

TE Verg Bescheid 2008/10/15 N/0117-BVA/13/2008-39

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.10.2008

Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 13, Mag. Thomas Gruber, sowie Dr. Eleonore Dietersdorfer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Manfred Katzenschlager als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Reifenmanagement, BBG-GZ: 2800.00841" der Auftraggeber Republik Österreich (Bund) sowie Bundesbeschaffung GmbH, beide vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH, diese vertreten durch die Y***, aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 22. August 2008, beim BVA eingelangt am 26. August 2008, wie folgt entschieden:

I.römisch eins.

Die Entscheidung der Auftraggeber vom 12. August 2008 eine Rahmenvereinbarung mit der Bietergemeinschaft B*** abschließen zu wollen, wird gem § 325 BVergG 2006 für nichtig erklärt. Die Entscheidung der Auftraggeber vom 12. August 2008 eine Rahmenvereinbarung mit der Bietergemeinschaft B*** abschließen zu wollen, wird gem Paragraph 325, BVergG 2006 für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Die Auftraggeber sind gem § 319 BVergG 2006 verpflichtet, der A*** die von dieser an das BVA entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 1.600,- sowie € 800,-, insgesamt somit € 2.400,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Auftraggeber sind gem Paragraph 319, BVergG 2006 verpflichtet, der A*** die von dieser an das BVA entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von € 1.600,- sowie € 800,-, insgesamt somit € 2.400,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III.römisch drei.

Der Antrag auf Kostenersatz wird gem § 74 Abs 1 AVG abgewiesen. Der Antrag auf Kostenersatz wird gem Paragraph 74, Absatz eins, AVG abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Mit Schreiben vom 22. August 2008, beim BVA eingelangt am 26. August 2008, stellte die Antragstellerin die Anträge:

1. a)Litera a
"auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin eine Rahmenvereinbarung mit der Bietergemeinschaft B*** abzuschließen;
2. b)Litera b
auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegende Bestandteile des Vergabeverfahrens;auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegende Bestandteile des Vergabeverfahrens;
3. c)Litera c
Durchführung einer mündlichen Verhandlung ; und
4. d)Litera d
Gebühren- und Kostenersatz durch den Antragsgegner."

Weiters wurde mit gleichem Schriftsatz der Antrag "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der der Auftraggeberin untersagt wird, die Rahmenvereinbarung im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren mit der Bietergemeinschaft B*** abzuschließen", gestellt. Die einstweilige Verfügung wurde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, jedenfalls aber für die Dauer von zwei Monaten begehrt.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin fristgerecht im gegenständlichen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe. Mit Telefaxmitteilung der Auftraggeber vom 21. Juli 2008 sei der Antragstellerin bekannt gegeben worden, dass die Auftraggeber beabsichtigen würden, mit der Bietergemeinschaft B*** (im Folgenden: BIEGE B***) eine Rahmenvereinbarung abzuschließen. Mit Telefax vom 28. Juli 2008 hätten die Auftraggeber die am 21. Juli 2008 übermittelte Auswahlentscheidung zurückgenommen. Mit Telefax vom 12. August 2008 hätten die Auftraggeber wiederum mitgeteilt, dass Sie beabsichtigen würden, mit der BIEGE B*** eine Rahmenvereinbarung abzuschließen. Diesmal seien beim siegreichen Bieter nur noch 117 Servicestellen (also um 11 weniger als ursprünglich) anerkannt worden. Dies führe zwar zu einer Verringerung der Bewertungsbonuspunkte (bei den Servicestellen) beim siegreichen Angebot von 88 auf 66, er gebe aber immer noch beim siegreichen Angebot einen Bewertungsbetrag von € 873,03 (gegenüber € 903,55 beim Angebot der Antragstellerin). Beim bewertungsrelevanten Preis und dem Durchschnittsrabatt IPL sei die Antragstellerin (wiederum) Bestbieter gewesen. Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die der Antragstellerin mit Telefax vom 12. August 2008 bekannt gegebene Auswahlentscheidung.

Die Antragstellerin habe ein eminentes wirtschaftliches Interesse an dem gegenständlichen Auftrag und würde durch den Nichtabschluss der Rahmenvereinbarung einen erheblichen Schaden erleiden. Sie sei durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens und insbesondere in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt. Die Antragstellerin habe den Auftraggeber mehrfach darauf hingewiesen, dass es schon aufgrund der Unternehmensstrukturen der BIEGE B*** undenkbar erscheine, dass diese ein dem Wortlaut und dem Sinn der Ausschreibungsbedingungen entsprechendes Servicestellennetz anbieten könne. Dass diese Bedenken durchaus einiges für sich hätten, ergebe sich schon allein dadurch, dass innerhalb kürzester Zeit und offenbar ohne besonderen Aufwand 11 Servicestellen der siegreichen Bietergemeinschaft ausgeschieden werden hätten müssen. Hätte sich die Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden: BBG) detailliert mit den von der Antragstellerin aufgezeigten Mängeln des Konkurrenzangebotes (insbesondere unter dem Blickwinkel des flächendeckenden Servicestellennetzes) auseinander gesetzt, wäre mit Sicherheit herausgekommen, dass die Antragstellerin auch unter diesem Blickwinkel der Bestbieter gewesen sei, insbesondere weil die Antragstellerin mit einem flächendeckenden Verständnis des geforderten Servicestellennetzes ihr Angebot erstellt habe. Es hätte sich auch mit Sicherheit herausgestellt, dass die zum Schluss siegreiche Bietergemeinschaft überhaupt auszuschneiden gewesen wäre, weil sie in einigen Bundesländern nicht einmal die erforderliche Mindestanzahl an (im Sinne der Ausschreibungsbedingungen) ausreichend qualifizierten Servicestellen erreiche. Die Antragstellerin gehe dabei davon aus, dass das von der Bietergemeinschaft angebotene Servicestellennetz überwiegend aus den B*** Filialen bestehe, die unter reifenspezifischen Gesichtspunkten (um die es bei dieser Ausschreibung ausschließlich gehe) die von der Antragstellerin aufgezeigten Mängel aufweisen würden.

Die Antragstellerin hätte nur Servicestellen angeboten, die ausschließlich im Bereich des Reifenmanagements tätig oder doch zumindest Kfz Fachwerkstätten seien, für die das Reifen- und Räderservice zur Kernkompetenz gehöre, wobei die Antragstellerin das Mindestanzahlerfordernis (vergaberechtskonform) so verstanden habe, dass es nicht genügen könne, nur der Anzahl nach die Mindestkriterien zu erfüllen, sondern damit ein flächendeckendes (insbesondere unter dem Blickwinkel der Zufahrtswege) Servicenetz sicherzustellen. Die Umschreibung der Mindestanforderungen an die personelle Infrastruktur einer Servicestelle in Punkt 6.3.1 (S. 18 oben) erweise sich sowohl in der Nachweisbarkeit als auch in der Überprüfbarkeit als eine "Kautschukbestimmung", die jede Entscheidung von vornherein dem Risiko der Willkür und der mangelnden Überprüfbarkeit aussetze. Das allein zahlenmäßige Mindestfordernis der Servicestellen sei sinn- und vergaberechtswidrig. Es sei auch bei der Umschreibung der Mindestfordernisse einer Servicestelle viel zu wenig auf das technisch durchaus aufwändige und anspruchsvolle Produkt "Reifen" Bedacht genommen worden. Beispielsweise sei auf die Montagemöglichkeit von "run on flat" - Reifen (Reifen mit Notlaufeigenschaften) und Leichtmetallrädern überhaupt nicht Bedacht genommen worden. Der Antragstellerin sei auch bekannt, dass sich einige von der siegreichen Bietergemeinschaft benannten Servicestellen ausdrücklich vorbehalten hätten, jeweils im Oktober (also dem im Reifenmanagement besonders akuten Monat) für die eigene Stammkundschaft zur Verfügung zu stehen und nicht für den Auftraggeber. Derartige Servicestellen seien auszuschneiden.

