen 020303 A und 020303 B verfüge, sei ihr Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden. Da die mitbeteiligte Partei nicht über die notwendige Befugnis für die Durchführung der Leistungen gemäß den Positionen 020303 A und 020303 B verfüge, sei ihr Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden.

- -Strichaufzählung

Mangelnde technische Leistungsfähigkeit und Fehlen der erforderlichen Nachweise:

Vom Leistungsumfang seien ua die Lieferung und der komplette Einbau von Doppelflügeltoren T90 und T30, geprüft nach ÖNORM B3852 mit Dichtung, brandbeständig und rauchdicht als Edelstahl-Torkonstruktion umfasst gewesen. Weiters habe der Auftraggeber ein Zertifikat einer autorisierten Prüfstelle gefordert. Konkret seien nachfolgende Positionen in der Leistungsgruppe 0203 enthalten:

- -Strichaufzählung
Position 020301 A: Doppelflügeltor T90 360/350
- -Strichaufzählung
Position 020301 B: Doppelflügeltor T90 360/350 feuerverzinkt
- -Strichaufzählung
Position 020301 C: Aufzählung für selbstschließende Ausführung
- -Strichaufzählung
Position 020302 A: Doppelflügeltor T30 360/350
- -Strichaufzählung
Position 020302 B: Aufzählung für selbstschließende Ausführung
- -Strichaufzählung
Position 020303 A: Hydraulikantrieb
- -Strichaufzählung
Position 020303 B: Torsteuerung Doppelflügeltor. Die mitbeteiligte Partei verfüge für alle diese Leistungen nicht über die für die Herstellung notwendige technische Leistungsfähigkeit, sie sei nicht in der Lage, die geschuldeten Doppelflügeltore und Gittertore selbst herzustellen. Die Herstellung von derartigen Doppelflügeltoren könne nur durch ein entsprechend zertifiziertes Unternehmen erfolgen. Konkret müsse dieses Unternehmen ua über ein Brandschutzzertifikat gemäß der ÖNORM B3852 verfügen.

Die mitbeteiligte Partei verfüge im Gegensatz zur Antragstellerin nicht über dieses Brandschutzzertifikat, welches für die Herstellung der geforderten Tore notwendig sei. Aus diesem Grund habe die mitbeteiligte Partei vor Angebotsabgabe auch ein Angebot bei der Antragstellerin für die Durchführung der genannten Leistungen eingeholt. Da die mitbeteiligte Partei mangels technischer Leistungsfähigkeit die genannten Leistungen nicht erbringen könne, benötige sie zur Durchführung des Auftrages einen Subunternehmer. Für den Fall, dass sie keinen Subunternehmer genannt habe, verfüge sie jedenfalls nicht über die technische Leistungsfähigkeit für den konkreten Auftrag. Die mitbeteiligte Partei hätte bereits bei Angebotsabgabe für den namhaft zu machenden Subunternehmer die erforderlichen Bescheinigungen vorlegen müssen. Wie sich aus dem Protokoll über die Angebotsöffnung ergebe, sei sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen. Auf Grund dieses unbeheblichen Angebotsmangels sei ihr Angebot daher zwingend auszuschneiden.

Nach dem Vorbringen des Antragsgegners und der mitbeteiligten Partei habe diese die erforderlichen Eignungsnachweise sowie die geforderten Zertifikate erst nach Angebotsabgabe nachgereicht. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ergebe sich daraus, dass der Antragsgegner in den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen Mindestvoraussetzungen aufgestellt habe, von denen er nachträglich zu Gunsten der mitbeteiligten Partei abgerückt sei, indem er das Nachreichen von Nachweisen zugelassen habe.

Die mitbeteiligte Partei habe in ihrem Angebot Tore der Firma G*** angeboten. Der Antragsgegner gehe zu Unrecht davon aus, dass es sich bei der Firma G*** lediglich um einen Lieferanten handle. Das ergebe sich schon daraus, dass laut der Vertragsbestimmung zur Obergruppe 02 "Tor und Türe" (Seite 46 der Ausschreibungsunterlagen) die Lieferung und die Montage der Türen und Tore vom Leistungsumfang umfasst seien. Aus diesem Grund habe die mitbeteiligte Partei die Firma G*** auch nicht als Lieferant, sondern als Subunternehmer beauftragt.

Bei den Doppelflügeltoren handle es sich auch nicht um eine übliche Handelsware, sondern um spezielle zu fertigende Einzelteile. Die Herstellung derartiger Doppelflügeltore gehöre zur Kerntätigkeit des Schlossergewerbes. Die Firma G*** stelle nicht nur eine bloße Ware zur Verfügung, welche die mitbeteiligte Partei weiter veräußere, sondern fertige nach den speziellen Anforderungen des Antragsgegners und stelle dadurch Mittel zur Durchführung des Auftrages zur Verfügung, insbesondere die Zertifizierung, wie sie zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlich wäre. Aus diesen Gründen sei jedenfalls davon auszugehen, dass die Firma G*** nicht als Lieferant, sondern als Subunternehmer zu qualifizieren sei.

