

TE Verg Bescheid 2008/8/22 N/0065-BVA/14/2008-31

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.08.2008

Norm

GeWO 1994 §373a BGBl I Nr94/1994 idF BGBl I Nr42/2008

GeWO 1994 §373c und d BGBl I Nr94/1994 idF BGBl I Nr42/2008

BVergG 2006 §86 2Satz

BVergG 2006 §108 Abs1 Z3

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z5

1. BVergG 2006 § 86 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 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 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG) BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 86/2007, betreffend die Auftragsvergabe "A 10 Tauernautobahn, Überwachungszentrale (ÜZ) St. Michael im Lungau/Salzburg - Gewerk Leittechnik und Wartenausstattung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 20.6.2008, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007,, betreffend die Auftragsvergabe "A 10 Tauernautobahn, Überwachungszentrale (ÜZ) St. Michael im Lungau/Salzburg -

Gewerk Leittechnik und Wartenausstattung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 20.6.2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "die Zuschlagsentscheidung vom 13.6.2008 für nichtig zu erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verhalten", wird abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Sachverhalt:

Die gegenständliche, im amtlichen Lieferanzeiger am 11.3.2008 bekannt gemachte Auftragsvergabe "A 10 Tauernautobahn, Überwachungszentrale (ÜZ) St. Michael im Lungau/Salzburg - Gewerk Leittechnik und Wartenausstattung" soll in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Zuschlagskriterien sind der Gesamtpreis (95%) und die Qualität (5%).

Es handelt sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 4.335.000,-- exkl. USt. angegeben.

Auftraggeber ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG). Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien.

Auftragsgegenstand ist die Erstellung der Prozessleittechnik für die neue Überwachungszentrale (ÜZ) St. Michael im Lungau/Salzburg, die gerätetechnische Ausstattung des neuen Wartenraumes sowie der Räume für das Krisenmanagement im Gebäude der ABM St. Michael im Lungau und die schrittweise Anbindung von bestehenden und neuen (Tunnel)Anlagen.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde der 2.4.2008 festgelegt. Insgesamt gaben 4 Bieter, darunter die A*** (im Folgenden Antragsteller) Angebote ab. Der Grundangebotspreis des Antragstellers betrug Euro 5.315.888,02 netto. Das Angebot des Antragstellers ging aus der Angebotsöffnung als zweitgereihtes Angebot hinter dem Angebot der B*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger bzw. B***) hervor. Deren Grundangebotspreis betrug Euro 4.723.314,31 netto.

Gemäß der Ausschreibung war von den Bietern ein Vadium in Höhe von Euro 130.000,-- entsprechend dem beiliegenden Muster gemeinsam mit dem Angebot zu legen. Der Vadiumsnachweis war mit dem Angebot abzugeben. Das Fehlen des Vadiumsnachweises wurde in der Ausschreibung als unbehebbarer, zum sofortigen Ausscheiden des Angebotes führender, Mangel qualifiziert. Der Vadiumsnachweis [Garantieerklärung der Zürich Versicherung AG (Deutschland) vom 31.3.2008] war dem Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 2.4.2008 in Telefaxkopie angeschlossen. Die Zürich Versicherung AG (Deutschland) hatte dem präsumtiven Zuschlagsempfänger vorab (am 31.3.2008) eine Telefaxkopie des Versicherungsdokumentes übermittelt. Das Originalversicherungsdokument ging dem präsumtiven Zuschlagsempfänger erst am 2.4.2008 auf dem Postweg zu. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hatte dem Auftraggeber vorab telefonisch mitgeteilt, dass seinem Angebot aufgrund eines Poststreikes in Deutschland das Vadium mutmaßlich nur in Kopie beigelegt werden könne. Es wurde vereinbart, dass dem Angebot zunächst eine Kopie des Versicherungsdokumentes beigelegt und das Original binnen 7 Tagen nachzureichen sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger übermittelte das Originaldokument dem Auftraggeber per Kurier am 3.4.2008 (siehe unter mündliche Verhandlung).

In seiner Subunternehmererklärung zum Angebot machte der präsumtive Zuschlagsempfänger einen Subunternehmer (C***) für den Bereich der Funktechnik namhaft. Weitere Subunternehmer wurden vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht nominiert. Der Antragsteller gab in der Subunternehmererklärung zu seinem Angebot neben der C*** für den Bereich der Funkanlagen weitere Subunternehmer bekannt: P*** für unterstützende

Planungsarbeiten, anteilige Informationsübertragung und Informationsverarbeitung, D***/E*** für Möblierung/Doppelboden, F*** für diverse Planungsleistungen und G*** für die Brandabschottung.

Der Antragsteller verfügt über eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Elektrotechnikgewerbes gemäß § 94 Z 16 GewO 1994. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügt über deutsche Gewerbeberechtigungen für das Elektrotechnikerhandwerk, das Feinwerkmechanikerhandwerk und das Installateur- und Heizungsbauerhandwerk. Der elektrotechnische Betriebsleiter des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Herr H***) verfügt über einen Anerkennungsbescheid seiner elektrotechnischen Befähigung des BMWA gemäß § 373 c GewO 1994, BGBl. I Nr. 194/1994. Der Antragsteller verfügt über eine Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Elektrotechnikgewerbes gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO 1994. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügt über deutsche Gewerbeberechtigungen für das Elektrotechnikerhandwerk, das Feinwerkmechanikerhandwerk und das Installateur- und Heizungsbauerhandwerk. Der elektrotechnische Betriebsleiter des präsumtiven Zuschlagsempfängers (Herr H***) verfügt über einen Anerkennungsbescheid seiner elektrotechnischen Befähigung des BMWA gemäß Paragraph 373, c GewO 1994, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 194 aus 1994,.

Die Zuschlagsentscheidung erging zugunsten des Angebotes der B*** mit einer Vergabesumme von Euro 4.723.314,31 für die Grundpositionen und wurde dem Antragsteller mit Telefax vom 13.6.2008 bekannt gegeben. Darin teilte der Auftraggeber dem Antragsteller mit, dass sein Angebot aufgrund der erfolgten Preis- und Qualitätsbewertung an 2. Stelle liege und daher für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht komme.

Mit Schriftsatz vom 20.6.2008 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Unter einem stellte er einen Antrag auf Gebührenersatz (siehe Spruchpunkt II) und beantragte die Erlassung einer dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagenden einstweiligen Verfügung. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.6.2008, N/0065-BVA/14/2008-10EV, stattgegeben. Mit Schriftsatz vom 20.6.2008 brachte der Antragsteller einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Unter einem stellte er einen Antrag auf Gebührenersatz (siehe Spruchpunkt römisch zwei) und beantragte die Erlassung einer dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagenden einstweiligen Verfügung. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27.6.2008, N/0065-BVA/14/2008-10EV, stattgegeben.

In seinem Nachprüfungsantrag brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) führe ein Vergabeverfahren betreffend die Leitechnik und Wartenausstattung der Überwachungszentrale St. Michael im Lungau durch.

Gemäß Punkt B.1.2.14 der Ausschreibungsunterlagen sei ein Vadium in Höhe von Euro 130.000,- entsprechend dem beiliegenden Muster gemeinsam mit dem Angebot zu legen. Als Nachweis des Vadiums seien ausschließlich Bankgarantien zugelassen. Ausnahmsweise könnten jedoch auch Rücklassversicherungen gelegt werden. Das Fehlen des Vadiumsnachweises stelle nach der Ausschreibung einen unbehebbarer Mangel iSd BVerfG dar und führe zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes.

Unter Punkt B.1.12 sei darüber hinaus festgelegt, dass Angebote und Vadium so rechtzeitig abzugeben bzw. ordnungsgemäß frankiert abzusenden seien, dass sie spätestens zum Abgabetermin unter genauer Einhaltung der Uhrzeit für die Angebotseinreichung vorliegen würden. Sofern dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen sei, stelle das Fehlen des Vadiumsnachweises einen unbehebbarer Mangel und einen zwingenden Ausscheidungsgrund dar.

Im Leistungsverzeichnis unter Punkt B.7 würden u.a. folgende Leistungen zur Vergabe gelangen:

Informationsverarbeitung (Prozessleitrechner), Möblierung der Warte, Lieferung und Montage einer Doppelbodenanlage, Lieferung und Montage verschiedener Unter- und Tragekonstruktionen, Ausführung von Brandschottungen sowie die Lieferung, Installierung und Konfiguration von Funkanlagen.

In Punkt B.1.2.8 der Ausschreibungsunterlage werde auch auf kleinere Leistungen, wie z.B. die Erstellung der Bestandsdokumentation gem. PlaDOK, hingewiesen. Auch für solche Leistungen müsse die notwendige Befugnis nachgewiesen und gegebenenfalls in der Subunternehmerdeklaration angeführt werden.

In Punkt B.8.5.6 der Ausschreibungsunterlage finde sich dementsprechend folgender Hinweis: "Darüber hinaus müssen in der nachfolgenden Aufstellung auch sonstige (d.h. < 5% der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich sind, im Sinne B.1 (Achtung z.B. auch Befugnis für die Erstellung der Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK) und BVergG benannt werden."

Der Antragsteller habe frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 5.315.888,02 sowie Variantenangebote mit einem Angebotspreis in der Höhe von Euro 5.377.077,22 (Variante 1) bzw. Euro 5.441.838,32 (Variante 2) gelegt.

Neben dem Antragsteller seien von weiteren drei Bieter bzw. Bietergemeinschaften Angebote gelegt worden. Die B*** habe ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 4.723.314,31 und einem Variantenangebotspreis von Euro 4.791.086,29 (Variante 1) bzw. Euro 4.853.031,69 (Variante 2) gelegt.

Die Angebotsöffnung habe am 2.4.2008 stattgefunden. Im Zuge der Verlesung des Angebotes der B*** sei in der Rubrik "offenkundige Angebotsmängel" festgehalten worden, dass das Vadium nur in Kopie beiliege.

Mit Telefax vom 13.6.2008 habe der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der B*** mit der Vergabesumme für die Grundpositionen von netto Euro 4.723.314,31 bekannt gegeben.

Angefochten werde die Zuschlagsentscheidung vom 13.6.2008. Der Antragsteller erachte sich durch diese Entscheidung in seinem Recht auf Ausscheiden eines den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebotes eines Mitbieters, auf Nichterteilung der Zuschlagsentscheidung auf ein Angebot eines Mitbieters, auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten seines Angebotes sowie in seinem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, eventualiter in seinem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem rechtskonformen neuen Vergabeverfahren, verletzt.