Die Auftraggeber teilten mit Schreiben vom 29. August 2008, ergänzt mit E-Mail vom 1. September 2008, mit, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Reifenmanagement, BBG-GZ: 2800.00841" die Republik Österreich (Bund) sowie die BBG seien. Vergebende Stelle sei ebenfalls die BBG. Die Auftraggeber hätten zur Beschaffung des Reifenmanagements einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert ohne Ust von € 1,2 Millionen ausgeschrieben. Die gewählte Art des Vergabeverfahrens sei das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß den §§ 25 Abs. 7 und 32 iVm 150 BVergG 2006. Gemäß den Teilnahmebedingungen habe die Bestbieterin wie auch die Antragstellerin am 18. März 2008 einen Teilnahmeantrag gestellt. Aufgrund der Beurteilung der Teilnahmeanträge seien am 18. April 2008 sowohl die Antragstellerin als auch die Bestbieterin zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Beide hätten fristgerecht ein Angebot gelegt. In der Folge hätten je zwei Verhandlungsrunden mit den jeweiligen Bietern stattgefunden. Am 26. Juni 2008 seien beide Unternehmer zur Legung des Finalangebotes eingeladen worden. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten fristgerecht ein Angebot gelegt. Im Zuge der Angebotsprüfung hätte sich anhand der bekannt gegebenen und unangefochten gebliebenen Zuschlagskriterien die BIEGE B*** als Bestbieterin herausgestellt. Am 21. Juli 2008 sei die zu Gunsten der BIEGE B*** getroffene Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Antragstellerin bekannt gegeben worden. Am 28. Juli 2008 sei diese Auswahlentscheidung zurückgenommen worden, wobei auch diese Zurücknahme der Antragstellerin zugegangen sei. Am 12. August 2008 sei neuerlich die Auswahlentscheidung zu Gunsten der BIEGE B*** bekannt gegeben worden. Die Auftraggeber teilten mit Schreiben vom 29. August 2008, ergänzt mit E-Mail vom 1. September 2008, mit, dass Auftraggeber des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Reifenmanagement, BBG-GZ: 2800.00841" die Republik Österreich (Bund) sowie die BBG seien. Vergebende Stelle sei ebenfalls die BBG. Die Auftraggeber hätten zur Beschaffung des Reifenmanagements einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert ohne Ust von € 1,2 Millionen ausgeschrieben. Die gewählte Art des Vergabeverfahrens sei das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer gemäß den Paragraphen 25, Absatz 7 und 32 in Verbindung mit 150 BVergG 2006. Gemäß den Teilnahmebedingungen habe die Bestbieterin wie auch die Antragstellerin am 18. März 2008 einen Teilnahmeantrag gestellt. Aufgrund der Beurteilung der Teilnahmeanträge seien am 18. April 2008 sowohl die Antragstellerin als auch die Bestbieterin zur Angebotsabgabe eingeladen worden. Beide hätten fristgerecht ein Angebot gelegt. In der Folge hätten je zwei Verhandlungsrunden mit den jeweiligen Bietern stattgefunden. Am 26. Juni 2008 seien beide Unternehmer zur Legung des Finalangebotes eingeladen worden. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten fristgerecht ein Angebot gelegt. Im Zuge der Angebotsprüfung hätte sich anhand der bekannt gegebenen und unangefochten gebliebenen Zuschlagskriterien die BIEGE B*** als Bestbieterin herausgestellt. Am 21. Juli 2008 sei die zu Gunsten der BIEGE B*** getroffene Auswahlentscheidung zum Abschluss

einer Rahmenvereinbarung der Antragstellerin bekannt gegeben worden. Am 28. Juli 2008 sei diese Auswahlentscheidung zurückgenommen worden, wobei auch diese Zurücknahme der Antragstellerin zugegangen sei. Am 12. August 2008 sei neuerlich die Auswahlentscheidung zu Gunsten der BIEGE B*** bekannt gegeben worden.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom erstem September 2008 brachten diese im Wesentlichen vor, dass am 26. Juni 2008 sowohl die Antragstellerin wie auch die Bestbieterin unter gleichzeitiger Zugrundelegung der an die Verhandlungsergebnisse adaptierten Ausschreibungsunterlagen zur Legung eines Finalangebotes bis 15. Juli 2008 aufgefordert worden seien. Beide Unternehmer hätten fristgerecht ein "last and final offer" gelegt. Nach der durchgeführten Angebotsprüfung sei am 21. Juli 2008 der Antragstellerin gegenüber die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der BIEGE B*** bekannt gegeben worden. Nach den in den unangefochten gebliebenen allgemeinen Ausschreibungsbedingungen unter Punkt 10.1 bekannt gegebenen Zuschlagskriterien habe zum damaligen Zeitpunkt die Bestbieterin einen Bewertungsbetrag von € 851,03, die Antragstellerin nur einen solchen von € 903,55 erreicht. Am 24. Juli 2008 habe sich die Antragstellerin telefonisch mit der Bundesbeschaffung GmbH in Verbindung gesetzt und die Richtigkeit der Angaben betreffend die technische Leistungsfähigkeit der Servicestellen der Bestbieterin in Zweifel gezogen. Mit Schreiben vom 30. Juli 2008 sei die Bestbieterin betreffend die technische Leistungsfähigkeit von den Auftraggebern um Aufklärung besucht worden. Diesem Aufklärungsersuchen sei die Bestbieterin am 31. Juli 2008 nachgekommen und habe darin die Anzahl der Servicestellen von 128 auf 117 reduziert. Hinsichtlich der 117 Standorte sei an Eides statt erklärt worden, dass diese die geforderten Kriterien erfüllen würden. Im Zuge der neuerlichen Angebotsprüfung habe sich die Bietergemeinschaft B*** selbst unter Zugrundelegung der 117 Servicestellen als Bestbieterin herausgestellt: die Bestbieterin habe einen Bewertungsbetrag von 873,03, die Antragstellerin habe in nur einem solchen von € 903,55 erreicht. Mit Schreiben vom 12. August 2008 sei der Antragstellerin neuerlich die Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zu Gunsten der BIEGE B*** per Telefax mitgeteilt worden. Unrichtig sei die Annahme der Antragstellerin, wonach ein "flächendeckendes" Servicestellennetz ausschreibungsgegenständlich gewesen sei. Weder in den Teilnahmebedingungen noch in den Ausschreibungsbedingungen der in der zweiten Stufe sei auf ein "flächendeckendes Netz" abgestellt worden. Auch bezüglich der übrigen Ausführungen der Antragstellerin, wonach die Servicestellen äußerst bescheiden definiert seien, die Umschreibung der Mindestanforderungen eine Kautschukbestimmung seien, das zahlenmäßige Mindestanforderungsmerkmal der Servicestellen vergaberechtswidrig sei, bei der Umschreibung der Mindestanforderungen einer Servicestelle zu wenig auf das Produkt Reifen Bedacht genommen worden wäre, rein auf Pkw Reifenmanagement und zu wenig auf die anderen Fahrzeuge der Auftraggeber abgestellt worden sei, an die Servicestellen an sich viel zu wenig strenge Maßstäbe gelegt worden seien werde festgehalten, dass diese Einwände jedenfalls infolge Nichtanfechtung der Teilnahmeunterlagen bzw Ausschreibungsunterlagen präkludiert seien. Wenn die Antragstellerin glaube, dass verschiedene Reifendimensionen aus dem Leistungsverzeichnis herausgenommen worden seien, die von der BIEGE B*** nicht angeboten werden hätten können, so sei sie auf die mit ihr geführten Verhandlungen zu verweisen, wonach diese Festlegung der Auftraggeber auf Vorschlag der Antragstellerin selbst erfolgt sei.

Mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom erstem September 2008, GZ: N/0117- BVA/13/2008-10, wurde den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 7. Oktober 2008 untersagt, die Rahmenvereinbarung im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren mit der Bietergemeinschaft B*** abzuschließen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 9. September 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass der Umstand, dass die BIEGE B*** ohne weiteres gleich 11 Servicestellen aus dem Angebot ausgeschieden habe nichts anderes darstelle, als ein Zugeständnis, dass die BIEGE B*** bisher reichlich sorglos und ausschreibungswidrig Servicestellen genannt habe.

Mit Schreiben der BIEGE B*** vom 9. September 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation fehlen würde und ihr Angebot daher auszuschneiden sei. Es gebe drei Gründe für die fehlende Antragslegitimation:

1. Ziffer eins

Die Antragstellerin habe entgegen Rz 38 der Teilnahmebedingungen den gesamten Auftrag weitergegeben. Dies ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin nur vier Mitarbeiter habe. Die Antragstellerin fungiere lediglich als Einkaufsgesellschaft für ihre Kommanditisten. Die Antragstellerin trete als alleinige Bieterin auf. Es bestehe insbesondere keine Bietergemeinschaft mit ihren Gesellschaftern. Der gesamte Auftrag solle an die

Gesellschafter und dritte Unternehmer als Subunternehmer weitergegeben werden. Die Weitergabe des gesamten Auftrages sei jedoch unzulässig. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden.