Der Antragsgegner beantragte in seiner Gegenäußerung vom 13.11.2008 die Zurückweisung des

Nachprüfungsantrages.

Er führte aus, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um ein "Schlossereilos" (Geweck) der Baumeisterarbeiten für die Errichtung der Umfahrung F*** handle. Der Wert aller Lose (Gewecke) sei gemäß § 14 Abs 1 BVergG 2006 zusammen zu zählen. Es ergebe sich daher ein Schwellenwert, der wesentlich über €Er führte aus, dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um ein "Schlossereilos" (Geweck) der Baumeisterarbeiten für die Errichtung der Umfahrung F*** handle. Der Wert aller Lose (Gewecke) sei gemäß Paragraph 14, Absatz eins, BVergG 2006 zusammen zu zählen. Es ergebe sich daher ein Schwellenwert, der wesentlich über €

5,150.000,-- liege. Die Wahl des offenen Verfahrens und die Ausschreibung im Oberschwellenbereich seien daher rechtens und gesetzlich geboten gewesen.

Im Begleitschreiben der mitbeteiligten Partei zum Angebot habe diese ua Folgendes vermerkt: "Sämtliche Stemm- und Vergussarbeiten sollen bauseits durchgeführt werden". Aufgrund dieses Vorbehaltes hätten Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmens bestanden und es sei daher am 14.10.2008 ein kommissionelles Aufklärungsgespräch gemäß § 127 BVergG 2006 durchgeführt worden. Dabei habe die mitbeteiligte Partei mitgeteilt, dass sie in der Lage sei, diese Arbeiten durchzuführen und dies auch so kalkuliert und angeboten habe. Mit ihrem Vorbehalt habe sie nur zu verstehen geben wollen, dass es von Vorteil wäre, die Arbeiten unter Preiskorrektur in der Schlussrechnung von der durchführenden Baufirma mitmachen zu lassen. Jedenfalls sei das Wort "sollte" so zu verstehen. Im Aufklärungsgespräch sei daher Folgendes protokolliert worden: Im Begleitschreiben der mitbeteiligten Partei zum Angebot habe diese ua Folgendes vermerkt: "Sämtliche Stemm- und Vergussarbeiten sollen bauseits durchgeführt werden". Aufgrund dieses Vorbehaltes hätten Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit des Unternehmens bestanden und es sei daher am 14.10.2008 ein kommissionelles Aufklärungsgespräch gemäß Paragraph 127, BVergG 2006 durchgeführt worden. Dabei habe die mitbeteiligte Partei mitgeteilt, dass sie in der Lage sei, diese Arbeiten durchzuführen und dies auch so kalkuliert und angeboten habe. Mit ihrem Vorbehalt habe sie nur zu verstehen geben wollen, dass es von Vorteil wäre, die Arbeiten unter Preiskorrektur in der Schlussrechnung von der durchführenden Baufirma mitmachen zu lassen. Jedenfalls sei das Wort "sollte" so zu verstehen. Im Aufklärungsgespräch sei daher Folgendes protokolliert worden:

"Die gemäß Ausschreibung vorgesehenen Stemm- und Verputzarbeiten werden vom Bieter ausgeführt".

Des Weiteren seien noch Kalkulationsblätter und Übereinstimmungszeugnisse übergeben worden und es habe für den Antragsgegner sohin kein Zweifel mehr an der Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei bestanden. Zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens sei daher ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorgelegen.

Hinsichtlich der behaupteten mangelnden Befugnis und des Fehlens der erforderlichen Nachweise seien die Positionen der "Lieferung und Montage einer Torsteuerung" als "Eventualpositionen" ausgeschrieben gewesen und daher in der Angebotssumme nicht berücksichtigt worden. Es handle sich um nicht vergabefähige Zusatzleistungen, also um Preisanfragen für allfällige spätere Aufrüstungen. Die Befugnis eines Schlossergewerbes sei somit für die ausgeschriebene Leistung vollkommen ausreichend. Darüber hinaus hätten die beiden Eventualpositionen im Vergleich zur Hauptleistung einen so geringen Stellenwert, dass vom Mangel einer Befugnis nicht ausgegangen werden könne. Ein Subunternehmer sei also für den Bereich der Eignung nicht notwendig gewesen.

Zur behaupteten mangelnden technischen Leistungsfähigkeit bleibe es dahin gestellt, ob die mitbeteiligte Partei in der Lage sei, die Tore selbst herzustellen. Dies sei auch nicht Gegenstand der Ausschreibung gewesen. Ausgeschrieben seien die Lieferung und der Einbau von diversen Toren gewesen. Die mitbeteiligte Partei habe Tore der Firma G*** angeboten und die dafür erforderlichen Zertifikate nachgereicht. Es sei lediglich erforderlich, dass die angebotenen Tore brandschutzzertifiziert seien. Dies sei nachweislich der Fall, bei der Nachreichung handle es sich um einen verbesserungsfähigen Mangel.

Die mitbeteiligte Partei beantragte in ihrer Entgegnung vom 18.11.2008, den Nachprüfungsantrag zurück- bzw abzuweisen und bestritt generell, dass eine rechtswidrige Zuschlagserteilung vorliege und die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt worden sei.