Die B*** habe das verlangte Vadium zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung offensichtlich lediglich in Form einer Kopie einer Bankgarantie dem Angebot beigelegt. Die von der Bank abgegebene Garantieerklärung müsse jedoch in den Machtbereich der ASFINAG gelangen, damit die Bank an die Garantie gebunden sei.

Das ABGB enthalte keine Bestimmungen über die Formbedürftigkeit der Garantie. Die Judikatur (vgl. OGH vom 14.7.1992, 1 Ob 595/92) verlange für die Wirksamkeit der Garantie das Schriftformerfordernis mit der Begründung, dass die Bankgarantie eine vergleichbare Sicherungsfunktion wie die Bürgschaft habe. Unter der Schriftform werde Unterschriftlichkeit verlangt, sodass die Unterschrift eigenhändig geleistet sein müsse und ihre Nachbildung auf mechanischem Wege nicht genüge (vgl. OGH Sz 58/85). Aus diesem Grunde seien Garantien in Form von Telegrammen oder Telefaxen nicht zulässig. Anzumerken sei aber, dass lediglich die Erklärung des Garantiegebers dem Schriftlichkeitsgebot unterliege, nicht jedoch die Annahmeerklärung. Das ABGB enthalte keine Bestimmungen über die Formbedürftigkeit der Garantie. Die Judikatur vergleiche OGH vom 14.7.1992, 1 Ob 595/92) verlange für die Wirksamkeit der Garantie das Schriftformerfordernis mit der Begründung, dass die Bankgarantie eine vergleichbare Sicherungsfunktion wie die Bürgschaft habe. Unter der Schriftform werde Unterschriftlichkeit verlangt, sodass die Unterschrift eigenhändig geleistet sein müsse und ihre Nachbildung auf mechanischem Wege nicht genüge (vgl. OGH Sz 58/85). Aus diesem Grunde seien Garantien in Form von Telegrammen oder Telefaxen nicht zulässig. Anzumerken sei aber, dass lediglich die Erklärung des Garantiegebers dem Schriftlichkeitsgebot unterliege, nicht jedoch die Annahmeerklärung.

Mit Inkrafttreten des HaRÄG 2005, BGBl I Nr. 120/2005, mit 1.1.2007, könnten nunmehr auch Unternehmer (einschließlich Banken) Garantien rechtswirksam nur schriftlich abgeben. Das für die Gültigkeit der Garantie notwendige Schriftformerfordernis bedeute, dass die Bank an ihre Garantieerklärung erst dann gebunden sei, wenn die von ihr ausgestellte Garantieurkunde im Original der ASFINAG zugegangen sei. Eine durch Telekopie übermittelte Erklärung, der es an der eigenhändigen Originalunterschrift des Erklärenden fehle, entspreche nach Ansicht des OGH nicht der angeordneten Schriftform. Der Zugang lediglich einer Kopie der Garantieerklärung der Bank an die ASFINAG binde die Bank auch dann nicht, wenn die Bank die Bankgarantie im Original eigenhändig unterfertigt habe. Ohne Zugang des Originals der Bankgarantieerklärung sei daher die Garantie nicht wirksam zustande gekommen. Mit Inkrafttreten des HaRÄG 2005, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2005, mit 1.1.2007, könnten nunmehr auch Unternehmer (einschließlich Banken) Garantien rechtswirksam nur schriftlich abgeben. Das für die Gültigkeit der Garantie notwendige Schriftformerfordernis bedeute, dass die Bank an ihre Garantieerklärung erst dann gebunden

sei, wenn die von ihr ausgestellte Garantieurkunde im Original der ASFINAG zugegangen sei. Eine durch Telekopie übermittelte Erklärung, der es an der eigenhändigen Originalunterschrift des Erklärenden fehle, entspreche nach Ansicht des OGH nicht der angeordneten Schriftform. Der Zugang lediglich einer Kopie der Garantieerklärung der Bank an die ASFINAG binde die Bank auch dann nicht, wenn die Bank die Bankgarantie im Original eigenhändig unterfertigt habe. Ohne Zugang des Originals der Bankgarantieerklärung sei daher die Garantie nicht wirksam zustande gekommen.

In Entsprechung des § 86 BVergG habe der Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegt, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag des Vadiums beizulegen sei und das Fehlen des Vadiumsnachweises einen unbehebbarer Mangel und damit einen zwingenden Ausscheidungsgrund darstelle. Gemäß § 129 Abs 1 Z 5 BVergG seien Angebote, bei denen bei Angebotsöffnung der Vadiumsnachweis fehle, auszuschneiden. In Entsprechung des Paragraph 86, BVergG habe der Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegt, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag des Vadiums beizulegen sei und das Fehlen des Vadiumsnachweises einen unbehebbarer Mangel und damit einen zwingenden Ausscheidungsgrund darstelle. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG seien Angebote, bei denen bei Angebotsöffnung der Vadiumsnachweis fehle, auszuschneiden.

Wie oben dargelegt, sei die Vorlage der Kopie einer Bankgarantie für den Zugang der Willenserklärung nicht ausreichend. Die Bankgarantie sei daher mit der Vorlage der Kopie der Bankgarantieerklärung an die ASFINAG für die Bank nicht bindend. Die B*** könne daher nach Angebotsöffnung von ihrem Angebot zurücktreten, ohne dass die ASFINAG die Bankgarantie in Anspruch nehmen könne. Die B*** habe also zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung den Nachweis über den Erlag des Vadiums nicht erbracht. Ihr Angebot wäre daher - ohne Vornahme eines Mängelbehebungsversuches - sofort auszuschneiden gewesen.

Festzuhalten sei, dass im Gesetz bzw. in der Ausschreibung das Fehlen des Vadiumsnachweises zur Bedingung für das sofortige Ausscheiden des Angebotes gemacht werde. Das Abstellen auf den Nachweis sei notwendig, da ein Bieter als Sicherungsmittel gemäß § 85 Abs. 2 BVergG die Bankgarantie durch eine andere Form, nämlich eine entsprechende Rücklassversicherung, Bargeld oder Bareinlagen, ersetzen könne. Derartige Sicherstellungsformen, z.B. die Rücklassversicherung könnten auch ohne Zugang eines schriftlichen Originaldokuments vom Auftraggeber in Anspruch genommen werden. In einem solchen Fall würde die dem Angebot beiliegende Kopie (etwa einer Versicherungspolizze) den Anforderungen des § 86 BVergG genügen. Demgegenüber erfülle im Fall der Bankgarantie die Vorlage einer Kopie den erforderlichen Nachweis des Vadiums nicht, da nicht einmal die Sicherstellung selbst vorliege. Eine Mängelbehebung durch Nachreichung des Originals der Bankgarantie komme - anders als bei sonstigen Eignungsnachweisen - nicht in Frage, wo doch gerade das dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unmittelbar zur Verfügung stehende Sicherungsmittel dazu dienen solle, dass der Bieter behebbare Angebotsmängel auch tatsächlich behebe und nicht das Ausscheiden seines Angebotes ohne finanzielle Einbuße (nämlich durch den Verfall des Vadiums) erzwingen könne. Festzuhalten sei, dass im Gesetz bzw. in der Ausschreibung das Fehlen des Vadiumsnachweises zur Bedingung für das sofortige Ausscheiden des Angebotes gemacht werde. Das Abstellen auf den Nachweis sei notwendig, da ein Bieter als Sicherungsmittel gemäß Paragraph 85, Absatz 2, BVergG die Bankgarantie durch eine andere Form, nämlich eine entsprechende Rücklassversicherung, Bargeld oder Bareinlagen, ersetzen könne. Derartige Sicherstellungsformen, z.B. die Rücklassversicherung könnten auch ohne Zugang eines schriftlichen Originaldokuments vom Auftraggeber in Anspruch genommen werden. In einem solchen Fall würde die dem Angebot beiliegende Kopie (etwa einer Versicherungspolizze) den Anforderungen des Paragraph 86, BVergG genügen. Demgegenüber erfülle im Fall der Bankgarantie die Vorlage einer Kopie den erforderlichen Nachweis des Vadiums nicht, da nicht einmal die Sicherstellung selbst vorliege. Eine Mängelbehebung durch Nachreichung des Originals der Bankgarantie komme - anders als bei sonstigen Eignungsnachweisen - nicht in Frage, wo doch gerade das dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unmittelbar zur Verfügung stehende Sicherungsmittel dazu dienen solle, dass der Bieter behebbare Angebotsmängel auch tatsächlich behebe und nicht das Ausscheiden seines Angebotes ohne finanzielle Einbuße (nämlich durch den Verfall des Vadiums) erzwingen könne.

Der Auftraggeber hätte das Angebot der B*** ausscheiden und den Zuschlag auf das Angebot des Antragstellers erteilen müssen.

Auch verfüge die B*** nicht über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen notwendige Befugnis. Ihr Angebot wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. Auch verfüge die B*** nicht über die für die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen notwendige Befugnis. Ihr Angebot wäre daher gemäß Paragraph

129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen.

Nach dem Kenntnisstand des Antragstellers sei die B*** in der Handwerkskammer Osnabrück eingetragen und habe die Gewerbe Elektrotechnik, Feinmechanik und Installateur und Heizungsbau mit der Erweiterung Lüftung, jedoch nicht Kältetechnik, angemeldet. Überdies habe die B*** dem Vernehmen nach nur einen Subunternehmer für Funkanlagen benannt.

Gegenständlich seien jedoch Leistungen ausgeschrieben, die über die Befugnis der B***, einschließlich jener des Subunternehmers, hinausgehen würden. Im Einzelnen seien zumindest folgende Gewerbeberechtigungen notwendig:

- -Strichaufzählung
Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (freies Gewerbe)
- -Strichaufzählung
Tischler (reglementiertes Gewerbe)
- -Strichaufzählung
Ingenieurbüros (reglementiertes Gewerbe) bzw. Ziviltechnikerbefugnis nach dem ZTG
- -Strichaufzählung
Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung (reglementiertes Gewerbe)
- -Strichaufzählung
Mechatroniker (reglementiertes Gewerbe)

Der Auftraggeber habe in der Ausschreibung bestimmt, dass auch für kleinere Leistungen die notwendige Befugnis nachgewiesen werden müsse und gegebenenfalls ein die fehlende Befugnis des Bieters ersetzender Subunternehmer zu benennen sei. Diese Festlegung des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen sei mangels Anfechtung bestandfest geworden. Bestandfeste Festlegungen in der Ausschreibung würden den Auftraggeber selbst binden.