2. 2.Ziffer 2

Es mangle der Antragstellerin an der Befugnis. Aus dem Firmenbuchauszug ergebe sich, dass die Antragstellerin lediglich den Gewerbeschein für Handelsagenten habe. Das Gewerbe des Handelsagenten umfasse die Vermittlung und das Abschließen von Warenhandelsgeschäften in fremdem Namen und auf fremde Rechnung. Aus der Definition des Handelsagenten ergebe sich, dass dieser ausschließlich die Vermittlung von Geschäften für und auf Rechnung von Dritten vornehme. Die Antragstellerin trete jedoch alleine - und nicht etwa in Bietergemeinschaft mit ihren Mitgliedern - auf und biete an, die ausschreibungsgegenständliche Leistung im eigenen Namen zu erbringen.

3. 3.Ziffer 3

Das Angebot der Antragstellerin widerspreche den Ausschreibungsunterlagen bzw verweise auf die Geschäftsbedingungen der Antragstellerin. Das Angebot der Antragstellerin sei weiters unvollständig, da es keinen Anspruch auf Erfüllung sämtlicher in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Ausschlusskriterien erhebe.

Weiters brachte die BIEGE B*** in ihrem Schreiben vom 9. September 2008 vor, dass sämtliche Einwände der Antragstellerin bezüglich der Mängel der Ausschreibung längst präkludiert seien. Völlig aus der Luft gegriffen sei die Unterstellung der Antragstellerin, dass sich einige Servicestellen vorbehalten hätten, jeweils im Oktober (also den im Reifenmanagement besonders akuten Monat) für die eigene Stammkundschaft zur Verfügung zu stehen und nicht für den Auftraggeber. Im Gegenteil ergebe sich aus der von der BIEGE B*** zugesicherten maximal Dauer von 45 Minuten für die Leistungserbringung (Punkt 6.3 der Rahmenvereinbarung), dass die Kunden der Auftraggeberin prioritär behandelt würden.

Mit Schreiben der Antragstellerin ohne Datum, beim BVA eingelangt am 16. September 2008, brachte diese im Wesentlichen vor, dass aufgrund der nunmehr bekannten Filialen bzw Servicestellen feststehe, dass die BIEGE B*** schon allein deshalb vom Zuschlag ausgeschlossen sei, weil sie in manchen Bundesländern nicht einmal von der Anzahl her, von Qualität und Entfernung zu den anderen Dienststellen einmal abgesehen, die unbedingten Mindestanforderungen erreiche.

Am 17. September 2008 fand im Bundesvergabeamt eine mündliche Verhandlung statt. Die Antragstellerin gab dabei an, dass sie über 4 Mitarbeiter, nämlich 3 Angestellte und eine Putzfrau verfüge. Diese 3 Angestellten seien mit Büroarbeiten befasst und nicht mit Reifenmontage etc. Die Antragstellerin würde alle administrativen Leistungen im Zusammenhang mit Zentralverrechnungsvorgängen abwickeln. Es handle sich bei der Antragstellerin nicht um eine Einkaufsgesellschaft, sondern es würden durch die 3 Angestellten alle verwaltungstechnischen Abwicklungen im Rahmen einer Reifenhandelskooperation abgewickelt. Die Dienstleistungen würden im Rahmen des Reifenmanagements von den Kommanditisten der Antragstellerin, die dies im Rahmen ihrer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung gegenüber der Antragstellerin zu erbringen hätten, sowie durch die Subunternehmer laut Filialliste erbracht. Die Antragstellerin sei zumindest als eine Bietergemeinschaft zu betrachten, da sie von der A*** als Geschäftsführungsgesellschaft abgesehen ausschließlich über Kommanditisten verfüge, die sämtliche in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Anforderungen erfüllen würden und die ihrerseits der Antragstellerin gegenüber zur Erbringung dieser Leistungen in Erfüllung des Gesellschaftszweckes verpflichtet seien. Die Antragstellerin selbst würde zwar lediglich über eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe verfügen, das Reifenmanagement in der geforderten Form sei jedoch eine gewerberechtlich zulässige Nebentätigkeit zum Verkauf und im Übrigen würden sämtliche Kommanditisten über die erforderlichen Gewerbeberechtigungen für den Betrieb von Fachwerkstätten und den Reifenhandel verfügen.

Die BIEGE B*** gab bei der mündlichen Verhandlung an, dass der Anwendung der Nebenrechte vor allem derß 32 Absatz 2 GewO entgegenstehe, weil durch die Übernahme des gegenständlichen Auftrages durch die Antragstellerin die lediglich als Einkauf- bzw. Verrechnungseinheit fungiere und lediglich das Handelsagentengewerbe angemeldet habe der wirtschaftliche Schwerpunkt bzw. die Eigenart des Betriebes geändert würde. Der zu erwartende Umsatz aus der gegenständlichen Rahmenvereinbarung von weit über € 1 Millionen liege weit über dem geschätzten Jahresumsatz der Antragstellerin, der laut KSV Auskunft ca. € 300.000 betrage. Die Antragstellerin gab dazu an, dass der überwiegende Umsatz der Antragstellerin sich auf jährlich rund € 9 Millionen belaufe. Die Antragstellerin brachte in der

mündlichen Verhandlung zur Behauptung, dass die BIEGE B*** nicht einmal die erforderliche Mindestanzahl an qualifizierten Servicestellen erreichen würde präzisierend vor, dass nach zwischenzeitlicher Einsicht in die Filialliste der BIEGE B***, sowohl die von der BIEGE B*** genannte Servicestelle C*** die mit 2 Standorten in Tirol und mit 2 Standorten in Salzburg angeführt würden, sowie die Servicestelle D***, die als Servicestelle in Tirol benannt würde, den geforderten Anforderungen schon insofern nicht entspreche, als sie das geforderte Reifenservice in den Monaten Oktober und November (D*** bzw. Oktober (C***)) nicht für die BIEGE B*** erbringen würde und diesen Vorbehalt in der Vereinbarung mit der BIEGE B*** auch ausdrücklich mündlich vereinbart habe. Damit erreiche die BIEGE B*** in Tirol nicht die geforderte Mindestanzahl von 11 Servicestellen sondern nur 8 und in Salzburg nicht die geforderte Mindestanzahl von 7 Servicestellen sondern lediglich 5 und wäre daher schon aus diesem Grunde auszuscheiden. Die Antragstellerin legte zum Beweis dafür zwei E-Mails vor. Die BIEGE B*** gab bei der mündlichen Verhandlung dazu an, dass sie mit ihren Subunternehmern vereinbart habe, dass diese ganzjährig entsprechend der Ausschreibung zur Verfügung stehen würden und keinerlei abweichende Vereinbarungen mit unseren Subunternehmern getroffen worden sei. Der BIEGE B*** wurde die Möglichkeit gegeben, binnen einer bestimmten Frist Unterlagen betreffend Vereinbarungen mit den Subunternehmern C*** sowie D*** vorzulegen. Die BIEGE B*** gab bei der mündlichen Verhandlung an, dass der Anwendung der Nebenrechte vor allem der Paragraph 32, Absatz 2 GewO entgegenstehe, weil durch die Übernahme des gegenständlichen Auftrages durch die Antragstellerin die lediglich als Einkauf- bzw. Verrechnungseinheit fungiere und lediglich das Handelsagentengewerbe angemeldet habe der wirtschaftliche Schwerpunkt bzw. die Eigenart des Betriebes geändert würde. Der zu erwartende Umsatz aus der gegenständlichen Rahmenvereinbarung von weit über € 1 Millionen liege weit über dem geschätzten Jahresumsatz der Antragstellerin, der laut KSV Auskunft ca. € 300.000 betrage. Die Antragstellerin gab dazu an, dass der überwiegende Umsatz der Antragstellerin sich auf jährlich rund € 9 Millionen belaufe. Die Antragstellerin brachte in der mündlichen Verhandlung zur Behauptung, dass die BIEGE B*** nicht einmal die erforderliche Mindestanzahl an qualifizierten Servicestellen erreichen würde präzisierend vor, dass nach zwischenzeitlicher Einsicht in die Filialliste der BIEGE B***, sowohl die von der BIEGE B*** genannte Servicestelle C*** die mit 2 Standorten in Tirol und mit 2 Standorten in Salzburg angeführt würden, sowie die Servicestelle D***, die als Servicestelle in Tirol benannt würde, den geforderten Anforderungen schon insofern nicht entspreche, als sie das geforderte Reifenservice in den Monaten Oktober und November (D*** bzw. Oktober (C***)) nicht für die BIEGE B*** erbringen würde und diesen Vorbehalt in der Vereinbarung mit der BIEGE B*** auch ausdrücklich mündlich vereinbart habe. Damit erreiche die BIEGE B*** in Tirol nicht die geforderte Mindestanzahl von 11 Servicestellen sondern nur 8 und in Salzburg nicht die geforderte Mindestanzahl von 7 Servicestellen sondern lediglich 5 und wäre daher schon aus diesem Grunde auszuscheiden. Die Antragstellerin legte zum Beweis dafür zwei E-Mails vor. Die BIEGE B*** gab bei der mündlichen Verhandlung dazu an, dass sie mit ihren Subunternehmern vereinbart habe, dass diese ganzjährig entsprechend der Ausschreibung zur Verfügung stehen würden und keinerlei abweichende Vereinbarungen mit unseren Subunternehmern getroffen worden sei. Der BIEGE B*** wurde die Möglichkeit gegeben, binnen einer bestimmten Frist Unterlagen betreffend Vereinbarungen mit den Subunternehmern C*** sowie D*** vorzulegen.