Es sei richtig, dass sie im Begleitschreiben angemerkt habe, dass "der Verguss bauseits erfolgen solle." Dazu sei festzuhalten, dass sie sämtliche Vergussarbeiten im Angebot gesetzeskonform ausgepreist habe. Daraus folge, dass sie bereit und auch in der Lage sei, auch die Vergussarbeiten auszuführen. Sie haben damit nur eine Empfehlung

ausgesprochen, der keine rechtliche Bedeutung beigemessen werden könne. Sie habe damit keinesfalls zum Ausdruck gebracht, die Vergussarbeiten würden nicht ausgeführt werden. Die Empfehlung befinde sich auch nicht im Angebot, sondern in einem Begleitschreiben. Sie habe damit nur zum Ausdruck bringen wollen, dass die Zweckmäßigkeit in diesem Punkt mit einem allfälligen finanziellen Vorteil verbunden wäre. Sie habe keinesfalls ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt.

Bei der Lieferung und Montage eines Hydraulikantriebes und einer Torsteuerung handle es sich eindeutig um Nebenleistungen zur Hauptleistung. Insofern diese Leistung nicht im Rahmen des Schlossergewerbes als Nebengewerbe erbracht werden könne, würden derartige Aufträge ohnehin an Subunternehmer vergeben.

Hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit sei im Angebot angegeben worden, dass die Doppelflügeltore in Subaufträgen vergeben würden. Es sei richtig, dass sie für Doppelflügeltore nicht zertifiziert sei. Aus diesem Grunde werde der diesbezügliche Auftrag auch an den Subunternehmer Firma G*** vergeben.

Auf Grund der aufgenommenen Beweise wird folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt: Auf Grund der aufgenommenen Beweise wird folgender, entscheidungswesentlicher Sachverhalt festgestellt:

C*** führt ein offenes Vergabeverfahren "Tore und Türen für das Bauvorhaben Umfahrung Tunnel F***" durch.

Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union Nr 2008/S 170-227547 am 3.9.2008.

Aus der Ausschreibung ergeben sich auszugsweise folgende Feststellungen:

- -Strichaufzählung
Seite 13f:
"Subunternehmer

Anmerkung: Lieferanten sind keine Subunternehmer und müssen daher nicht angegeben werden.

? Ich / Wir benötigen zur Auftragsausführung keine Subunternehmerleistungen

? Ich / Wir benötigen zur Auftragsausführung folgende

Subunternehmerleistungen

Es sind nur die wesentlichen Teile des Auftrages, welche der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben:

"Name/Bezeichnung des Subunternehmers Leistungsteil"

Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.

Anmerkung: Wenn sich der Unternehmer bei der wirtschaftlich/ finanziellen und/oder technischen Leistungsfähigkeit auf die Leistungsfähigkeit Dritter beruft, ist ein "Nachreichen" von Subunternehmernennungen sowie deren Nachweise der Befugnis, Zuverlässigkeit und Eignung (die dies nachweisen sollen), nach Angebotseröffnung nicht mehr möglich.

Sonst ist beides binnen der vom AG gesetzten Frist möglich."

- -Strichaufzählung
Seite 55:
"02 03 01 Doppelflügeltore T90 - Edelstahl 1.4571 Doppelflügeltor T90, geprüft nach ÖNORM B 3852 mit Dichtung, brandbeständig und rauchdicht, als Edelstahl - Torkonstruktion. Ein Zertifikat einer autorisierten Prüfstelle ist erforderlich. ..."
- -Strichaufzählung
Seite 58f:
02 03 03 Hydraulikantrieb für Doppelflügeltor Hydraulikaggregat inkl. Hydraulikverrohrung (Hochdruckschlauch sowie Verrohrung in Edelstahl 1.4571) für Doppelflügeltor. Das Hydraulikaggregat wird samt elektrischer Torsteuerung in einem unterteilten Schutzschrank (BxHxT ca. 100cm x 200cm x 60cm) untergebracht. Eine

ausreichende Schrankbelüftung mit Luftfilter ist sicherzustellen.

Die Torsteuerung - getrennte Steuerung der beiden Laufrichtungen AUF-HALT-ZU - muss von der Warte aus und mittels Handsteuertableaus (Drucktaster beiderseits des Tores) möglich sein.