Die B*** verfüge weder selbst noch durch ihren Subunternehmer über die notwendigen Gewerbeberechtigungen. Da der Auftraggeber eindeutig festgelegt habe, dass auch für kleinere Leistungen die notwendige Befugnis vorliegen müsse, könne sich ein Bieter zum Nachweis seiner Befugnis nicht auf allfällige Nebenrechte, etwa nach § 32 GewO, berufen. Die B*** verfüge weder selbst noch durch ihren Subunternehmer über die notwendigen Gewerbeberechtigungen. Da der Auftraggeber eindeutig festgelegt habe, dass auch für kleinere Leistungen die notwendige Befugnis vorliegen müsse, könne sich ein Bieter zum Nachweis seiner Befugnis nicht auf allfällige Nebenrechte, etwa nach Paragraph 32, GewO, berufen.

Darüber hinaus habe das Bundesvergabeamt ausgesprochen, dass bei der Beurteilung der Befugnis ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen sei. Gegenständlich würden keine Vor- oder Vollendungsarbeiten vorliegen und handle es sich auch nicht um einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern würde.

Es sei davon auszugehen, dass bei der Durchführung nicht fachgerechter Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Statik und der Branddämmung, eine Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen entstehen könne.

Weiters gehe der Antragsteller davon aus, dass die B*** die für die Durchführung der Arbeiten notwendigen reglementierten Gewerbe, insbesondere auch jenes für Elektrotechnik, dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) nicht schriftlich zum Zeitpunkt der Angebotslegung angezeigt habe, obwohl sie dazu gemäß § 373a Abs 4 GewO verpflichtet gewesen wäre. Nach Ansicht des Antragstellers komme der Anzeige konstitutive Wirkung zu, weil der BMWA die Angaben in der (erstmaligen) Anzeige zu überprüfen und bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen die Ausübung der Tätigkeit in Österreich zu verbieten habe. Weiters gehe der Antragsteller davon aus, dass die B*** die für die Durchführung der Arbeiten notwendigen reglementierten Gewerbe, insbesondere auch jenes für Elektrotechnik, dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) nicht schriftlich zum Zeitpunkt der Angebotslegung angezeigt habe, obwohl sie dazu gemäß Paragraph 373 a, Absatz 4, GewO verpflichtet gewesen wäre. Nach Ansicht des Antragstellers komme der Anzeige konstitutive Wirkung zu, weil der BMWA die Angaben in der (erstmaligen) Anzeige zu überprüfen und bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen die Ausübung der Tätigkeit in Österreich zu verbieten habe.

Die B*** wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. Die B*** wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 30.6.2008 zum Nachprüfungsantrag wie folgt Stellung:

- -Strichaufzählung

Zum Vadium:

Der Nachweis der Sicherstellung sei dem präsumtiven Zuschlagsempfänger aufgrund eines Poststreiks erst am 2.4.2008 von Seiten der Zürich Versicherung AG zugestellt worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe ihn bereits am 1.4.2008 kontaktiert, weil er davon ausgehen habe müssen, dass er die Sicherstellung im Original nicht rechtzeitig vorlegen werde können. Er habe mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger vereinbart, dass der Nachweis durch Telefax erbracht werden könne. Dem Auftraggeber sei der Nachweis der Sicherstellung am 3.4.2008 im Original vorgelegen. Der Antragsteller führe in seinem Vorbringen richtig aus, dass Rücklassversicherungen auch ohne Zugang eines schriftlichen Originaldokuments vom Auftraggeber in Anspruch genommen werden könnten. Schon aus diesem Grund gehe das Vorbringen des Antragstellers ins Leere. Ein Mangel sei nicht gegeben; das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher auch nicht auszuschneiden gewesen. In den Ausschreibungsunterlagen sei verlangt, den Nachweis über den Erlag des Vadiums beizulegen. Das Vorliegen eines wirksamen Vadiums zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sei von dessen Nachweis zu unterscheiden. Bestimmungen darüber, wie der Nachweis des Vadiums bei der Angebotsöffnung zu erbringen sei, würden weder das Bundesvergabegesetz noch die einschlägigen ÖNORMEN enthalten. Demnach entspreche es den Regelungen des BVergG u.a. auch, wenn der Nachweis über den Erlag des Vadiums durch Telefax oder Kopie der Originalurkunde erfolge.

Zur Befugnis:

Befugnisse zur Erbringung der zur Vergabe gelangenden Leistungen würden seitens des präsumtiven Zuschlagsempfängers bzw. des von ihm benannten Subunternehmers zur Gänze abgedeckt:

- -Strichaufzählung

Informationsverarbeitung:

Das Liefern, Montieren und die Inbetriebnahme von Rechnersystemen und den dazu gehörigen Datenverarbeitungskomponenten gehöre zu den regelmäßigen Leistungen bei Steuerungs- und Leitsystemen im Zuge von elektrotechnischen Anlagen. Hiefür würden der präsumtive Zuschlagsempfänger bzw. dessen Mitarbeiter entsprechende Anerkennungsbescheide besitzen.

- -Strichaufzählung

Wartenmöbel:

Die Wartenmöbel seien Standardprodukte aus industriellen Fertigungen verschiedener Hersteller. Die Lieferung der Möbel erfolge durch den Hersteller bis zur Baustelle, wo diese abgeladen, ins Bauwerk gebracht und vom Zuschlagsempfänger aufgestellt würden. Eine handwerkliche Bearbeitung der Möbel erfolge nicht. Ein etwaiger Anerkennungsbescheid z.B. für das reglementierte Tischlergewerbe sei daher nicht erforderlich.

- -Strichaufzählung

Doppelbodenanlage:

Die Doppelbodenanlage bestehe aus industriell gefertigten Doppelbodensystemen. Diese Systeme würden aus einem Untergestell aus Metall und aus auf dieses lose aufgelegten Doppelbodenplatten aus beschichteten und versiegelten Faserplatten bestehen. Die Doppelbodensysteme würden eine durch ihre Bauart bestimmte Tragfähigkeit besitzen, die durch die Systematik des Herstellers nachgewiesen werde. Seitens des präsumtiven Zuschlagsempfängers würden die vorgefertigten Metallkonstruktionen auf der Baustelle montiert und anschließend die fertigen Doppelbodenplatten auf die Tragkonstruktionen aufgelegt werden. Eine Bearbeitung der Platten erfolge nicht, da die Platten bereits maßgenau vom Hersteller geliefert würden.

In Zusammenschau mit der Gewerbeordnung sei für derartige Tätigkeiten des Einbaues genormter Baufertigteile - ebenso wie in Deutschland - keine gesonderte Gewerbeberechtigung erforderlich.

- -Strichaufzählung

Unterkonstruktionen:

Für die Aufstellung der Schränke, Wartenmöbel usw. werde die Unterkonstruktion des Doppelbodens genutzt. Somit sei hierfür die Systematik des Herstellers ausreichend. Eine weitere Bearbeitung werde, wie bei der Doppelbodenanlage beschrieben, nicht vorgenommen.

- -Strichaufzählung

Brandschottungen:

Die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Brandschutzmaßnahmen würden regelmäßig durch die betreffenden Gewerke mitausgeführt werden können. Hierbei seien ausschließlich die Montagevorschriften der Hersteller zu beachten. Im Leistungsverzeichnis seien zwei Positionen für Weichschotts vorgesehen. Hierbei handle es sich um das Öffnen und Wiederverschließen von Weichschotts zwecks Kabelverlegung. Im Zuge der Kabelverlegung würden Kabel durch bestehende Weichschotts geführt und die Schotts anschließend wieder geschlossen werden. Dabei handle es sich um Tätigkeiten geringen Umfangs, die nach der Handwerksordnung vom ausführenden Gewerbe regelmäßig mit ausgeführt werden dürften. Im Sinne der österreichischen Gewerbeordnung handle es sich hierbei um einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordere (§ 31 Abs. 1 GewO 1994). In Analogie zu § 32 GewO 1994 dürfe es in diesem Zusammenhang zu keiner Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Bietern kommen.

Die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Brandschutzmaßnahmen würden regelmäßig durch die betreffenden Gewerke mitausgeführt werden können. Hierbei seien ausschließlich die Montagevorschriften der Hersteller zu beachten. Im Leistungsverzeichnis seien zwei Positionen für Weichschotts vorgesehen. Hierbei handle es sich um das Öffnen und Wiederverschließen von Weichschotts zwecks Kabelverlegung. Im Zuge der Kabelverlegung würden Kabel durch bestehende Weichschotts geführt und die Schotts anschließend wieder geschlossen werden. Dabei handle es sich um Tätigkeiten geringen Umfangs, die nach der Handwerksordnung vom ausführenden Gewerbe regelmäßig mit ausgeführt werden dürften. Im Sinne der österreichischen Gewerbeordnung handle es sich hierbei um einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordere (Paragraph 31, Absatz eins, GewO 1994). In Analogie zu Paragraph 32, GewO 1994 dürfe es in diesem Zusammenhang zu keiner Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Bietern kommen.

- -Strichaufzählung

Funkanlage:

Hierfür habe der Zuschlagsempfänger die Fa. C*** als Subunternehmer benannt, die die Funkanlage auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen planen, fertigen und montieren würde.

- -Strichaufzählung

Bestandsdokumentation:

Die erforderliche Bestandsdokumentation werde durch das eigene technische Büro des Zuschlagsempfängers bestellt. Die Forderung gemäß PlaDOK zur Aufnahme von zu vermessenden Anlagen und Anlagenteilen durch befugte Ziviltechniker oder technische Büros würde auf die hier auszuführenden Leistungen nicht zutreffen. Bei den gegenständlich von der Bestandsdokumentation zu erfassenden Anlagen handle es sich nicht um zu vermessende Anlagen und Anlagenteile.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger erhob mit Schriftsatz vom 3.7.2008 begründete Einwendungen iSd § 324 Abs. 3 BVergG und brachte im Wesentlichen vor: Der präsumtive Zuschlagsempfänger erhob mit Schriftsatz vom 3.7.2008 begründete Einwendungen iSd Paragraph 324, Absatz 3, BVergG und brachte im Wesentlichen vor:

Dem Antragsteller fehle es an der Antragslegitimation. Der Antragsteller verfüge ausschließlich über eine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe der Elektrotechnik. Im Sinne seines eigenen Vorbringens, wonach auch für (jede) kleinere Leistung die notwendige Befugnis eigens nachgewiesen werden müsse, habe der Antragsteller zumindest für die von ihm selbst in seinem Nachprüfungsantrag ins Treffen geführten Bereiche einen Subunternehmer zu benennen gehabt. Etwa falle das "Liefern, Montieren und betriebsfertige Anschließen einer Spüle mit Syphongarnitur" in den Bereich eines reglementierten Gewerbes der Gas- und Sanitärtechnik gemäß § 94 Z 25 GewO 1994. Habe der Antragsteller in seinem Angebot hierfür keinen Subunternehmer nachgewiesen, liege nach seinem eigenen Vorbringen ein zwingender Ausscheidensgrund vor. Dem Antragsteller fehle es an der Antragslegitimation. Der Antragsteller verfüge ausschließlich über eine Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe der Elektrotechnik. Im Sinne seines eigenen Vorbringens, wonach auch für (jede) kleinere Leistung die notwendige Befugnis eigens nachgewiesen werden müsse, habe der Antragsteller zumindest für die von ihm selbst in seinem Nachprüfungsantrag ins Treffen geführten Bereiche einen Subunternehmer zu benennen gehabt. Etwa falle das "Liefern, Montieren und betriebsfertige Anschließen einer Spüle mit Syphongarnitur" in den Bereich eines

reglementierten Gewerbes der Gas- und Sanitärtechnik gemäß Paragraph 94, Ziffer 25, GewO 1994. Habe der Antragsteller in seinem Angebot hierfür keinen Subunternehmer nachgewiesen, liege nach seinem eigenen Vorbringen ein zwingender Ausscheidungsgrund vor.