Mit Schreiben der BIEGE B*** vom 24. September 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sich die Antragstellerin selbst als Bietergemeinschaft sehe. Da davon auszugehen sei, dass der Teilhabeantrag und das Angebot nur von der Antragstellerin unterfertigt worden sei, sei das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Weiters sei sie auszuscheiden, weil sie ausschließlich die Drittfirmen als Subunternehmer namhaft gemacht habe, die Gesellschafter hingegen nicht. Das Zulassen einer konkludenten Namhaftmachung durch Erwähnung der Kommanditisten in der Filialliste widerspreche dem vergaberechtlichen Transparenzgebot und scheitere auch daran, dass die Antragstellerin selbst ihre Gesellschafter auch weiterhin nicht als Subunternehmer sehe, sondern bislang aufgrund ihrer Eigenschaft als Personengesellschaft davon ausgehe, dass sie mit einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft gleichgestellt sei. Die fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern sei ein unbehebbarer Mangel und eine nachträgliche Bekanntgabe daher unzulässig. Die Antragstellerin würde eine verbotene Gesamtweitergabe vornehmen, da selbst wenn die Verrechnung durch die Antragstellerin erfolge, dies den Tatbestand der unzulässigen Gesamtweitergabe nicht beseitigen könne, da die Rechnungslegung im eigenen Namen der Gesamtweitergabe immanent sei: würde bereits die Tatsache, dass etwa der Vertragsabschluss die Legung der Rechnung oder die Entgegennahme der Zahlung durch den Auftraggeber dazu ausreichen würde, um eine Gesamtweitergabe auszuschließen, dann sei das Verbot der Gesamtweitergabe bedeutungslos. Die Antragstellerin habe nur das Gewerbe Handelsagent angemeldet und sei als solcher für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen nicht befugt.

Auch die Nebenrechte gemäß § 32 GewO würden die erforderliche Befugnis nicht verleihen. § 32 Abs. 1 Z 6 GewO behandle das Aufstellen und die Montage etc von hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenständen. Diese Bestimmung beziehe sich unter anderem auf Händler. Ein Reifenhändler mit einer Gewerbeberechtigung nach § 154 GewO könne natürlich die von ihm verkauften Reifen montieren. Der Handelsagent hingegen stelle weder Produkte her noch verkaufe oder vermietet er diese. Er vermittle nur Geschäfte im Namen und auf Rechnung Dritter. Die Antragstellerin sei daher nicht befugt, die Montage (im Sinne von Reifenmontage) durchzuführen. Darüber hinaus stünden sämtliche Nebenrechte gemäß § 32 Abs. 1 GewO unter dem Vorbehalt des § 32 Abs. 2 GewO, wonach der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs erhalten bleiben müssten. Die Firmen D*** und C*** hätten verbindlich zugesagt, für die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen ganzjährig zur Verfügung zu stehen. Die Antragstellerin habe versucht diese "abzuwerben". Dass die Subunternehmer D*** und C*** nunmehr offenbar beabsichtigten vertragsbrüchig zu werden ändere nichts daran, dass die BIEGE B*** zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung über die Kapazitäten der Unternehmen D*** und C*** verfügt habe. Hätten die beiden genannten Unternehmen Vorbehalte hinsichtlich des Monats Oktober geäußert, so wären die beiden Unternehmen nie als Subunternehmer in Frage gekommen. Der Monat Oktober sei der für die Reifenbranche zentrale Monat. Die beiden Subunternehmer hätten sich erst später auf die Seite der Antragstellerin geschlagen. Da die BIEGE B*** zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung über die Kapazitäten der Unternehmen D*** und C*** verfügt hätten, sei die Auswahlentscheidung rechtsrichtig. Ein Subunternehmerwechsel sei zulässig. Es würde für das Bundesland Salzburg eine Firma als Subunternehmer namhaft gemacht werden, ein Ersatz-Subunternehmer für das Bundesland Tirol werde in Kürze namhaft gemacht werden. Mit Schreiben der BIEGE B*** vom 24. September 2008 brachte diese im Wesentlichen vor, dass sich die Antragstellerin selbst als Bietergemeinschaft sehe. Da davon auszugehen sei, dass der Teilnahmeantrag und das Angebot nur von der Antragstellerin unterfertigt worden sei, sei das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden. Weiters sei sie auszuscheiden, weil sie ausschließlich die Drittfirmen als Subunternehmer namhaft gemacht habe, die Gesellschafter hingegen nicht. Das Zulassen einer konkludenten Namhaftmachung durch Erwähnung der Kommanditisten in der Filialliste widerspreche dem vergaberechtlichen Transparenzgebot und scheitere auch daran, dass die Antragstellerin selbst ihre Gesellschafter auch weiterhin nicht als Subunternehmer sehe, sondern bislang aufgrund ihrer Eigenschaft als Personengesellschaft davon ausgehe, dass sie mit einer Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft gleichgestellt sei. Die fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern sei ein unbehebbarer Mangel und eine nachträgliche Bekanntgabe daher unzulässig. Die Antragstellerin würde eine verbotene Gesamtweitergabe vornehmen, da selbst wenn die Verrechnung durch die Antragstellerin erfolge, dies den Tatbestand der unzulässigen Gesamtweitergabe nicht beseitigen könne, da die Rechnungslegung im eigenen Namen der Gesamtweitergabe immanent sei: würde bereits die Tatsache, dass etwa der Vertragsabschluss die Legung der Rechnung oder die Entgegennahme der Zahlung durch den Auftraggeber dazu ausreichen würde, um eine Gesamtweitergabe auszuschließen, dann sei das Verbot der Gesamtweitergabe bedeutungslos. Die Antragstellerin habe nur das Gewerbe Handelsagent angemeldet und sei als solcher für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen nicht befugt. Auch die Nebenrechte gemäß Paragraph 32, GewO würden die erforderliche Befugnis nicht verleihen. Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 6, GewO behandle das Aufstellen und die Montage etc von hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenständen. Diese Bestimmung beziehe sich unter anderem auf Händler. Ein Reifenhändler mit einer Gewerbeberechtigung nach Paragraph 154, GewO könne natürlich die von ihm verkauften Reifen montieren. Der Handelsagent hingegen stelle weder Produkte her noch verkaufe oder vermietet er diese. Er vermittle nur Geschäfte im Namen und auf Rechnung Dritter. Die Antragstellerin sei daher nicht befugt, die Montage (im Sinne von Reifenmontage) durchzuführen. Darüber hinaus stünden sämtliche Nebenrechte gemäß Paragraph 32, Absatz eins, GewO unter dem Vorbehalt des Paragraph 32, Absatz 2, GewO, wonach der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebs erhalten bleiben müssten. Die Firmen D*** und C*** hätten verbindlich zugesagt, für die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen ganzjährig zur Verfügung zu stehen. Die Antragstellerin habe versucht diese "abzuwerben". Dass die Subunternehmer D*** und C*** nunmehr offenbar beabsichtigten vertragsbrüchig zu werden ändere nichts daran, dass die BIEGE B*** zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung über die Kapazitäten der Unternehmen D*** und C*** verfügt habe. Hätten die beiden genannten Unternehmen Vorbehalte hinsichtlich des Monats Oktober geäußert, so wären die beiden Unternehmen nie als Subunternehmer in Frage gekommen. Der Monat Oktober sei der für die Reifenbranche zentrale Monat. Die beiden Subunternehmer hätten sich erst später auf die Seite der Antragstellerin geschlagen. Da die BIEGE B*** zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung über die Kapazitäten der Unternehmen D*** und C*** verfügt hätten, sei die