Am Hydraulikaggregat sind sämtliche erforderlichen Einrichtungen wie Auffangwanne, Pumpen, Druckregler, Leckageüberwachung, Folter, Heizung, Ventile und Armaturen etc. und Überwachungen wie Druck, Temperatur, Füllstand, etc. samt interner Verfrachtung und Verkabelung vorzusehen. Am Aggregat sind 2 Pumpen anzuordnen. Eine Pumpe für den Antrieb mit Netzstrom und die zweite Pumpe für die Versorgung mit Notstrom. Die Spannung beträgt für beide Netze 400 V/231 V. Die Anordnung der Hydraulikzylinder hat so zu erfolgen, dass der jeweilige Flügel zugedrückt wird. Die Flügel sind dabei auf einer Seite anzuschlagen. Am Hydraulikaggregat sind sämtliche erforderlichen Einrichtungen wie Auffangwanne, Pumpen, Druckregler, Leckageüberwachung, Folter, Heizung, Ventile und Armaturen etc. und Überwachungen wie Druck, Temperatur, Füllstand, etc. samt interner Verfrachtung und Verkabelung vorzusehen. Am Aggregat sind 2 Pumpen anzuordnen. Eine Pumpe für den Antrieb mit Netzstrom und die zweite Pumpe für die Versorgung mit Notstrom. Die Spannung beträgt für beide Netze 400 V/231 römisch fünf. Die Anordnung der Hydraulikzylinder hat so zu erfolgen, dass der jeweilige Flügel zugedrückt wird. Die Flügel sind dabei auf einer Seite anzuschlagen.

Als Schnittstellen für die Torsteuerung, sowie das Hydraulikaggregat wird vereinbart:

Energie: Anspeiseklemmen Torsteuerung (im mitzuliefernden Schutzschrank), sowohl für Netz- und Notstromversorgung

Informationen: Potentialfreie Kontakte auf Informationsklemmleiste (im mitzuliefernden Schutzschrank) Summenstörmeldung, Torstellung offen – geschlossen

Der Leistungsbedarf sowohl für Netz- als auch Notstrom inkl. Informationsumfang ist dem AN Elektro- und Sicherheitstechnik bekannt zu geben.

Sämtliches für die Steuerung erforderliche Zubehör wie Endschalter (Torstellung: offen, geschlossen), Handsteuertableau, Sicherheitseinrichtungen etc. ist mit den Einheitspreisen abgegolten.

Die Verkabelung (inkl. Installationsmaterial) zu den Einrichtungen außerhalb des Schutzschrankes erfolgt durch den AN Elektro- und Sicherheitstechnik. Der Anschluss an Klemmleisten im Schutzschrank, Endschalter, Handsteuertableaus, Sicherheitseinrichtungen, etc. ist vom AN durchzuführen und in die Einheitspreise einzurechnen.

02 03 03 A Hydraulikantrieb E

bestehend aus:

Auffangwanne

Pumpen

Druckregler

Überwachungen - Leckage, Druck, Temperatur, Füllstand, etc.

Filter

Heizung

Hydraulikverrohrung AP verlegt in Edelstahl inkl. Befestigung und Hochdruckschlauch-Anschlüsse. Bei Ausfall der Hydraulik muss eine Handbedienung (max. Öffnungs- bzw. Schließzeit: 2 min.) möglich sein.

Montage einschließlich Inbetriebnahme und Einschulung des Bedienpersonals. Die Kosten für die Wartung während der Gewährleistungsfrist sind einzurechnen.

Lohn : _____

Sonstiges : _____

1,00 ST Einheitspreis : _____ EUR *****

02 03 03 B Torsteuerung Doppelflügeltor E

Kompl. Aufwand für Torsteuerung eines Doppelflügeltors samt anschlussfertigen Schutzschrank (zweigeteilt, zur Unterbringung des Hydraulikaggregates) und allem erforderlichen Installationsmaterial. Inkl. 2 Handsteuertableaus.

Inkl. Inbetriebnahme und Einschulung des Bedienpersonals. Die Kosten für die Wartung während der Gewährleistungsfrist sind einzurechnen.

Lohn : _____

Sonstiges : _____

1,00 ST Einheitspreis : _____ EUR *****"

- -Strichaufzählung

Positionen des Leistungsverzeichnisses:

Sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses enthalten eine Untergliederung des Einheitspreises in die Bestandteile "Lohn" und "Sonstiges".

Die Angebotsöffnung erfolgte am 1.10.2008. Insgesamt wurden zwei Angebote gelegt, der Angebotspreis der Antragstellerin betrug (ohne USt) € 491.891.--, der Angebotspreis der mitbeteiligten Partei (ohne USt) € 414.753.--. Bei der Angebotsöffnung war ein Vertreter der Antragstellerin anwesend.

Dem Angebot der mitbeteiligten Partei war ein Begleitschreiben angeschlossen, welches folgenden Satz enthielt: "Eventuelle Stemm- und Vergussarbeiten sollen bauseits durchgeführt werden."

Im Angebot der mitbeteiligten Partei ist auf Seite 13 betreffend Subunternehmer folgende Auswahlmöglichkeit angekreuzt: "Ich / Wir benötigen zur Auftragsausführung keine Subunternehmerleistungen". Bei sämtlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses wurde - auch - die Lohnkomponente ausgepreist.

Im Zuge der Angebotsprüfung wurde die mitbeteiligte Partei vom Antragsgegner aufgefordert, Unterlagen vorzulegen sowie zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen.

Im Protokoll zum Aufklärungsgespräch vom 14.10.2008 ist unter Punkt "4. Sonstiges" folgender Satz fest gehalten: "Die gemäß Ausschreibung vorgesehenen Stemm- und Vergussarbeiten werden vom Bieter durchgeführt."