Weiters sei dem präsumtiven Zuschlagsempfänger kein Referenzprojekt des Antragstellers bekannt, das den in Pkt. 1.3.10.5, Teil B 1 der Ausschreibung festgelegten Anforderungen entsprechen würde.

Der Antragsteller setze unzutreffender Weise eine Bankgarantie mit einer Bürgschaft und dem nur für letztere bestehenden Schriftlichkeitserfordernis des § 1346 Abs. 2 ABGB gleich. Eine Bankgarantie sei im Gegensatz zu einer Bürgschaft nicht akzessorisch, sondern abstrakt, sodass § 1346 ABGB auf die Bankgarantie nicht anwendbar sei. Der Antragsteller setze unzutreffender Weise eine Bankgarantie mit einer Bürgschaft und dem nur für letztere bestehenden Schriftlichkeitserfordernis des Paragraph 1346, Absatz 2, ABGB gleich. Eine Bankgarantie sei im Gegensatz zu einer Bürgschaft nicht akzessorisch, sondern abstrakt, sodass Paragraph 1346, ABGB auf die Bankgarantie nicht anwendbar sei.

Es sei zwischen dem tatsächlichen Vorliegen eines entsprechenden Vadiums zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung einerseits und dem Nachweis dieses Vadiums andererseits, zu differenzieren. Der Nachweis des Vadiums in Kopie sei jedenfalls kein unbehebbarer Angebotsmangel. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe den Originalnachweis seines Vadiums nach Aufforderung durch den Auftraggeber mit Schreiben vom 2.4.2008 fristgemäß nachgereicht. Mit dieser Nachreichung habe er seine materielle Wettbewerbsposition in keiner Weise verbessern können. Dies ergebe sich daraus, dass das Vadium zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits effektiv vorgelegen sei, sodass durch die allfällige Nachreichung des Originals keinerlei Verbesserung der Wettbewerbsposition eintreten habe können.

Das Vorbringen des Antragstellers gehe auch deshalb ins Leere, da der präsumtive Zuschlagsempfänger keine Bankgarantie, sondern eine Rücklassversicherung zum Nachweis des Vadiums vorgelegt habe, für die jedenfalls kein Schriftlichkeitserfordernis bestehe. Das Bestehen eines Schriftlichkeitserfordernisses für die Rücklassversicherung habe selbst der Antragsteller nicht behauptet. In diesem Zusammenhang werde auch auf eine Bestätigung der Styria West Versicherungsmakler und Schadensservice GmbH vom 30.6.2008 verwiesen, in der bestätigt werde, dass die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger konkret beigelegte Garantieerklärung eine formal abstrakte Garantie darstelle, die im Rahmen einer in Österreich üblichen Hafrücklassversicherung ausgestellt werde.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe das geforderte Vadium nach den Vorgaben des Pkt. 1.2.14, Teil B 1 durch eine Hafrücklassversicherung ausschreibungskonform nachgewiesen.

Zur vermeintlich fehlenden Befugnis werde zunächst festgehalten, dass die B*** über sämtliche zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erforderliche Befugnisse verfüge. Die Handwerkskammer Osnabrück-Emsland habe ihr mit Schreiben vom 30.6.2008 ausdrücklich bestätigt, dass sie zur Durchführung folgender Tätigkeiten und Werkleistungen berechtigt sei: Schaltschränke, unterbrechungsfreie Stromversorgung, Erdung und Potenzialausgleich, Doppelboden und vorbereitende Arbeiten, Kabelrinnen, Brandschotts, Videoüberwachungsanlagen, Telefon- und Sprechanlage, Funkanlage, Netzwerktechnik, Prozessleitsystem, Audioanlage, Verkabelungsarbeiten, Montage von Wartenmöbeln und Küchenmöbeln, Bildwandverbau und Elektroküchengeräte.

Die Erbringung von Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik sei als solche kein unmittelbarer Ausschreibungsgegenstand. Zur Erbringung der mit der Prozessleittechnik im Zusammenhang stehenden IT-spezifischen Leistungen sei die B*** auch nach der Bestätigung der Handwerkskammer Osnabrück-Emsland vom 30.6.2008 ausdrücklich berechtigt.

Aus der zitierten Bestätigung der Handwerkskammer ergebe sich weiters, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger zur "Montage von Wartenmöbeln und Küchenmöbeln, Bildwandverbau" berechtigt sei. Andere "Tischlerleistungen" seien vom Ausschreibungsgegenstand nicht umfasst.

In den Ausschreibungsunterlagen seien keine Leistungen enthalten, für deren Erbringung ein gesondertes reglementiertes Gewerbe "Technisches Büro" oder eine Ziviltechnikerbefugnis erforderlich wären. Der präsumtive Zuschlagsempfänger sei auf Grund seiner Gewerbeberechtigungen berechtigt, für die ausgeschriebenen und von ihm zu erbringenden Leistungen alle Planungen, wie u.a. die Fertigungs- und Montageplanung, zu erstellen.

Auf Grund seiner nachgewiesenen Befugnis "Gas- und Sanitärtechnik und verbundenes Handwerk der Heizungstechnik, Lüftungstechnik" sei auch die Befugnis zur Erbringung von Leistungen für Brandschotts gegeben. Die

Berechtigung hiezu bestehe auch aufgrund seiner Befugnis "Elektrotechnik", die dem Auftraggeber mittels Anerkennungsbescheides des BMWA nachgewiesen worden sei. Das BMWA habe dem präsuntiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 2.7.2008 ausdrücklich bestätigt, dass er zu den ausgeschriebenen Branddämmungsleistungen berechtigt sei.

Mit einem weiteren Schriftsatz vom 18.7.2008 brachte der Antragsteller vor, dass den Ausführungen des Auftraggebers zur Folge, diesem der Nachweis der Sicherstellung erst am 3.4.2008, sohin einen Tag nach Angebotsöffnung, vorgelegen sei.

Der Bieter habe entsprechend der Ausschreibung die Wahlmöglichkeit, die vom Auftraggeber geforderte formal-abstrakte Garantie entweder von einer Bank oder Versicherung zu legen. Auch bei einer Rücklassversicherung liege aufgrund der Vorgaben in der Mustergarantie der Ausschreibung eine formal-abstrakte Garantie vor.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger ignoriere die Judikatur des OGH, wonach die Formvorschriften der Bürgschaft auch auf Garantieverprechen außerhalb des Anwendungsbereiches des § 350 und § 351 HGB analog anzuwenden seien. Der präsuntive Zuschlagsempfänger ignoriere die Judikatur des OGH, wonach die Formvorschriften der Bürgschaft auch auf Garantieverprechen außerhalb des Anwendungsbereiches des Paragraph 350 und Paragraph 351, HGB analog anzuwenden seien.

Im vorliegenden Fall würde sich die Wettbewerbsstellung des präsuntiven Zuschlagsempfängers gegenüber den Mitbietern materiell verbessern, wenn dieser die Möglichkeit erhalte, anstatt einer unwirksamen Erklärung nachträglich eine wirksame Garantie vorzulegen. Der materielle Wettbewerbsvorteil bestehe darin, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger ein ihn reuendes Angebot ungeschehen machen könne, ohne dass eine Sicherheitsleistung anfalle. Auch im vergaberechtlichen Sinn liege ein Vadium nur vor, wenn die zivilrechtlichen Anforderungen an das Sicherstellungsmittel erfüllt seien, was nach dem Schriftformgebot für Garantien nur der Fall sei, wenn die Originalurkunde dem Auftraggeber zeitgerecht zugegangen sei. Der Nachweis des durch eine Garantie gelegten Vadiums könne nur durch die dem Angebot beigelegte Originalurkunde erbracht werden.

Seinem Schriftsatz schloss der Antragsteller an ihn ergangene E-Mails der Zürich Versicherung AG (Deutschland) vom 4.7.2008 (Beilage 17) und vom 14.7.2008 (Beilage 18) an:

Mit E-Mail vom 4.7.2008 erteilte die Zürich Versicherung AG dem Antragsteller neben sonstigen allgemeinen Auskünften zu ihrem Aufgabenbereich als Kautionsversicherer, die Auskunft, dass eine Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft, Garantie, Vadium etc. zumindest nach deutschem Recht nur dann erfolgen könne, wenn der Bürgschaftsbeginzte auch das Original habe. Weiters wies sie auf den Umstand hin, dass in der gegenständlichen Ausschreibung zwischen Bankgarantie, Vadium und Rücklassversicherung(sgarantie) kein Unterschied gemacht werde ("Statt Bankgarantien können auch Rücklassversicherungen gelegt werden"). Zum Punkt, ob die Vorlage einer Kopie ausreiche, sofern das Original nachgereicht werde, gab die Zürich Versicherung AG (Deutschland) an, dass die Ausschreibungsunterlagen dazu leider nicht eindeutig seien.

Mit Ihrem E-Mail vom 14.7.2008 teilte die Zürich Versicherung AG (Deutschland) u.a. mit, dass sie die Konzession habe, als Versicherung sowohl Versicherungsgeschäfte als auch Bankgeschäfte abzuschließen. Weiters, dass der zu verwendende Mustertext der Ausschreibung inhaltlich nicht zwischen Bankgarantie und Rücklassversicherungs-Garantie unterscheide.