Auswahlentscheidung rechtsrichtig. Ein Subunternehmerwechsel sei zulässig. Es würde für das Bundesland Salzburg eine Firma als Subunternehmer namhaft gemacht werden, ein Ersatz-Subunternehmer für das Bundesland Tirol werde in Kürze namhaft gemacht werden.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 24. September 2008 wurde eine eidesstattliche Erklärung von E*** vom 24. September 2008 vorgelegt.

Mit Schreiben der Auftraggeber vom 1. Oktober 2008 brachten diese im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin auszuscheiden sei.

Mit Bescheid des BVA vom 3. Oktober 2008, GZ N/0117-BVA/13/2008-35, wurde die einstweilige Verfügung vom 1. September 2008, N/0117-BVA/13/2008-10, von Amts wegen bis zum 4. November 2008 erstreckt.

Bei der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2008 hat die Antragstellerin dargelegt, dass sie folgende Leistungen im Auftragsfall erbringen würde:

Konditionserstellung und Einpflege von Reifenpreisen, Dienstleistungspreisen und Rabatten, die Generierung eines Datenträger daraus, Übermittlung dieses Datenträgers an die Kommanditisten zur automatisierten Einpflege in die EDV - Systeme der Kommanditisten, Übernahme der von den Kommanditisten übermittelten durchgeführten Geschäftsfällen, Überprüfung dieser Daten, Erstellung der daraus resultierenden Rechnungen an die abrufende Dienststelle, Entgegennahme der Zahlungen dieser Dienststelle, Weiterübermittlung der eingegangenen Zahlungen an die Kommanditisten, Durchführung von Mahnungen, diversen Aufklärungen bei Reklamationen und die Erstellung der von der BBG oder den abrufenden Stellen gewünschten Statistiken.

Der Zeuge F***, welcher geschäftsführender Gesellschafter der C*** ist, hat zusammengefasst angegeben, dass er gegenüber einem Vertreter der BIEGE B*** erklärt habe, dass er Servicearbeiten für die Polizeiautos nur im September übernehmen würde, keinesfalls jedoch im Oktober. Der Zeuge G*** hat in der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2008 angegeben, der Zeuge F*** habe bei einem Telefonat mit ihm keine solche Einschränkung bezüglich des Monats Oktober gemacht.

Darüber hat das Bundesvergabeamt erwogen:

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Republik Österreich (Bund) sowie die BBG haben zur Beschaffung des Reifenmanagements von Kraftfahrzeugen einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich mit einem geschätzten Auftragswert ohne Ust von € 1,2 Millionen ausgeschrieben (Schreiben der Auftraggeber vom 29.8.2008, Akt des Vergabeverfahrens). Die gewählte Art des Vergabeverfahrens ist das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer (Schreiben der Auftraggeber vom 29.8.2008).

Die "Teilnahmebedingungen für das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß BVergG 2006 betreffend Reifenmanagement, Internes Geschäftszeichen der BBG: GZ -Nr. 2800.00841" lauten auszugsweise wie folgt:

"2.2 Auftragsgegenstand

Der zu vergebende Auftrag umfasst das Reifenmanagement vom vorraussichtlich ca. 1000 Kraftfahrzeugen für einen Zeitraum von 3 Jahren ab Abschluss der Rahmenvereinbarung an zumindest 84 Standorten im Bundesgebiet Österreich. Das Reifenmanagement hat zumindest folgende vom zukünftigen Auftragnehmer zu erbringende Leistungsmodul zu beinhalten, welche - ausgenommen die elektronische Rechnungslegung, welche zentral erfolgen kann - kumulativ an jedem einzelnen Standort zu bringen sind:

- > Reifenauswahlberatung
- > Reifenlieferung
- > Felgenlieferung
- > Montage (Reifen auf Felge)
- > Wuchten

- > Umstecken
- > Demontage (Reifen von Felge)
- > Radwäsche
- > Befüllung mit Reifengas
- > Depoteinlagerung
- > Altreifenentsorgung
- > Zustandsberichterstattung
- > Schlauchlosreparatur
- > Depotverlagerung (zwischen einzelnen Niederlassungen bzw Stützpunkten)
- > bargeldlose Zahlungsabwicklung mit Servicekarten
- > elektronische Rechnungslegung"

"6.3 Technische Leistungsfähigkeit

6.3.1 Allgemeines

...

Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest die im folgenden angeführten Voraussetzungen erfüllt sind:

- > Mindestanforderung betreffend Servicestellenanzahl:

- -Strichaufzählung

Als zwingenden des Mindestanforderung wird festgelegt:

Die Anzahl der Servicestellen im Bundesgebiet Österreich, in welchen jeweils sämtliche der in Punkt 2.2 angeführten Leistungsmodul in Anspruch genommen werden können, beträgt zum Zeitpunkt der Öffnung der Teilnahmeanträge mindestens 84, wobei je Bundesland folgende Mindestanzahl gilt:

*	Burgenland:	mind. 4
*	Kärnten:	mind. 9
*	Niederösterreich:	mind. 18
*	Oberösterreich:	mind. 13
*	Salzburg:	mind. 7
*	Steiermark:	mind. 15
*	Tirol	mind. 11
*	Vorarlberg:	mind. 3
*	Wien:	mind. 4"

Die Antragstellerin und die BIEGE B*** haben jeweils einen Teilnahmeantrag gestellt und ein Angebot gelegt (Akt des Vergabeverfahrens). Am 21. Juli 2008 ist die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zu Gunsten der BIEGE B*** bekannt gegeben worden (Akt des Vergabeverfahrens). Am 28. Juli 2008 ist diese Entscheidung zurückgenommen worden (Akt des Vergabeverfahrens). Am 12. August 2008 ist neuerlich die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zu Gunsten der BIEGE B*** bekannt gegeben worden (Akt des Vergabeverfahrens). Im Gewerbeverzeichnis findet sich bei der Antragstellerin folgende Eintragung: "Gewerbewortlaut Handelsgewerbe gemäß § 124 Z 10 GewO 1994" (Gewerbeverzeichnisauszug vom 6.3.2008). Die Antragstellerin und die BIEGE B*** haben jeweils einen Teilnahmeantrag gestellt und ein Angebot gelegt (Akt des Vergabeverfahrens). Am 21. Juli 2008 ist die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zu Gunsten der BIEGE B*** bekannt gegeben worden (Akt des Vergabeverfahrens). Am 28. Juli 2008 ist diese Entscheidung zurückgenommen worden (Akt des Vergabeverfahrens). Am 12. August 2008 ist neuerlich die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zu Gunsten der BIEGE B*** bekannt gegeben worden (Akt des Vergabeverfahrens). Im Gewerbeverzeichnis findet sich bei der Antragstellerin folgende Eintragung: "Gewerbewortlaut

Handelsgewerbe gemäß Paragraph 124, Ziffer 10, GewO 1994" (Gewerberegisterauszug vom 6.3.2008).

1. 3.Ziffer 3

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin

2. 3.Ziffer 3

a Weitergabe des gesamten Auftrages

Die BIEGE B*** hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass die Antragstellerin vorhabe, entgegen Rz 38 der Teilnahmebedingungen den gesamten Auftrag weiterzugeben. Dies ergebe sich daraus, dass die Antragstellerin nur vier Mitarbeiter habe. Die Antragstellerin fungiere lediglich als Einkaufsgesellschaft für ihre Kommanditisten. Die Antragstellerin trete als alleinige Bieterin auf. Es bestehe insbesondere keine Bietergemeinschaft mit ihren Gesellschaftern. Der gesamte Auftrag solle an die Gesellschafter und dritte Unternehmer als Subunternehmer weitergegeben werden. Die Weitergabe des gesamten Auftrages sei jedoch unzulässig. Das Angebot der Antragstellerin sei daher auszuschneiden.