Im Zuge einer weiteren Nachreichung von Unterlagen wurde eine "Brandschutztechnische Beurteilung von mehrteilig zusammengesetzten Flügeltüren mit der Typenbezeichnung VG T30-1, VG T-30-2, VG T90-1 und VG T90-2" des Herstellers G*** vorgelegt. Daraus geht hervor, dass "die geprüften ein- und zweiflügeligen Türkonstruktionen (F-Verbund Drehflügeltüren) in verschiedenen Ausführungen die Brandwiderstandsklassen T30 bzw T90 entsprechend ÖNORM B 3850, Ausgabe 1996, erreichen". Die Brandschutztechnische Beurteilung stammt vom "K***", welches eine staatlich akkreditierte Prüf- und Überwachungsstelle ist.

Mit Aktenvermerk vom 22.10.2008 (Vergabevorschlag) wurde ausgeführt wie folgt:

"Die Angebote wurden rechnerisch, technisch und wirtschaftlich geprüft. Die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die erforderliche Befugnis und die Zuverlässigkeit des zur Vergabe vorgeschlagenen Bieters wurden anhand der nachgereichten Angebotsunterlagen geprüft und sind als vorhanden anzusehen. Die Preise sind angemessen.

...

Aufgrund der vorliegenden Angebote und der Prüfung wird D*** mit einer geprüften Angebotssumme von € 497.703,60 inklusive 20 % USt zur Auftragserteilung vorgeschlagen."

Die mitbeteiligte Partei verfügt über die Gewerbeberechtigung "Schlosser". Die angebotenen Blechtüren werden von der Firma "G***" angekauft, welche die nötigen Zertifizierungen aufweisen, der Einbau der Tore erfolgt durch die mitbeteiligte Partei (Aussage Gf H***). Wird die Torsteuerung bzw der Hydraulikantrieb durch den Auftraggeber abgerufen, wird der Schrank, beinhaltend die komplette Torsteuerung bzw der Hydraulikantrieb fertig zugekauft, der Hydraulikanschluss wird durch die mitbeteiligte Partei montiert. Die Verkabelung vom Schrank zum Tor bzw die Anschlüsse an die Steuerung werden durch einen Elektrotechniker hergestellt. Der Elektrotechniker benötigt dazu

einige wenige Arbeitsstunden. Die Inbetriebnahme erfolgt entweder durch den Elektrotechniker oder durch den Schlosser. Die Einschulung erfolgt anhand der dem Hydraulikaggregat beiliegenden Pläne und Herstelleranweisungen durch die mitbeteiligte Partei (Aussage Gf H***). Ein vergleichbarer Hydraulikantrieb wurde im Schmitten-tunnel installiert. Auch dort wurde die Steuerung im Schrank fertig montiert geliefert und an die übergeordnete Elektroinstallation an Ort und Stelle durch den Elektrotechniker angeschlossen (Zeuge I***).

Mit Schreiben vom 3.11.2008 gab der Antragsgegner die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Firma D*** bekannt. Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 17.11.2008 angegeben.

Am 10.11.2008 brachte die Antragstellerin beim Vergabekontrollsenat Salzburg einen Antrag auf Nachprüfung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die von den Parteien vorgelegte Urkunden, Einsichtnahme in den Vergabeakt sowie auf die genannten Aussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 1.12.2008. Was die Montage der Torsteuerung betrifft, ist von den Angaben des Geschäftsführers der mitbeteiligten Partei und der Aussage des Zeugen I*** auszugehen, wonach die Steuerungselemente im Schrank fertig montiert angeliefert werden und vor Ort an die übergeordneten Elektroinstallationen angeschlossen werden. Dass die Steuerung erst vor Ort im Schrank montiert würde, wie dies J*** darstellte, entspricht auch nicht der Erfahrung des Senates aus anderen Vergabeverfahren mit ähnlichen technischen Anforderungen.

Dazu ist rechtlich auszuführen:

Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß § 1 Abs 1 S.VKG 2007. Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß Paragraph eins, Absatz eins, S.VKG 2007.

Beim vorliegenden Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von etwa € 500.000.-- (ohne USt), welcher als "Schlosserei-Los (Gewerk)" der Baumeisterarbeiten für die Errichtung der Umfahrung F*** im Oberschwellenbereich ausgeschrieben wurde.

Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist gemäß § 14 Abs 1 BVergG 2006 als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I (Gewerke). Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist gemäß Paragraph 14, Absatz eins, BVergG 2006 als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges römisch eins (Gewerke).

Gemäß Abs 3 leg.cit. gelten die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose, wenn der kumulierte Wert der Lose den in § 12 Abs. 1 Z 3 genannten Schwellenwert [Anm: € 5,150.000.--] erreicht oder übersteigt. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 1 Million Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich. Gemäß Absatz 3, leg.cit. gelten die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose, wenn der kumulierte Wert der Lose den in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, genannten Schwellenwert [Anm: € 5,150.000.--] erreicht oder übersteigt. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 1 Million Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 20 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich.

Der Wert aller Lose für die Errichtung der Umfahrung F*** liegt ein Mehrfaches über dem Schwellenwert von € 5,150.000.--. Seitens des Antragsgegners wurden keine Lose ausgewählt, welche im Unterschwellenbereich vergeben werden sollten.