Am 21.7.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien zusammengefasst vorbrachten:

Zur Befugnis:

- -Strichaufzählung

Zur Informationsverarbeitung:

Der Auftraggeber (I***) gab an, dass von den Bieter Standardsoftware verwendet würde (B***: PVSS 2, A***: P***). Die Standardsoftware sei auf die speziellen Kundenbedürfnisse mit einem standardmäßig mitgelieferten Modul zu konfigurieren. Eine individuelle Softwareentwicklung sei allenfalls in einem einzigen Bereich, nämlich bei der Blockabfertigung A 10, erforderlich. Der Auftragnehmer könne entweder einen Gateway programmieren (Übersetzung des alten Programms in ein neues Programm) oder einen Hardwaretausch vornehmen. Lediglich im ersten Fall sei eine Programmierung erforderlich. Vom Blockabfertigungsbereich abgesehen, gebe es keinen Bereich, in dem

Individualsoftware zu entwickeln wäre. Es werde von den Bietern Standardsoftware zugekauft. Der Aufwand für die Individualsoftwareprogrammierung würde unter Heranziehung eines erfahrenen Programmierers ca. 10 Stunden betragen; der Anteil am Gesamtauftragswert ginge gegen 0,01%. Die Angaben des Antragstellers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers in diesen Leistungspositionen würden mit seinen Ausführungen übereinstimmen. Die Programmierung der Systeme der Prozessleittechnik erfolge mit vorgefertigten Softwarebausteinen; es werde konfiguriert statt programmiert. Dies sei auch aus dem LV ersichtlich, also an der Einbindung der Tunnel, Gewerke Subsysteme, Rastplätze, etc; wobei jeweils Datenpunkte "eingepflegt" würden. Die Preise von Antragsteller und präsumtivem Zuschlagsempfänger in jenen LV-Positionen, bei denen allenfalls Individualsoftwareentwicklung anfalle, würden in etwa gleich sein. Bei beiden Bietern sei von der Preisgestaltung her sowohl die Variante der Neuprogrammierung als auch die Variante des Hardwaretausches denkbar. Vorweg könne nicht gesagt werden, welche der beiden Varianten von den Bietern gewählt werde.

- -Strichaufzählung
Zum Doppelboden:

Der Auftraggeber (I***) führte aus, dass die Metallkonstruktion ein auf den Rohboden aufgestellter Metallsteher sei. Es handle sich um ein fix und fertiges System, das vor Ort nur mehr aufgestellt werde. Jeder Metallsteher habe eine bestimmte vorgegebene maximal zulässige Belastbarkeit. Der Auftragnehmer, der um das Gewicht seiner Schränke bzw. sonstigen Möbel wisse, müsse Naturmaß nehmen und entsprechend dieser Erfordernisse die Steher - vergleichbar der Bestellung aus einem Katalog - bestellen. Die nach Aufmaß angefertigten Platten würden auf die Unterkonstruktion aufgelegt, wobei Anpassungen aufgrund der versiegelten Kanten weder erforderlich noch erwünscht seien.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers gab an, dass die in der Subunternehmererklärung Erstgenannte (D***) für die Möblierung, die darin Zweitgenannte (E***), für den Doppelboden zuständig und letzere auf diesem Bereich Marktführer sei.

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers verwies auf eine Bestätigung der Handwerkskammer Osnabrück-Emsland vom 30.6.2008, der zufolge die B*** zur Erbringung der Doppelbodenleistung und der vorbereitenden Arbeiten berechtigt sei.

- -Strichaufzählung
Zur Möblierung der Warte:

Der Auftraggeber (I***) erläuterte, dass eine handwerkliche Bearbeitung der Möbel nicht erfolge. Die Wartentische seien, so wie der Doppelboden, ein vorgefertigtes System. Zur Küchenausstattung werde keine Tischlerküche verlangt, sondern ein Küchenblock im Ausmaß einer standardisierten Singleküche.

Der Auftraggeber legte eine Zusammenstellung der Kostenanteile des präsumtiven Zuschlagsempfängers für Unterkonstruktion und Doppelboden vor und gab an, dass die angegebenen Preise umfangmäßig denen des Antragstellers bzw. der übrigen Mitbewerber entsprechen würden. Die Küchenausstattung sei in dieser Aufstellung nicht enthalten.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr J***) bezifferte den Anteil der Küchenkorpussteile (ohne Elektrogeräte) mit etwa Euro 1.700,--.

Der Rechtsvertreter des Antragstellers replizierte, dass für die Warteneinrichtung seitens der ASFINAG ein Standard vorgegeben sei, woraus sich ergebe, dass es sich um jeweils individuell angefertigte Möbel nach Maß handle.

Der Auftraggeber (K***) entgegnete, dass der "ASFINAG-Standard" mit "Standardmöbeln" erreicht werden könne. Die Vorgaben hinsichtlich des "Standards" seien in der Leistungsbeschreibung sehr allgemein umschrieben. Auf Maßanfertigung sei in diesen Vorgaben verzichtet worden, da in allen Warten künftig eine einheitliche Ausstattung vorhanden sein solle. In der Praxis seien bei anderen Wartenausstattungen durchgehend Standardprodukte angeboten worden. Auch die Arbeitsgruppe der ASFINAG, welche die Standardvorgaben entwickelt habe, habe sich (aus vorhaltetechnischen Kostengründen) seinerzeit an Standardprodukten orientiert.

Der Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers stellte fest, dass in der Ausschreibung keine Maßmöbel verlangt gewesen seien und der präsuntive Zuschlagsempfänger ausschreibungskonform Systemmöbel angeboten habe.

Der Antragsteller (L***) replizierte, dass die Wartenausstattung (Tischplatten und die Verbauten) zum Teil Maßanfertigungen und lediglich die höhenverstellbaren Unterkonstruktionen Systemmöbel seien.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger (Herr J***) hielt fest, dass in Deutschland bereits 6 Tunnelleitzentralen ausgestattet worden seien. Hierbei gebe es zwar keinen "ASFINAG-Standard", es handle sich jedoch um Rastermaße eines standardisierten Systems (vergleichbar einem Bürotisch, der jeweils in verschiedenen Höhen und Breiten beziehbar sei).

- -Strichaufzählung

Zu Unterkonstruktionen und Tragkonstruktionen:

Der Auftraggeber (I***) stellte fest, dass sich die statischen Vorgaben und die Tragfähigkeit wiederum u.a. nach den Wartentischen richten würden und definiert genormte Nutzlasten seien.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger (Herr J***), gab an, dass die Unter- und Tragkonstruktionen ebenfalls vom Doppelbodenlieferanten bezogen würden.

Der Antragstellervertreter gab an, dass der Doppelboden, die Unterkonstruktion und die Tragkonstruktionen vom Subunternehmer E***, die Bildwandkonstruktion von der D*** ausgeführt werde.

- -Strichaufzählung

Zu Brandschottungen:

Der Auftraggeber (I***) erläuterte, dass vom Wartenauftragnehmer grundsätzlich bereits alles hergestellt sei. Nur im Ausnahmefall werde es erforderlich, Schotts wieder zu öffnen und wieder zu verschließen, um ein Kabel durchzuleiten. Der Hersteller der Brandschotts (Mineralwollplatten) schreibe anhand einer Prüfcheckliste die Vorgangsweise vor. Das Werk sei erst abgenommen, nachdem diese Liste "abgearbeitet" sei. Der Errichter habe eine Errichtungsbestätigung auszustellen. Die Bestätigungen des präsuntiven Zuschlagsempfängers (nach DIN bzw. ÖNORM) seien vorgelegt worden.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger (Herr J***) bestätigte, dass die B*** bei Ausführungen entsprechender Aufträge in Deutschland grundsätzlich auch die Brandschotttätigkeiten vornehme. Lediglich bei einem größeren Umfang dieser Arbeiten werde unter Umständen ein Nachunternehmer eingebunden.

Der Rechtsvertreter des präsuntiven Zuschlagsempfängers verwies auf die Bestätigung des österreichischen BMWA vom 2.7.2008, der zur Folge der präsuntive Zuschlagsempfänger im Rahmen seines Elektrotechnikgewerbes zur Errichtung der konkreten Brandschotts berechtigt sei.

Der Auftraggeber (K***) bezifferte den Anteil der Brandschotts am Gesamtauftragswert mit weniger als 0,01%.

- -Strichaufzählung

Zur Erstellung der Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK:

Der Auftraggeber (K***) erörtere, dass es sich bei der PlaDOK um eine Dokumentationsrichtlinie der ASFINAG für Bestandsunterlagen handle, die grundsätzlich für jedes Projekt gelte, um bei der Erhaltung einen einheitlichen Standard durch einheitliche Pläne sicherzustellen. Es seien darin die Grundprinzipien einer Planerstellung geregelt. I*** ergänzte, dass es beim konkreten Projekt für den Wartenanbau grundsätzlich Lagepläne und Grundrisspläne gebe, auf denen aufbauend der "Auftragnehmer-Leittechniker" weiter vorzugehen habe. Die ASFINAG gebe in der PlaDOK Symbole (z.B. für eine Pumpe, für einen Lichtschalter) vor. Der Auftragnehmer müsse diese Symbole verwenden, d.h. den Plan nach diesen Richtlinien erstellen.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger (Herr J***) gab an, dass die Bestandsdokumentation durch die "technischen Büros", die Teil des Unternehmens seien, erstellt werde. Es gebe ein technisches Büro für Elektroanlagen und Automatisierungstechnik, ein weiteres für Maschinen- und Anlagentechnik usw.

Der Antragsteller (L***) gab an, dass die PlaDOK von der Dürr selbst (ebenso von deren technischen Abteilungen wie beim präsuntiven Zuschlagsempfänger) erstellt werde.

Der Auftraggeber (K***) wies darauf hin, dass im Falle, dass Vermessungen durchzuführen seien, diese gemäß Pkt. 5.1.3 der PlaDOK von einem Ziviltechniker für Vermessungswesen oder einem technischen Büro für Vermessungswesen vorzunehmen seien. Beim gegenständlichen Projekt handle es sich um kein Freilandprojekt, weshalb diese Bestimmung mangels Vermessungstätigkeiten keine Anwendung finde. Wäre tatsächlich ein Vermessungstechniker erforderlich, wäre der Antragsteller in Ermangelung eines solchen auszuscheiden.

Der Antragsteller ergänzte, dass die F*** die "RKZ-konforme Dokumentation der Planerstellung" bestätige.

Der Auftraggeber (K***) replizierte, dass in keiner Bestimmung der Ausschreibung die Bestätigung durch einen Architekten über eine RKZ-konforme Dokumentation der Planerstellung verlangt werde.

Zum Vadium:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr J***) gab an, dass der deutsche Versicherer die Versicherungsurkunde dem präsumtiven Zuschlagsempfänger per Post und vorab per Fax übermittelt habe. Die vom Versicherer vorab erhaltene Faxkopie sei seinem Angebot beigelegt worden. In einem Telefonat der B*** (Frau M***) mit der ASFINAG (Frau N***) sei vereinbart worden, dass im Hinblick auf einen Poststreik in Deutschland dem Angebot eine Kopie des Versicherungsdokuments beigelegt und das Original binnen 7 Tagen nachgereicht werden solle. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe das Originalversicherungsdokument am 2.4.2008 erhalten und dieses dann umgehend per Kurier an den Auftraggeber übermittelt. Dem Auftraggeber sei das Originaldokument am 3.4.2008 zugegangen.