Bei der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2008 hat die Antragstellerin dargelegt, dass sie mit 3 Angestellten folgende Leistungen im Auftragsfall erbringen würde: Konditionserstellung und Einpflege von Reifenpreisen, Dienstleistungspreisen und Rabatten, die Generierung eines Datenträger daraus, Übermittlung dieses Datenträgers an die Kommanditisten zur automatisierten Einpflege in die EDV - Systeme der Kommanditisten, Übernahme der von den Kommanditisten übermittelten durchgeführten Geschäftsfällen, Überprüfung dieser Daten, Erstellung der daraus resultierenden Rechnungen an die abrufende Dienststelle, Entgegennahme der Zahlungen dieser Dienststelle, Weiterübermittlung der eingegangenen Zahlungen an die Kommanditisten, Durchführung von Mahnungen, diversen Aufklärungen bei Reklamationen und die Erstellung der von der BBG oder den abrufenden Stellen gewünschten Statistiken.

Aufgrund der im vorstehenden Absatz genannten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben der Antragstellerin steht fest, dass die Antragstellerin jedenfalls nicht die Reifenmontage und ähnliche Arbeiten selbst durchführen kann, sie jedoch die in obigem Absatz genannten administrativen Leistungen abwickeln will. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Antragstellerin plant, den gesamten Auftrag weiterzugeben.

1. 3.Ziffer 3

b Fehlende Befugnis

Die BIEGE B*** hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Befugnis mangle. Aus dem Firmenbuchauszug ergebe sich, dass die Antragstellerin lediglich den Gewerbeschein für Handelsagenten habe. Das Gewerbe des Handelsagenten umfasse die Vermittlung und das Abschließen von Warenhandelsgeschäften in fremdem Namen und auf fremde Rechnung. Aus der Definition des Handelsagenten ergebe sich, dass dieser ausschließlich die Vermittlung von Geschäften für und auf Rechnung von Dritten vornehme. Die Antragstellerin trete jedoch alleine - und nicht etwa in Bietergemeinschaft mit ihren Mitgliedern - auf und biete an, die ausschreibungsgegenständliche Leistung im eigenen Namen zu erbringen. Bei der Antragstellerin würde der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes bei Inanspruchnahme von Nebenrechten gemäß § 32 Abs. 1 GewO nicht erhalten bleiben. Die BIEGE B*** hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass es der Antragstellerin an der Befugnis mangle. Aus dem Firmenbuchauszug ergebe sich, dass die Antragstellerin lediglich den Gewerbeschein für Handelsagenten habe. Das Gewerbe des Handelsagenten umfasse die Vermittlung und das Abschließen von Warenhandelsgeschäften in fremdem Namen und auf fremde Rechnung. Aus der Definition des Handelsagenten ergebe sich, dass dieser ausschließlich die Vermittlung von Geschäften für und auf Rechnung von Dritten vornehme. Die Antragstellerin trete jedoch alleine - und nicht etwa in Bietergemeinschaft mit ihren Mitgliedern - auf und biete an, die ausschreibungsgegenständliche Leistung im eigenen Namen zu erbringen. Bei der Antragstellerin würde der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes bei Inanspruchnahme von Nebenrechten gemäß Paragraph 32, Absatz eins, GewO nicht erhalten bleiben.

Die Antragstellerin brachte dazu in der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 vor, sie selbst würde zwar lediglich über eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe verfügen, das Reifenmanagement in der geforderten Form sei jedoch eine gewerberechtlich zulässige Nebentätigkeit zum Verkauf und im Übrigen würden sämtliche Kommanditisten über die erforderlichen Gewerbeberechtigungen für den Betrieb von Fachwerkstätten und den Reifenhandel verfügen.

§ 32 Abs 1 und 2 GewO 1994 lauten auszugsweise Paragraph 32, Absatz eins und 2 GewO 1994 lauten auszugsweise:

(1) Gewerbetreibenden stehen auch folgende Rechte zu:

6. das Aufstellen, die Montage, der Austausch schadhaft gewordener Bestandteile, die Nachfüllung von Behältern, das Anbringen von Zubehör und die regelmäßige Wartung der hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenstände;

(2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Abs. 1 müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen. (2) Bei der Ausübung der Rechte gemäß Absatz eins, müssen der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben. Soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, haben sich die Gewerbetreibenden entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen.

Tatsächlich verfügt die Antragstellerin, wie sich aus dem Gewerberegister ergibt, über die Gewerbeberechtigung "Handelsgewerbe gemäß § 124 Z 10 GewO 1994". Sie ist daher berechtigt, das Handelsgewerbe auszuüben. Das Vorbringen der BIEGE B***, die Antragstellerin verfüge nur über die Gewerbeberechtigung für Handelsagenten entspricht nicht der Eintragung im Gewerberegister und ist daher nicht zutreffend. Tatsächlich verfügt die Antragstellerin, wie sich aus dem Gewerberegister ergibt, über die Gewerbeberechtigung "Handelsgewerbe gemäß Paragraph 124, Ziffer 10, GewO 1994". Sie ist daher berechtigt, das Handelsgewerbe auszuüben. Das Vorbringen der BIEGE B***, die Antragstellerin verfüge nur über die Gewerbeberechtigung für Handelsagenten entspricht nicht der Eintragung im Gewerberegister und ist daher nicht zutreffend.

Die BIEGE B*** führte in Rz 13 ihres Schreibens vom 24. September 2008 zu Recht aus: "Ein Reifenhändler mit einer Gewerbeberechtigung nach § 154 GewO kann natürlich die von ihm verkauften Reifen montieren." Aufgrund des Nebenrechtes gemäß § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994 ist die Antragstellerin nämlich befugt, die in Punkt 2.2 der Teilnahmebedingungen genannten Leistungen zu erbringen. Es ist auch nicht ersichtlich, warum bei der Antragstellerin im konkreten Fall der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes bei Inanspruchnahme von Nebenrechten gemäß § 32 Abs. 1 GewO nicht erhalten bleiben sollte, wie dies von der BIEGE B*** in der irrigen Ansicht, die Antragstellerin verfüge nur über die Gewerbeberechtigung für Handelsagenten, behauptet wurde. Die BIEGE B*** führte in Rz 13 ihres Schreibens vom 24. September 2008 zu Recht aus: "Ein Reifenhändler mit einer Gewerbeberechtigung nach Paragraph 154, GewO kann natürlich die von ihm verkauften Reifen montieren." Aufgrund des Nebenrechtes gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 6, GewO 1994 ist die Antragstellerin nämlich befugt, die in Punkt 2.2 der Teilnahmebedingungen genannten Leistungen zu erbringen. Es ist auch nicht ersichtlich, warum bei der Antragstellerin im konkreten Fall der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes bei Inanspruchnahme von Nebenrechten gemäß Paragraph 32, Absatz eins, GewO nicht erhalten bleiben sollte, wie dies von der BIEGE B*** in der irrigen Ansicht, die Antragstellerin verfüge nur über die Gewerbeberechtigung für Handelsagenten, behauptet wurde.

1. 3. Ziffer 3

c Das Angebot der Antragstellerin widerspreche den Ausschreibungsbedingungen

Die BIEGE B*** hat dazu zusammengefasst vorgebracht, dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsunterlagen widerspreche bzw auf die Geschäftsbedingungen der Antragstellerin verweise. Das Angebot der Antragstellerin sei weiters unvollständig, da es keinen Anspruch auf Erfüllung sämtlicher in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Ausschlusskriterien erhebe.

Im Angebot der Antragstellerin finden sich keine derartigen Widersprüche, Verweise oder Unvollständigkeiten.