Die Ausschreibung im Oberschwellenbereich war daher zulässig.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Gemäß § 14 S.VKG 2007 ist der Vergabekontrollsenat auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren

zuständig. Bis zur Zuschlagserteilung ist der Vergabekontrollsenat zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 14, S.VKG 2007 ist der Vergabekontrollsenat auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren zuständig. Bis zur Zuschlagserteilung ist der Vergabekontrollsenat zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot liegt nicht vor.

Der Antragstellerin ist grundsätzlich zuzustimmen, dass bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Empfängerhorizont maßgebend und bei Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen nach den §§ 914f ABGB vorzugehen ist. Der Antragstellerin ist grundsätzlich zuzustimmen, dass bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Empfängerhorizont maßgebend und bei Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen nach den Paragraphen 914 f, ABGB vorzugehen ist.

Für das Vergabeverfahren ergibt sich daraus, dass – unter der Voraussetzung, dass eine Verbesserung oder Ergänzung ausgeschlossen ist – ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss (vgl. BVA 19.05.2008 N/0045-BVA/10/2008-41 m.z.w.N.). Für das Vergabeverfahren ergibt sich daraus, dass – unter der Voraussetzung, dass eine Verbesserung oder Ergänzung ausgeschlossen ist – ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss (vergleiche BVA 19.05.2008 N/0045-BVA/10/2008-41 m.z.w.N.)

Was die Argumentation der Antragstellerin zu diesem Punkt betrifft, darf nämlich nicht übersehen werden, dass das BVergG 2006 in seinen §§ 126f das Vorgehen bei Mangelhaftigkeiten der Angebote regelt, den Auftraggeber zur Aufklärung von Unklarheiten verpflichtet und ein Ausscheiden eines Angebots lediglich dann vorsieht, wenn die Mängel die Bearbeitung für den Auftraggeber unzumutbar machen (§ 126 Abs 3 BVergG). Die Zweifelsregelung des § 915 ABGB kommt somit erst zur Anwendung, wenn eine Beseitigung der Mangelhaftigkeit im Wege der Aufklärung nicht zulässig oder nicht erfolgreich ist. Was die Argumentation der Antragstellerin zu diesem Punkt betrifft, darf nämlich nicht übersehen werden, dass das BVergG 2006 in seinen Paragraphen 126 f, das Vorgehen bei Mangelhaftigkeiten der Angebote regelt, den Auftraggeber zur Aufklärung von Unklarheiten verpflichtet und ein Ausscheiden eines Angebots lediglich dann vorsieht, wenn die Mängel die Bearbeitung für den Auftraggeber unzumutbar machen (Paragraph 126, Absatz 3, BVergG). Die Zweifelsregelung des Paragraph 915, ABGB kommt somit erst zur Anwendung, wenn eine Beseitigung der Mangelhaftigkeit im Wege der Aufklärung nicht zulässig oder nicht erfolgreich ist.

Ergeben sich bei Prüfung eines Angebots Unklarheiten [...] über die geplante Art der Durchführung, ist nach § 126 Abs 1 BVergG 2006 eine Aufklärung zu verlangen, wobei durch die erteilten Aufklärungen die Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht verletzt werden dürfen (Abs 2 leg.cit.) Gemäß § 127 BVergG 2006 sind während eines offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten. Nach den erläuternden Bemerkungen zu § 127 BVergG 2006 ist die eingeschränkte Zulassung von Aufklärungsgesprächen ("nur") in Zusammenhang mit dem in den §§ 101 Abs. 4 und 104 Abs. 2 BVergG 2006 normierten Verhandlungsverbot zu sehen. Im Rahmen einer Verhandlung wäre - begriffsnotwendig - eine Abänderung des Angebotes grundsätzlich möglich, jedoch nicht bei einem – wie hier - offenen Verfahren. Ergeben sich bei Prüfung eines Angebots Unklarheiten [...] über die geplante Art der Durchführung, ist nach Paragraph 126, Absatz eins, BVergG 2006 eine Aufklärung zu verlangen, wobei durch die erteilten Aufklärungen die Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht verletzt werden dürfen (Absatz 2, leg.cit.) Gemäß Paragraph 127, BVergG 2006 sind während eines offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten

erforderlich sind, zulässig. Aufklärungsgespräche und Erörterungen sind kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten. Nach den erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 127, BVergG 2006 ist die eingeschränkte Zulassung von Aufklärungsgesprächen ("nur") in Zusammenhang mit dem in den Paragraphen 101, Absatz 4 und 104 Absatz 2, BVergG 2006 normierten Verhandlungsverbot zu sehen. Im Rahmen einer Verhandlung wäre - begriffsnotwendig - eine Abänderung des Angebotes grundsätzlich möglich, jedoch nicht bei einem - wie hier - offenen Verfahren.