Der Auftraggeber (K***) verwies darauf, dass in den Ausschreibungsunterlagen nur der Nachweis über den Erlag eines Vadiums, nicht aber die Vorlage einer Originalurkunde verlangt gewesen sei.

Der Antragstellervertreter hielt nach Vorlage des Originalversicherungsdokumentes durch die B*** fest, dass es sich hierbei um eine Garantieerklärung und keine Rücklassversicherung handle, weshalb mit Angebotsabgabe das Original abzugeben gewesen wäre.

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers wies auf das Schreiben der "Styria West" vom 30.6.2008 hin, wonach die konkrete Garantieerklärung eine formal-abstrakte Garantie darstelle, die im Rahmen einer in Österreich üblichen Haftrücklassversicherung ausgestellt werde. Die Rücklassversicherung sei ein relativ neues Produkt, an deren Entwicklung die "Styria West" federführend beteiligt gewesen sei. Weiters legte er ein Fax der Zürich Versicherung AG (Deutschland) an den präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 10.7.2008 vor, worin diese bestätigte, dass die konkrete Garantie auch unter Verwendung der Faxkopie des Originals ohne jede Einschränkungen in Anspruch genommen werden kann.

Der Antragstellervertreter (O***) verwies darauf, dass für das Zustandekommen der Garantie der Zugang der Originalurkunde beim Begünstigten erforderlich sei. Die Garantie selbst könne auch mittels Telefaxkopie in Anspruch genommen werden (Pkt. 5 des Mustertextes).

Der Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers verwies auf die Judikatur des VwGH zur Behebbarkeit bzw. Unbehebbarkeit von Mängeln. Durch die Nachreichung des Originals, das einen Tag später als das Angebot samt Kopie beim Begünstigten eingetroffen sei, könne keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung iSd Judikatur des VwGH eintreten.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG, der im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich (§ 12 Abs. 1 iVm Abs. 3 BVergG) nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG, der im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich (Paragraph 12, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 3, BVergG) nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des § 321 BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG eingebracht und erfüllt die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Paragraph 322, BVergG.

B. Zur Antragslegitimation des Antragstellers:

Der Antragsteller bzw. die von ihm namhaft gemachten Subunternehmer verfügen über die zur Auftragsdurchführung jeweils erforderliche Befugnis [siehe nachstehend unter Pkt C, zu Spruchpunkt I, lit a)]. Auch die Anforderungen an das Referenzprojekt sind erfüllt und wurden vom Auftraggeber geprüft (siehe Vergabeakt). Die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers und in weiterer Folge seine Antragslegitimation, sind daher gegeben. Der Antragsteller bzw. die von ihm namhaft gemachten Subunternehmer verfügen über die zur Auftragsdurchführung jeweils erforderliche Befugnis [siehe nachstehend unter Pkt C, zu Spruchpunkt römisch eins, Litera a,)]. Auch die Anforderungen an das Referenzprojekt sind erfüllt und wurden vom Auftraggeber geprüft (siehe Vergabeakt). Die technische Leistungsfähigkeit des Antragstellers und in weiterer Folge seine Antragslegitimation, sind daher gegeben.

C. Zu den Anträgen im Einzelnen:

Zu Spruchpunkt I:

1. a) Litera a

Zur Befugnis des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

Gegenstand der Ausschreibung ist gemäß Pkt. 1.3.3, Teil B 1 der Ausschreibungsunterlagen, die Ausstattung und Errichtung der leittechnischen Ausrüstung der Überwachungszentrale (ÜZ) St. Michael im Lungau, einschließlich systemtechnischer Einbindung von Tunnelanlagen, verkehrstechnischen Anlagen, sonstigen "Außenanlagen" sowie von weiteren Anlagen der Haustechnik.

Bei den ausgeschriebenen Tätigkeiten handelt es sich um grundsätzlich dem Berechtigungsumfang des Elektrotechnikgewerbes zuzuordnende Tätigkeiten [§ 94 Z 16, § 106 GewO 1994 (GewO), BGBl I Nr. 94/1994, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 42/2008]. Bei den ausgeschriebenen Tätigkeiten handelt es sich um grundsätzlich dem Berechtigungsumfang des Elektrotechnikgewerbes zuzuordnende Tätigkeiten [§ 94 Ziffer 16,, Paragraph 106, GewO 1994 (GewO), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 94 aus 1994,, zuletzt geändert durch BGBl römisch eins Nr. 42/2008].

Der präsuntive Zuschlagsempfänger verfügt über deutsche Gewerbeberechtigungen für das Elektrotechnikerhandwerk, das Feinwerkmechanikerhandwerk und das Installateur- und Heizungsbauerhandwerk (siehe "Handwerkskarte" und das dies bestätigende Schreiben der Handwerkskammer Osnabrück-Emsland an das Bundesvergabeamt vom 16.7.2008).

Der elektrotechnische Betriebsleiter der B*** (Herr H***) hat noch vor dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle BGBl I Nr. 42/2008, einen Anerkennungsbescheid seiner Elektrotechnikbefähigung des BMWA gemäß § 373 c GewO 1994 (GewO) BGBl I Nr. 94/1994, erwirkt. Herr H*** ist nach wie vor technischer Betriebsleiter der B*** (siehe das zit. Schreiben der Handwerkskammer Osnabrück-Emsland vom 16.7.2008) und hat als solcher im Unternehmen eine dem österreichischen gewerberechtlichen Geschäftsführer vergleichbare Stellung inne (§ 39 GewO). Der elektrotechnische Betriebsleiter der B*** (Herr H***) hat noch vor dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008,, einen Anerkennungsbescheid seiner Elektrotechnikbefähigung des BMWA gemäß Paragraph 373, c GewO 1994 (GewO) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 94 aus 1994,, erwirkt. Herr H*** ist nach wie vor technischer Betriebsleiter der B*** (siehe das zit. Schreiben der Handwerkskammer Osnabrück-Emsland vom 16.7.2008) und hat als solcher im Unternehmen eine dem österreichischen gewerberechtlichen Geschäftsführer vergleichbare Stellung inne (Paragraph 39, GewO).

Nach der ob. zit. Gewerberechtsnovelle BGBl. I Nr. 42/2008 (vgl. § 373 a GewO), ist, anders als nach der bisherigen Rechtslage, für die bloß vorübergehende und gelegentliche Dienstleistungserbringung eine bescheidmäßige Anerkennung der Befähigung gemäß § 373 c GewO grundsätzlich nicht mehr erforderlich (siehe § 373 a Abs. 1 GewO). Die erstmalige Aufnahme einer den reglementierten Gewerben des § 94 GewO zuzuordnenden Tätigkeit ist dem BMWA nunmehr bloß anzuzeigen (§ 373 a Abs. 4 GewO). Nach der ob. zit. Gewerberechtsnovelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008, vergleiche Paragraph 373, a GewO), ist, anders als nach der bisherigen Rechtslage, für die bloß vorübergehende und gelegentliche Dienstleistungserbringung eine bescheidmäßige Anerkennung der Befähigung

gemäß Paragraph 373, c GewO grundsätzlich nicht mehr erforderlich (siehe Paragraph 373, a Absatz eins, GewO). Die erstmalige Aufnahme einer den reglementierten Gewerben des Paragraph 94, GewO zuzuordnenden Tätigkeit ist dem BMWA nunmehr bloß anzuzeigen (Paragraph 373, a Absatz 4, GewO).

Da aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle BGBl I Nr. 42/2008 (27.2.2008) stammende Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheide gemäß § 373 c und § 373 d GewO ihre Wirksamkeit behalten, besteht die Berechtigung zur Ausübung des betreffenden Gewerbes unabhängig davon, ob eine nach der Neuregelung für reglementierte Gewerbe vorgesehene Anzeige an den BMWA erstattet wurde (vgl. Pkt. 8.5 des Rundschreibens des BKA - VD, GZ BKA-600.883/00110-V/72008 vom 13.5.2008 zur Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe). Daraus folgt, dass die B***, als Inhaberin einer deutschen Gewerbeberechtigung für das Elektrotechnikhandwerk, aufgrund der bescheidmäßig anerkannten Befähigung ihres elektrotechnischen Betriebsleiters zur Erbringung entsprechender grenzüberschreitender Dienstleistungen nach Österreich berechtigt ist. Da aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008, (27.2.2008) stammende Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheide gemäß Paragraph 373, c und Paragraph 373, d GewO ihre Wirksamkeit behalten, besteht die Berechtigung zur Ausübung des betreffenden Gewerbes unabhängig davon, ob eine nach der Neuregelung für reglementierte Gewerbe vorgesehene Anzeige an den BMWA erstattet wurde vergleiche Pkt. 8.5 des Rundschreibens des BKA - VD, GZ BKA-600.883/00110-V/72008 vom 13.5.2008 zur Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, Auswirkungen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe). Daraus folgt, dass die B***, als Inhaberin einer deutschen Gewerbeberechtigung für das Elektrotechnikhandwerk, aufgrund der bescheidmäßig anerkannten Befähigung ihres elektrotechnischen Betriebsleiters zur Erbringung entsprechender grenzüberschreitender Dienstleistungen nach Österreich berechtigt ist.