1. 3. Ziffer 3

d Gesellschafter der Antragstellerin

Es findet sich weder im Teilnahmeantrag der Antragstellerin noch im ihrem Angebot noch in sonstigen Unterlagen des Vergabeaktes ein Hinweis darauf, dass die Antragstellerin als Bietergemeinschaft auftritt. Die Antragstellerin ist daher - entgegen ihren eigenen Behauptungen - im bisherigen Vergabeverfahren nicht als Bietergemeinschaft aufgetreten. Das Argument der BIEGE B***, es würden Unterschriften der Gesellschafter der Bietergemeinschaft der Antragstellerin im Teilnahmeantrag oder im Angebot der Antragstellerin fehlen und sie wäre daher auszuscheiden gewesen, geht daher ins Leere.

Auch kann sich die Antragstellerin gem § 76 Abs 1 BVergG 2006 zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, also etwa auch auf die Kapazitäten ihrer Gesellschafter, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihr und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. Auch kann sich die Antragstellerin gem Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006 zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, also etwa auch auf die Kapazitäten ihrer Gesellschafter, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihr und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen.

Das Angebot der Antragstellerin war daher nicht auszuschneiden. Der Antragstellerin kommt Antragslegitimation zu.

1. 4.Ziffer 4

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass nach zwischenzeitlicher Einsicht in die Filialliste der BIEGE B***, sowohl die von der BIEGE B*** genannte Servicestelle C*** die mit 2 Standorten in Tirol und mit 2 Standorten in Salzburg angeführt würden, sowie die Servicestelle D***, die als Servicestelle in Tirol benannt würde, den geforderten Anforderungen schon insofern nicht entspreche, als sie das geforderte Reifenservice in den Monaten Oktober und November (D***) bzw. Oktober (C***) nicht für die BIEGE B*** erbringen würde und diesen Vorbehalt in der Vereinbarung mit der BIEGE B*** auch ausdrücklich mündlich vereinbart habe. Damit erreiche die BIEGE B*** in Tirol nicht die geforderte Mindestanzahl von 11 Servicestellen sondern nur 8 und in Salzburg nicht die geforderte Mindestanzahl von 7 Servicestellen sondern lediglich 5 und wäre daher schon aus diesem Grunde auszuschneiden.

Die BIEGE B*** brachte dazu vor, die Firmen D*** und C*** hätten verbindlich zugesagt, für die ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen ganzjährig zur Verfügung zu stehen. Die Antragstellerin habe versucht diese "abzuwerben". Dass die Subunternehmer D*** und C*** nunmehr offenbar beabsichtigten würden vertragsbrüchig zu werden, ändere nichts daran, dass die BIEGE B*** zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung über die Kapazitäten der Unternehmen D*** und C*** verfügt habe. Hätten die beiden genannten Unternehmen Vorbehalte hinsichtlich des Monats Oktober geäußert, so wären die beiden Unternehmen nie als Subunternehmer in Frage gekommen. Der Monat Oktober sei der für die Reifenbranche zentrale Monat. Die beiden Subunternehmer hätten sich erst später auf die Seite der Antragstellerin geschlagen. Da die BIEGE B*** zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung über die Kapazitäten der Unternehmen D*** und C*** verfügt hätten, sei die Auswahlentscheidung rechtsrichtig.

§ 69 BVergG 2006 lautet auszugsweise: Paragraph 69, BVergG 2006 lautet auszugsweise:

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

1. 3.Ziffer 3

beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,

2. 6.Ziffer 6

bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Z 1 bis 3 sowie bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist, bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Ziffer eins bis 3 sowie bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist,

vorliegen.

Somit ergibt sich aus § 69 Z 3 BVergG 2006, dass die Leistungsfähigkeit im gegenständlichen Fall spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen muss. Es steht auch jedenfalls aufgrund des oben Gesagten fest, dass eine Benennung neuer Subunternehmer nach diesem Zeitpunkt, wie dies die BIEGE B*** getan hat, für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit nicht mehr relevant ist. Somit ergibt sich aus Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG 2006, dass die Leistungsfähigkeit im gegenständlichen Fall spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe

vorliegen muss. Es steht auch jedenfalls aufgrund des oben Gesagten fest, dass eine Benennung neuer Subunternehmer nach diesem Zeitpunkt, wie dies die BIEGE B*** getan hat, für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit nicht mehr relevant ist.

§ 76 Abs 1 BVergG 2006 lautet: Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

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

Die Materialien (1171 der Beilagen XXII. GP 65) führen dazu aus: Die Materialien (1171 der Beilagen römisch 22. Gesetzgebungsperiode 65) führen dazu aus:

Die Regelung ist neu und stellt eine Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage dar (Rs C-389/92, Ballast Nedam I, C-5/97, Ballast Nedam II, C-176/98, Holst, C-314/01, Siemens und ARGE Telekom). Sie setzt Art. 47 Abs. 2 und 3, 48 Abs. 3 und 4 der RL 2004/18/EG um. Die Regelung ist neu und stellt eine Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage dar (Rs C-389/92, Ballast Nedam römisch eins, C-5/97, Ballast Nedam römisch zwei, C-176/98, Holst, C-314/01, Siemens und ARGE Telekom). Sie setzt Artikel 47, Absatz 2 und 3, 48 Absatz 3 und 4 der RL 2004/18/EG um.

...

Ein Auftraggeber kann einen Unternehmer daher nicht mehr wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausschließen, wenn dieser zwar nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt, aber nachweist, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stehen. Da diese Regelung beim Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit nicht unproblematisch erscheint, empfiehlt es sich für den Auftraggeber, bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen. Der Nachweis kann zB wie in der RL ausgeführt dadurch geführt werden, dass der Unternehmer die Zusage des Unternehmers oder der Unternehmer vorlegt, dass sie dem Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen (vgl. Art. 47 Abs. 2 und 48 Abs. 3 der RL 2004/18/EG). Ein Auftraggeber kann einen Unternehmer daher nicht mehr wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausschließen, wenn dieser zwar nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt, aber nachweist, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stehen. Da diese Regelung beim Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit nicht unproblematisch erscheint, empfiehlt es sich für den Auftraggeber, bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen. Der Nachweis kann zB wie in der RL ausgeführt dadurch geführt werden, dass der Unternehmer die Zusage des Unternehmers oder der Unternehmer vorlegt, dass sie dem Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen (vergleiche Artikel 47, Absatz 2 und 48 Absatz 3, der RL 2004/18/EG).

Art. 48 Abs. 3 der RL 2004/18/EG lautet: Artikel 48, Absatz 3, der RL 2004/18/EG lautet:

(3) Ein Wirtschaftsteilnehmer kann sich gegebenenfalls für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen. Er muss in diesem Falle dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber nachweisen, dass ihm für die Ausführung des Auftrags die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er beispielsweise die Zusage dieser Unternehmen vorlegt, dass sie dem Wirtschaftsteilnehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen.

Die BIEGE B*** hat sich in ihrem Angebot zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten der C*** sowie der D*** gestützt, indem sie für das Bundesland Tirol 2 Servicestellen der C*** und eine Servicestelle der D*** sowie für das Bundesland Salzburg 2 Servicestellen der C*** benannt hat. Die BIEGE B*** hatte daher gem den §§ 76 Abs 1 iVm 69 Z 3 BVergG 2006 den Nachweis zu erbringen, dass ihr spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe die bei den genannten Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung standen (vgl auch Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, Kapitel XI. Leistungsfähigkeit). Aufgrund der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 vorgelegten Erklärungen der C*** sowie der D*** war es zweifelhaft, ob die

BIEGE B*** diese Nachweise erbringen kann. Es wurde ihr Gelegenheit gegeben diese Nachweise zu erbringen. Die BIEGE B*** konnte diese jedoch - etwa durch Vorlage einer Zusage dieser Unternehmen, dass sie ihr die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen (vgl Art 48 Abs 3 der RL 2004/18/EG) - nicht erbringen. Sie hat vielmehr in ihrer Stellungnahme vom 24. September 2008 davon gesprochen, dass die genannten Subunternehmer "abgeworben" worden und vertragsbrüchig geworden seien. Die BIEGE B*** hat sich in ihrem Angebot zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten der C*** sowie der D*** gestützt, indem sie für das Bundesland Tirol 2 Servicestellen der C*** und eine Servicestelle der D*** sowie für das Bundesland Salzburg 2 Servicestellen der C*** benannt hat. Die BIEGE B*** hatte daher gem den Paragraphen 76, Absatz eins, in Verbindung mit 69 Ziffer 3, BVergG 2006 den Nachweis zu erbringen, dass ihr spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe die bei den genannten Unternehmen im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung standen (vergleiche auch Th. Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, Kapitel römisch elf, Leistungsfähigkeit). Aufgrund der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008 vorgelegten Erklärungen der C*** sowie der D*** war es zweifelhaft, ob die BIEGE B*** diese Nachweise erbringen kann. Es wurde ihr Gelegenheit gegeben diese Nachweise zu erbringen. Die BIEGE B*** konnte diese jedoch - etwa durch Vorlage einer Zusage dieser Unternehmen, dass sie ihr die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen (vergleiche Artikel 48, Absatz 3, der RL 2004/18/EG) - nicht erbringen. Sie hat vielmehr in ihrer Stellungnahme vom 24. September 2008 davon gesprochen, dass die genannten Subunternehmer "abgeworben" worden und vertragsbrüchig geworden seien.