Im vorliegenden Fall hat die mitbeteiligte Partei bei sämtlichen Positionen des Leistungsverzeichnisses - auch - die Lohnkomponente ausgepreist. Außerdem wurde der festgestellte Beisatz in das Begleitschreiben aufgenommen, welcher zur Aufklärung Anlass gab. Die Mangelhaftigkeit des Angebots ging unstrittig nicht so weit, dass dem Auftraggeber die Bearbeitung nicht zugemutet werden konnte. Vielmehr war eine Aufklärung grundsätzlich zulässig.

Zu prüfen ist, ob durch die Aufklärung die Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt wurden, insbesondere, ob sich die mitbeteiligte Partei hierdurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mitbietern verschaffen konnte. Das ist hier nicht der Fall. Die mitbeteiligte Partei hat sämtliche Lohnpositionen im Leistungsverzeichnis ausgepreist. Sie war insofern an ihr Angebot gebunden. Sie hat klargestellt, dass sie sämtliche Stemm- und Vergussarbeiten selbst durchführt. Damit hat sie ihre Wettbewerbsposition zu derjenigen der Antragstellerin nicht verändert. Eine Verletzung der Grundsätze des Vergabeverfahrens ist durch die Aufklärung nicht erfolgt.

Zur behaupteten mangelnden Befugnis im Zusammenhang mit den beiden Eventualpositionen "02 03 03 A Hydraulikantrieb" und "02 03 03 B Torsteuerung Doppelflügeltor":

Das BVergG 2006 definiert den Begriff "Eventualposition" nicht. Eine Definition der Eventualposition (Kennzeichen "E") findet sich jedoch in der ÖNORM B 2063 (Ausschreibung, Angebot und Zuschlag unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren Verfahrensnorm, Stand 1.9.1996) in Punkt 4.5.3.: "Eine Eventualposition beschreibt eine zusätzliche Leistung, die nur auf besondere Anordnung des Auftraggebers zur Ausführung kommt."

Gemäß Punkt 4.12. werden Eventualpositionen nicht in die Normalangebotssumme aufgenommen.

Dem ist in der Sache nichts weiter hinzuzufügen. Warum es - nach Ansicht des Antragsgegners - nicht darauf ankommen soll, dass der Bieter überhaupt befugt sei, die in Frage kommende Leistung auszuführen, ist nicht recht verständlich. Kommt die Leistung auf besondere Anordnung des Antragsgegners zur Ausführung, muss die Befugnis vorliegen, ein Unterschied zu den anderen ausgeschriebenen Positionen ergibt sich ausschließlich in der - gegenüber den nicht eventualiter ausgeschriebenen Positionen - gesonderten Abrufbarkeit. Der Bieter muss jedenfalls auch über die entsprechende Befugnis für die Durchführung der Eventualpositionen verfügen.

Die österreichische Gewerbeordnung 1994 (GewO) im § 32 (BGBl Nr 194/1994 idF BGBl I Nr 131/2004) gesteht den Gewerbetreibenden auch folgende Rechte zu (auszugsweise): Die österreichische Gewerbeordnung 1994 (GewO) im Paragraph 32, Bundesgesetzblatt Nr 194 aus 1994, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 131 aus 2004,) gesteht den Gewerbetreibenden auch folgende Rechte zu (auszugsweise):

1. "1.Ziffer eins

alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen;

...

1. 11.Ziffer 11

einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, auszuüben;"

Die Rechte der Gewerbetreibenden werden durch diese Nebenrechte nach § 32 GewO erweitert. Die Nebenrechte müssen nur so ausgeübt werden, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs erhalten bleiben. Der Gewerbetreibende muss dafür also keinen Subunternehmer beauftragen. Die Rechte der Gewerbetreibenden werden durch diese Nebenrechte nach Paragraph 32, GewO erweitert. Die Nebenrechte müssen nur so ausgeübt werden, dass der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs erhalten bleiben. Der Gewerbetreibende muss dafür also keinen Subunternehmer beauftragen.

Vor- und Vollendungsarbeiten sind vom Umfang her beschränkt. In der Literatur wird dazu ein Ausmaß von "3 bis 10 Prozent" genannt. Keine Einschränkungen bestehen hingegen für den Schwierigkeitsgrad der Leistung, denn § 32 Abs 1 Z 11 GewO enthält ein weiteres Nebenrecht. Demnach dürfen Gewerbetreibende auch einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben erbringen, wobei diese einfachen Tätigkeiten sogar als Hauptleistung erbracht werden dürfen. Als Umkehrschluss ist daraus zu ziehen, dass die Vor- und Vollendungsarbeiten hinsichtlich der Einfachheit nicht beschränkt sind (vgl Wiesinger, Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht, in ZVB 2008/11, Seite 302f).

Vor- und Vollendungsarbeiten sind vom Umfang her beschränkt. In der Literatur wird dazu ein Ausmaß von "3 bis 10 Prozent" genannt. Keine Einschränkungen bestehen hingegen für den Schwierigkeitsgrad der Leistung, denn Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 11, GewO enthält ein weiteres Nebenrecht. Demnach dürfen Gewerbetreibende auch einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben erbringen, wobei diese einfachen Tätigkeiten sogar als Hauptleistung erbracht werden dürfen. Als Umkehrschluss ist daraus zu ziehen, dass die Vor- und Vollendungsarbeiten hinsichtlich der Einfachheit nicht beschränkt sind vergleiche Wiesinger, Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht, in ZVB 2008/11, Seite 302f).