Selbst wenn man das Anzeigegebot des § 374 a Abs. 4 GewO auch auf schon bisher zur gelegentlichen Dienstleistungserbringung in Österreich berechtigte Personen erstrecken wollte - bei diesen wird es sich im Allgemeinen schon nicht um Personen handeln, die ihre Tätigkeit iSd zit. Bestimmung erstmalig aufnehmen - würde sich am Ergebnis der bestehenden Berechtigung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur vorübergehenden Dienstleistungserbringung in Österreich nichts ändern. Einer solchen Anzeige und einer allfälligen Reaktion des BMWA käme im gegenständlichen Fall nämlich bloß deklarative Wirkung zu: Selbst wenn man das Anzeigegebot des Paragraph 374, a Absatz 4, GewO auch auf schon bisher zur gelegentlichen Dienstleistungserbringung in Österreich berechtigte Personen erstrecken wollte - bei diesen wird es sich im Allgemeinen schon nicht um Personen handeln, die ihre Tätigkeit iSd zit. Bestimmung erstmalig aufnehmen - würde sich am Ergebnis der bestehenden Berechtigung des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur vorübergehenden Dienstleistungserbringung in Österreich nichts ändern. Einer solchen Anzeige und einer allfälligen Reaktion des BMWA käme im gegenständlichen Fall nämlich bloß deklarative Wirkung zu:

Gemäß § 373 a Abs. 5 Z 2 GewO 1994 hat der BMWA bei Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer, wie etwa hier dem Elektrotechnikgewerbe gemäß § 94 Z 16 GewO zuzuordnenden Tätigkeit, vor der ersten Ausübung der gewerblichen Tätigkeit zwar zu prüfen, ob aufgrund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist und gegebenenfalls die Ablegung einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrganges bescheidmäßig vorzuschreiben (§ 373 Abs. 5 Z 2 lit b GewO). Ist eine Beeinträchtigung aufgrund mangelnder Berufsqualifikation nicht zu befürchten, ist dies dem Anzeiger innerhalb eines Monats (nach Eingang der vollständigen Unterlagen) mitzuteilen. In diesem Fall ist die Tätigkeit ab Einlangen der Mitteilung des BMWA beim Antragsteller zulässig (§ 373 Abs. 5 Z 2 lit a GewO). Erfolgt bis zum Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim BMWA keine Reaktion des BMWA, darf die Tätigkeit erbracht werden (§ 373 Abs. 5 Z 3 GewO). Gemäß Paragraph 373, a Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994 hat der BMWA bei Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer, wie etwa hier dem Elektrotechnikgewerbe gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO zuzuordnenden Tätigkeit, vor der ersten Ausübung der gewerblichen Tätigkeit zwar zu prüfen, ob aufgrund der mangelnden Berufsqualifikation des Dienstleisters eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten ist und gegebenenfalls die Ablegung einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrganges bescheidmäßig vorzuschreiben (Paragraph 373, Absatz 5, Ziffer 2, Litera b, GewO). Ist eine Beeinträchtigung aufgrund mangelnder Berufsqualifikation nicht zu

befürchten, ist dies dem Anzeiger innerhalb eines Monats (nach Eingang der vollständigen Unterlagen) mitzuteilen. In diesem Fall ist die Tätigkeit ab Einlangen der Mitteilung des BMWA beim Antragsteller zulässig (Paragraph 373, Absatz 5, Ziffer 2, Litera a, GewO). Erfolgt bis zum Ablauf des zweiten Monats ab Eingang der vollständigen Unterlagen beim BMWA keine Reaktion des BMWA, darf die Tätigkeit erbracht werden (Paragraph 373, Absatz 5, Ziffer 3, GewO).

Der Tatbestand der schwerwiegenden Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers iSd § 373 Abs. 5 Z 2 GewO, der die Vorschreibung einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrganges durch den BMWA nach sich ziehen würde, setzt die mangelnde Berufsqualifikation des Dienstleisters voraus. Aufgrund der bescheidmäßigen Anerkennung der deutschen elektrotechnischen Befähigung des elektrotechnischen Betriebsleiters des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers durch den BMWA gemäß § 373c GewO, kann aber der Tatbestand der mangelnden Berufsqualifikation gar nicht erfüllt sein. Der Tatbestand der schwerwiegenden Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers iSd Paragraph 373, Absatz 5, Ziffer 2, GewO, der die Vorschreibung einer Eignungsprüfung oder eines Anpassungslehrganges durch den BMWA nach sich ziehen würde, setzt die mangelnde Berufsqualifikation des Dienstleisters voraus. Aufgrund der bescheidmäßigen Anerkennung der deutschen elektrotechnischen Befähigung des elektrotechnischen Betriebsleiters des in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängers durch den BMWA gemäß Paragraph 373 c, GewO, kann aber der Tatbestand der mangelnden Berufsqualifikation gar nicht erfüllt sein.

Mit der bescheidmäßigen Anerkennung der Befähigung ihres elektrotechnischen Betriebsleiters durch den BMWA ist die B*** zur Erbringung grenzüberschreitender elektrotechnischer Tätigkeiten in Österreich berechtigt. Damit stehen ihr aber auch alle (Neben)rechte zu, die einem Inhaber einer österreichischen Elektrotechnikgewerbeberechtigung zukommen, ohne hierfür weitere, gesonderte Gewerbeberechtigungen begründen zu müssen (vgl. auch § 373a Abs. 1 GewO idF der Novelle BGBl I Nr. 42/2008, sowie § 373g Abs. 1 GewO idF vor der zitierten Novelle, "dürfen diese Tätigkeiten unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer ausüben"). Mit der bescheidmäßigen Anerkennung der Befähigung ihres elektrotechnischen Betriebsleiters durch den BMWA ist die B*** zur Erbringung grenzüberschreitender elektrotechnischer Tätigkeiten in Österreich berechtigt. Damit stehen ihr aber auch alle (Neben)rechte zu, die einem Inhaber einer österreichischen Elektrotechnikgewerbeberechtigung zukommen, ohne hierfür weitere, gesonderte Gewerbeberechtigungen begründen zu müssen vergleiche auch Paragraph 373 a, Absatz eins, GewO in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 42 aus 2008,, sowie Paragraph 373 g, Absatz eins, GewO in der Fassung vor der zitierten Novelle, "dürfen diese Tätigkeiten unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer ausüben").

Im Hinblick auf die allen Gewerbetreibenden nunmehr unterschiedslos zustehenden Nebenrechte des § 32 GewO (siehe Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 1 zu § 32) stehen diese Rechte auch dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zu (vgl. auch BVA vom 13.6.2008, GZ: N/0046- BVA/11/2008-33). Im Hinblick auf die allen Gewerbetreibenden nunmehr unterschiedslos zustehenden Nebenrechte des Paragraph 32, GewO (siehe Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 1 zu Paragraph 32,) stehen diese Rechte auch dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zu vergleiche auch BVA vom 13.6.2008, GZ: N/0046- BVA/11/2008-33).

Für den Bereich der Funkanlagen hat der präsumtive Zuschlagsempfänger - wie auch der Antragsteller - im Angebot einen Subunternehmer namhaft gemacht, der über die erforderliche Gewerbeberechtigung verfügt. Was die übrigen ausschreibungsgegenständlichen Tätigkeiten betrifft, ist der präsumtive Zuschlagsempfänger zu deren Erbringung aufgrund seiner Elektrotechnikgewerbeberechtigung, wie im Folgenden ausgeführt, selbst berechtigt:

Zu LV-Pos. 01.25 (Informationsverarbeitung):

Unter diesen Leistungspositionen werden die Lieferung, die Montage, der Anschluss und die Konfiguration von Prozessleitrechnern, GSM- Modulen, Datenbankservern, Speicherplanern etc. verlangt.

Das Liefern, Montieren und die Inbetriebnahme von Rechnersystemen und den dazugehörigen Datenverarbeitungskomponenten gehört zu den regelmäßigen Leistungen im Zuge der Errichtung elektrotechnischer Anlagen bei Steuerungs- und Leitungssystemen und fällt somit in den Berechtigungsumfang des Elektrotechnikgewerbes.

In Pkt. 2.2.2.1.3 (Hardwarebeschaffung und Softwareentwicklung), Teil B 2, (Baubeschreibung), der Ausschreibung, wird die Beschaffung von Fertigsoftware und Entwicklung von Anwendersoftware für das gegenständliche

Prozessleitsystem verlangt [(vgl. auch Pkt. 5.2.21.3 und Pkt. 5.2.21.4, Teil B 5 (Technische Vertragsbestimmungen: Verpflichtung des Auftragnehmers zur Erstellung und/oder Lieferung von Anwendungssoftware bzw. zur Erstellung und Lieferung von Individualsoftware))].

Wie in der mündlichen Verhandlung vom Auftraggeber (I***), ausgeführt wurde, besteht vom Bereich der "Blockabfertigung A10" abgesehen, bei der allenfalls ein geringer Anteil an Individualsoftwareentwicklung anfallen könnte, keinerlei Bedarf einer individuellen Softwareentwicklung. Die Bieter bedienen sich nämlich zugekaufter Standardsoftware (der präsumtive Zuschlagsempfänger setzt PVSS2, der Antragsteller P*** ein), die mit einem standardmäßig mitgelieferten Modul auf die speziellen Kundenbedürfnisse zu konfigurieren ist. Lediglich bei der "Blockabfertigung A10", die in einer alten Programmiersprache verfasst ist, wäre - und auch dies nur im Falle, dass der Bieter anstelle der Vornahme eines Hardwaretausches das alte Programm mittels Baus eines Gateways in ein neues Programm übersetzt - in geringem Umfang eine Programmierung erforderlich. Der hierfür erforderliche Programmieraufwand wurde vom Auftraggeber bei Heranziehung eines erfahrenen Programmierers mit rund zehn Stunden angegeben und macht, bezogen auf den Gesamtauftragswert, einen verschwindend geringen Anteil von 0,01% aus. Im Falle, dass ein Bieter von der Möglichkeit eines Hardwaretausches Gebrauch macht, fällt indessen überhaupt keine Individualsoftwareentwicklung an. Welche der beiden Varianten (Neuprogrammierung oder Hardwaretausch) vom präsumtiven Zuschlagsempfänger und vom Antragsteller letztlich gewählt werden, lässt sich, aufgrund der insofern vergleichbaren Preisgestaltung der beiden Bieter in den entsprechenden Leistungsverzeichnispositionen nicht vorweg sagen. Aufgrund der Preisgestaltung sind jedenfalls beide Varianten denkbar. Diese Ausführungen von I*** blieben in der mündlichen Verhandlung sowohl von Antragstellerseite als auch seitens des präsumtiven Zuschlagsempfängers unwidersprochen.