Da die BIEGE B*** den Nachweis nicht erbringen konnte, dass ihr spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Servicestellen der C*** sowie der D*** tatsächlich für Servicearbeiten zur Verfügung standen, kann sich die BIEGE B*** für das Bundesland Tirol nicht auf die Kapazitäten dieser Unternehmer zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit stützen. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls zwei von der BIEGE B*** in ihrem Angebot für das Bundesland Tirol benannte Servicestellen der C*** und eine von der BIEGE B*** in ihrem Angebot für das Bundesland Tirol benannte Servicestelle der D*** nicht gewertet werden können. Da die BIEGE B*** insgesamt 11 Servicestellen für das Bundesland Tirol benannt hat, wobei mindestens 11 Servicestellen für das Bundesland Tirol entsprechend Punkt 6.3.1 der Teilnahmebedingungen zu benennen waren, jedoch insgesamt drei dieser Servicestellen nicht gewertet werden können, erfüllt die BIEGE B*** nicht die Mindestanzahl der Servicestellen für das Bundesland Tirol und wäre schon aus diesem Grund gem § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen. Da die BIEGE B*** den Nachweis nicht erbringen konnte, dass ihr spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Servicestellen der C*** sowie der D*** tatsächlich für Servicearbeiten zur Verfügung standen, kann sich die BIEGE B*** für das Bundesland Tirol nicht auf die Kapazitäten dieser Unternehmer zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit stützen. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls zwei von der BIEGE B*** in ihrem Angebot für das Bundesland Tirol benannte Servicestellen der C*** und eine von der BIEGE B*** in ihrem Angebot für das Bundesland Tirol benannte Servicestelle der D*** nicht gewertet werden können. Da die BIEGE B*** insgesamt 11 Servicestellen für das Bundesland Tirol benannt hat, wobei mindestens 11 Servicestellen für das Bundesland Tirol entsprechend Punkt 6.3.1 der Teilnahmebedingungen zu benennen waren, jedoch insgesamt drei dieser Servicestellen nicht gewertet werden können, erfüllt die BIEGE B*** nicht die Mindestanzahl der Servicestellen für das Bundesland Tirol und wäre schon aus diesem Grund gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen.

Weiters erfüllt die BIEGE B*** auch nicht die Mindestanzahl der Servicestellen für das Bundesland Salzburg, da aus den oben aufgezeigten Gründen auch 2 Servicestellen der C*** im Bundesland Salzburg nicht gewertet werden können. Auch aus diesem Grund wäre die BIEGE B*** gem. § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen. Weiters erfüllt die BIEGE B*** auch nicht die Mindestanzahl der Servicestellen für das Bundesland Salzburg, da aus den oben aufgezeigten Gründen auch 2 Servicestellen der C*** im Bundesland Salzburg nicht gewertet werden können. Auch aus diesem Grund wäre die BIEGE B*** gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen.

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass aufgrund der nachvollziehbaren und schlüssigen Aussage des Zeugen F*** (geschäftsführender Gesellschafter der C***) in der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2008 davon auszugehen ist, dass die C*** der BIEGE B*** für Servicearbeiten keinesfalls im Oktober zur Verfügung gestanden wäre. Der Zeuge hat zusammengefasst angegeben, dass er gegenüber einem Vertreter der BIEGE B***, nämlich Herrn

G***, erklärt habe, dass er Servicearbeiten für die Polizeiautos nur im September übernehmen würde, keinesfalls jedoch im Oktober. Diese Aussage wird auch nicht dadurch unglaubwürdig, dass der Zeuge sich nicht genau erinnern konnte, wann er ein diesbezügliches Telefonat mit Herrn G*** geführt hat bzw ob er Anhänge an bestimmte E-mails erhalten oder gelesen hat, zumal dies bereits mehr als ein halbes Jahr zurückliegt. Glaubwürdig erscheint die Aussage des Zeugen jedoch deshalb, weil er angegeben hat, dass er nicht damit gerechnet habe, dass daraus tatsächlich ein Auftrag für seine Firma resultieren wird, weil 300 Meter von seiner Firma entfernt eine Filiale der Firma B*** bestehe und er offenbar damit rechnete, dass diese Filiale der Firma B*** die Leistungen für die BIEGE B*** durchführen wird. Es ist daher nachvollziehbar, dass der Zeuge unter diesen Umständen nicht die Aufträge seiner Konkurrenz insbesondere im (in der Reifenbranche besonders arbeitsintensiven) Monat Oktober übernehmen wollte und will. Die Aussage des Zeugen G*** in der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2008, der Zeuge F*** habe bei einem Telefonat mit ihm keine solche Einschränkung bezüglich des Monats Oktober gemacht, erscheint dagegen unglaubwürdig, da er offenbar bestrebt war, nicht die Schuld für den drohenden "Verlust des Auftrages" angelastet zu bekommen. Gleiches gilt für die ähnlich lautende Aussage des Zeugen H*** in der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2008.

Somit ist nicht nur erwiesen, dass es der BIEGE B*** nicht gelungen ist Nachweise iSd § 76 Abs 1 BVergG 2006 bezüglich der von ihr benannten Subunternehmer C*** sowie D*** zu erbringen (siehe oben), sondern es ist auch erwiesen, dass der BIEGE B*** die Mittel des von ihr benannten Subunternehmers C*** spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe tatsächlich nicht zur Verfügung standen. Dies bestätigt somit die oben bereits dargestellte Schlussfolgerung, dass die BIEGE B*** nicht die Mindestanforderungen der Ausschreibung erfüllt und gem § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen wäre. Somit ist nicht nur erwiesen, dass es der BIEGE B*** nicht gelungen ist Nachweise iSd Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006 bezüglich der von ihr benannten Subunternehmer C*** sowie D*** zu erbringen (siehe oben), sondern es ist auch erwiesen, dass der BIEGE B*** die Mittel des von ihr benannten Subunternehmers C*** spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe tatsächlich nicht zur Verfügung standen. Dies bestätigt somit die oben bereits dargestellte Schlussfolgerung, dass die BIEGE B*** nicht die Mindestanforderungen der Ausschreibung erfüllt und gem Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 wegen mangelnder Leistungsfähigkeit auszuscheiden gewesen wäre.

§ 325 Abs 1 BVergG 2006 lautet Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 lautet:

Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1. Ziffer eins

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

2. 2. Ziffer 2

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

Da sowohl die Antragstellerin in dem von ihr nach § 322 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 geltend gemachten Recht verletzt als auch die oben aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, weil die BIEGE B*** dadurch für die Auswahlentscheidung nicht in Betracht kommt, war spruchgemäß zu entscheiden. Da sowohl die Antragstellerin in dem von ihr nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 geltend gemachten Recht verletzt als auch die oben aufgezeigte Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist, weil die BIEGE B*** dadurch für die Auswahlentscheidung nicht in Betracht kommt, war spruchgemäß zu entscheiden.

1. 5. Ziffer 5

Gebührenersatz

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lauten Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lauten:

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

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

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

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

Da dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde, war gem § 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 der Antragstellerin der Ersatz ihrer gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeber zuzusprechen. Da dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde, war gem Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 der Antragstellerin der Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeber zuzusprechen.

1. 6.Ziffer 6
Kostenersatz

Da gem § 74 Abs 1 AVG grundsätzlich jeder Beteiligte die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat, war der Antrag auf Kostenersatz abzuweisen. Da gem Paragraph 74, Absatz eins, AVG grundsätzlich jeder Beteiligte die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat, war der Antrag auf Kostenersatz abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

30.12.2008

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