Wenn nun der Gesamtpreis der beiden Eventualpositionen "02 03 03 A Hydraulikantrieb" und "02 03 03 B Torsteuerung Doppelflügeltor" im Angebot der mitbeteiligten Partei in Relation zum Gesamtangebotspreis gesetzt wird, so ergibt sich ein Wert, der jedenfalls innerhalb der Bandbreite der oben erwähnten "3 bis 10 Prozent" liegt, umso mehr trifft das zu, wenn die Vergleichsrechnung ausschließlich für die Lohnkomponente angestellt wird. Schon auf Grund der untergeordneten Größe dieser Werte ergibt sich, dass die mitbeteiligte Partei keinen Subunternehmer im Angebot zu nennen hatte (arg: "... nur die wesentlichen Teile des Auftrages, welche ..."), und sie sich für den Ankauf der Hydraulikanlage und des Schaltschranks eines Lieferanten, keines Subunternehmers, bedienen wird. Dazu kommt, dass betreffend die Torsteuerung die für die Inbetriebnahme und allenfalls Schulung erforderlichen Arbeiten auf dem Gebiet des Elektrotechnikgewerbes von der "Vollendungsregel" des § 32 GewO umfasst sind. Wenn nun der Gesamtpreis der beiden Eventualpositionen "02 03 03 A Hydraulikantrieb" und "02 03 03 B Torsteuerung Doppelflügeltor" im Angebot der mitbeteiligten Partei in Relation zum Gesamtangebotspreis gesetzt wird, so ergibt sich ein Wert, der jedenfalls innerhalb der Bandbreite der oben erwähnten "3 bis 10 Prozent" liegt, umso mehr trifft das zu, wenn die Vergleichsrechnung ausschließlich für die Lohnkomponente angestellt wird. Schon auf Grund der untergeordneten Größe dieser Werte ergibt sich, dass die mitbeteiligte Partei keinen Subunternehmer im Angebot zu nennen hatte (arg: "... nur die wesentlichen Teile des Auftrages, welche ..."), und sie sich für den Ankauf der Hydraulikanlage und des Schaltschranks eines Lieferanten, keines Subunternehmers, bedienen wird. Dazu kommt, dass betreffend die Torsteuerung die für die Inbetriebnahme und allenfalls Schulung erforderlichen Arbeiten auf dem Gebiet des Elektrotechnikgewerbes von der "Vollendungsregel" des Paragraph 32, GewO umfasst sind.

Eine mangelnde Befugnis der mitbeteiligten Partei ist daher nicht gegeben.

Zur behaupteten mangelnden technischen Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei bleibt lediglich mit einem Verweis auf die Ausschreibungsbestimmungen klar zustellen, dass vom Antragsgegner in der Ausschreibung nicht gefordert war, dass der Bieter selbst in einer bestimmten Art und Weise zertifiziert hätte sein müssen. Gefordert war, dass für die zu liefernden Tore ein Brandschutz-Zertifikat vorliegen müsse, was sich beispielsweise klar aus der Positionsbeschreibung zur Position "02 03 01 Doppelflügeltore T90-Edelstahl 1.4571" ergibt.

Gemäß § 83 BVergG 2006 (Subunternehmerleistungen) ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge. Die Ausschreibung legt auf Seite 13 ua fest: Gemäß Paragraph 83, BVergG 2006 (Subunternehmerleistungen) ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge. Die Ausschreibung legt auf Seite 13 ua fest:

"Anmerkung: Lieferanten sind keine Subunternehmer ... ". Wenn die mitbeteiligte Partei bestimmte Tore nicht selbst herstellt, sondern zukauf, dann liegt - weder bei einer Serienfertigung noch bei einer Auftrags-/Einzelfertigung - kein Fall einer Subunternehmerschaft im Sinne der Ausschreibung vor. Eine mangelnde technische Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei ist auch nicht gegeben.

Gemäß § 2 Z 16 lit a) sublit aa) BVergG 2006 ist die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a.) Sub-Litera, a, a,) BVergG 2006 ist die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers.

Nach § 26 S.VKG 2007 hat der Vergabekontrollsenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert

anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers [nur dann] mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie den Antragsteller in dem von ihm nach § 23 Abs 1 Z 5 S.VKG geltend gemachten Recht verletzt und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach Paragraph 26, S.VKG 2007 hat der Vergabekontrollsenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers [nur dann] mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5, S.VKG geltend gemachten Recht verletzt und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Entscheidungen des Antragsgegners haben die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt, die behaupteten Vergaberechtswidrigkeiten liegen nicht vor.

Die Entscheidung des Auftraggebers, den Zuschlag an die mitbeteiligte Partei erteilen zu wollen, ist daher nicht zu beanstanden.

Schlagworte

Aufklärungsgespräch, mangelnde Befugnis, technische Leistungsfähigkeit

Zuletzt aktualisiert am

21.07.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at