Die Entwicklung individueller Softwarelösungen fällt grundsätzlich in den Umfang des freien Gewerbes der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik gemäß § 153 GewO. Dementsprechend hat der Antragsteller in seiner Subunternehmererklärung zum Angebot für den Bereich der Informationsverarbeitung einschließlich der unterstützenden Planungsarbeiten die P*** namhaft gemacht, die über eine solche freie Gewerbeberechtigung verfügt. Wenngleich nun der präsumtive Zuschlagsempfänger weder einen solchen freien Gewerbeschein aufweist, noch hierfür einen Subunternehmer namhaft gemacht hat, ist er, dessen ungeachtet, zur Vornahme dieser Tätigkeit berechtigt: Die Entwicklung individueller Softwarelösungen fällt grundsätzlich in den Umfang des freien Gewerbes der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik gemäß Paragraph 153, GewO. Dementsprechend hat der Antragsteller in seiner Subunternehmererklärung zum Angebot für den Bereich der Informationsverarbeitung einschließlich der unterstützenden Planungsarbeiten die P*** namhaft gemacht, die über eine solche freie Gewerbeberechtigung verfügt. Wenngleich nun der präsumtive Zuschlagsempfänger weder einen solchen freien Gewerbeschein aufweist, noch hierfür einen Subunternehmer namhaft gemacht hat, ist er, dessen ungeachtet, zur Vornahme dieser Tätigkeit berechtigt:

Dies ergibt sich schon aus dem allgemeinen Planungsrecht des Gewerbetreibenden gemäß § 32 Abs. 1 Z 8 GewO (vgl. "Recht zur Planung der im zulässigen Umfang der Gewerbeausübung liegenden Arbeiten"). Die Berechtigung zur Ausführung und Installation der elektrotechnischen Anlage erfasst demnach auch die Berechtigung zur Vornahme der hierzu erforderlichen Planungsarbeiten einschließlich der Planung und der Entwicklung allfälliger (Individual)Software. Dies ergibt sich schon aus dem allgemeinen Planungsrecht des Gewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 8, GewO vergleiche "Recht zur Planung der im zulässigen Umfang der Gewerbeausübung liegenden Arbeiten"). Die Berechtigung zur Ausführung und Installation der elektrotechnischen Anlage erfasst demnach auch die Berechtigung zur Vornahme der hierzu erforderlichen Planungsarbeiten einschließlich der Planung und der Entwicklung allfälliger (Individual)Software.

Weiters ist eine allfällige Individualsoftwareerstellung als Vorarbeit iSd § 32 Abs. 1 Z 1, 1. Halbsatz, GewO zu qualifizieren, die dazu dient, die Dienstleistungen, die der präsumtive Zuschlagsempfänger zu erbringen hätte, absatzfähig zu machen (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 3 zu § 32). Die Softwareentwicklung ist dem präsumtiven Zuschlagsempfänger somit auch im Rahmen dieses Nebenrechtes gestattet. Weiters ist eine allfällige Individualsoftwareerstellung als Vorarbeit iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, eins, Halbsatz, GewO zu qualifizieren, die dazu dient, die Dienstleistungen, die der präsumtive Zuschlagsempfänger zu

erbringen hätte, absatzfähig zu machen vergleiche Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 3 zu Paragraph 32,). Die Softwareentwicklung ist dem präsumtiven Zuschlagsempfänger somit auch im Rahmen dieses Nebenrechtes gestattet.

Darüber hinaus stellt sich die in Rede stehende Tätigkeit als Leistung geringen Umfanges eines anderen (freien) Gewerbes dar, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzt (vgl. § 32 Abs. 1 Z 1 2. Halbsatz GewO). Die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Ergänzung ist jedenfalls zu bejahen, da sowohl der organisatorische als auch der finanzielle Aufwand für die Beauftragung eines eigenen Gewerbetreibenden für diese ergänzende Leistung (nämlich konkret die Heranziehung eines externen, nicht betriebsangehörigen Programmierers für einen lediglich zehn Arbeitsstunden umfassenden Auftrag), in einem geringen wirtschaftlichen Verhältnis zum Umfang der eigenen Leistung stünde (siehe auch GrablerStolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 14 zu § 32).Darüber hinaus stellt sich die in Rede stehende Tätigkeit als Leistung geringen Umfanges eines anderen (freien) Gewerbes dar, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzt vergleiche Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2. Halbsatz GewO). Die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Ergänzung ist jedenfalls zu bejahen, da sowohl der organisatorische als auch der finanzielle Aufwand für die Beauftragung eines eigenen Gewerbetreibenden für diese ergänzende Leistung (nämlich konkret die Heranziehung eines externen, nicht betriebsangehörigen Programmierers für einen lediglich zehn Arbeitsstunden umfassenden Auftrag), in einem geringen wirtschaftlichen Verhältnis zum Umfang der eigenen Leistung stünde (siehe auch GrablerStolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 14 zu Paragraph 32,).

Die in § 32 Abs. 2 GewO 1994 für die Ausübung der Nebenrechte des § 32 Abs. 1 eingezogene Schranke, dass bei der Ausübung der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben müssen und sich der Gewerbetreibende, soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen hat, ist angesichts des geringen Umfanges dieser Arbeiten gewahrt bzw. wird (im Hinblick auf den Sicherheitsaspekt) nicht berührt.Die in Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 für die Ausübung der Nebenrechte des Paragraph 32, Absatz eins, eingezogene Schranke, dass bei der Ausübung der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Betriebes erhalten bleiben müssen und sich der Gewerbetreibende, soweit dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist, entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte zu bedienen hat, ist angesichts des geringen Umfanges dieser Arbeiten gewahrt bzw. wird (im Hinblick auf den Sicherheitsaspekt) nicht berührt.

Schließlich lässt sich die Berechtigung zur Entwicklung der erforderlichen Individualsoftware auch auf§ 31 Abs. 1 GewO stützen ("einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, sind den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten"). Solche Tätigkeiten dürfen folglich auch von jedem anderen Gewerbetreibenden einschließlich den Inhabern freier Gewerbe durchgeführt werden.§ 31 Abs.1 GewO normiert insoweit eine allgemeine, für alle Gewerbetreibenden geltende, unmittelbar gesetzlich festgelegte Erweiterung der Gewerbeberechtigung. [Vgl. auch das korrespondierende Nebenrecht des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO:Schließlich lässt sich die Berechtigung zur Entwicklung der erforderlichen Individualsoftware auch auf Paragraph 31, Absatz eins, GewO stützen ("einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, sind den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten"). Solche Tätigkeiten dürfen folglich auch von jedem anderen Gewerbetreibenden einschließlich den Inhabern freier Gewerbe durchgeführt werden. Paragraph 31, Absatz eins, GewO normiert insoweit eine allgemeine, für alle Gewerbetreibenden geltende, unmittelbar gesetzlich festgelegte Erweiterung der Gewerbeberechtigung. [Vgl. auch das korrespondierende Nebenrecht des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 11, GewO:

Nach dieser Bestimmung sind Gewerbetreibende auch zur Erbringung von einfachen Tätigkeiten von reglementierten Gewerben befugt, wobei diese einfachen Tätigkeiten sogar ohne direkten Zusammenhang zur Hauptleistung erbracht werden dürfen, (vgl. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 4 und Rz 24 zu § 32)).Nach dieser Bestimmung sind Gewerbetreibende auch zur Erbringung von einfachen Tätigkeiten von reglementierten Gewerben befugt, wobei diese einfachen Tätigkeiten sogar ohne direkten Zusammenhang zur Hauptleistung erbracht werden dürfen, vergleiche Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO, 2. Auflage, Rz 4 und Rz 24 zu Paragraph 32,)).

Sind aber schon einfache Tätigkeiten eines reglementierten, somit eines an einen Befähigungsnachweis gebundenen Gewerbes, dem betreffenden Gewerbe nicht vorbehalten, sondern dürfen ebenso von jedem anderen Gewerbetreibenden sowie als freies Gewerbe ausgeübt werden, muss dies umso mehr für eine von vornherein nicht

reglementierte, wie die konkrete, dem freien Gewerbe der Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik zuzurechnende Tätigkeit, gelten.

Der Antragsteller - dieser verfügt wie der präsumtive Zuschlagsempfänger - "nur" über eine Elektrotechnikgewerbeberechtigung - hat es zwar vorgezogen, diese Tätigkeit einem Subunternehmer zu übertragen, anstatt diese befugter Weise selbst zu erbringen. Der Antragsteller dürfte diese Tätigkeiten nämlich - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger - aufgrund seiner Elektrotechnikgewerbeberechtigung ebenso gut selbst ausführen. Zur Substituierung einer ihm selbst fehlenden Befugnis wäre die vom Antragsteller vorgenommene Subunternehmernominierung nicht geboten gewesen (vgl. § 108 Abs. 1 BVergG sowie Pkt. 1.2.8, Teil B 1 und Pkt 8.5.6, Teil B 8 der Ausschreibung). Der Antragsteller - dieser verfügt wie der präsumtive Zuschlagsempfänger - "nur" über eine Elektrotechnikgewerbeberechtigung - hat es zwar vorgezogen, diese Tätigkeit einem Subunternehmer zu übertragen, anstatt diese befugter Weise selbst zu erbringen. Der Antragsteller dürfte diese Tätigkeiten nämlich - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger - aufgrund seiner Elektrotechnikgewerbeberechtigung ebenso gut selbst ausführen. Zur Substituierung einer ihm selbst fehlenden Befugnis wäre die vom Antragsteller vorgenommene Subunternehmernominierung nicht geboten gewesen vergleiche Paragraph 108, Absatz eins, BVergG sowie Pkt. 1.2.8, Teil B 1 und Pkt 8.5.6, Teil B 8 der Ausschreibung).

- -Strichaufzählung

Zu LV-Pos. 01.29.01 (Lieferung und Montage einer Doppelbodenanlage) und zu den LV-Pos. 01.09.01 und 01.09.02 (Lieferung und Montage verschiedener Unterkonstruktionen und Tragekonstruktionen):

- -Strichaufzählung

Doppelbodenanlage:

Wie vom Auftraggeber im Schriftsatz des Auftraggebers vom 30.6.2008 beschrieben, und von I*** in der mündlichen Verhandlung näher erörtert wurde, handelt es sich bei der zu erstellenden Doppelbodenanlage um ein "fix und fertiges", industriell gefertigtes System, das vor Ort nur mehr aufgestellt zu werden braucht. Die Tragfähigkeit wird vom Hersteller dadurch nachgewiesen, dass jeder Metallsteher (die Metallunterkonstruktion besteht aus einem Metallsteher, der auf den Rohboden aufgestellt wird) eine definierte, maximal zulässige Belastbarkeit aufweist. Der Auftragnehmer hat Naturmaß zu nehmen und die Steher in der jeweils erforderlichen Dimension entsprechend dem Gewicht seiner Schränke und sonstigen Möbel - vergleichbar der Bestellung aus einem Katalog - zu bestellen. Die Doppelbodenplatten werden auf die Tragkonstruktion aufgelegt, wobei eine Bearbeitung der vom Hersteller bereits maßgenau gelieferten Platten weder erforderlich noch erwünscht ist. Diese Schilderungen von I*** in der mündlichen Verhandlung decken sich mit dem Inhalt der Schreiben des Doppelbodenlieferanten (Q***) an den präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 10.6.2008 und vom 11.6.2008, wonach der Doppelboden aufbaufertig geliefert wird und die nach den Angaben des präsumtiven Zuschlagsempfängers nach Maß gefertigten, an den Kanten versiegelten und durchnummerierten Doppelbodenplatten nur mehr auf die Unterkonstruktion aufgelegt werden müssen und Änderungen vor Ort aufgrund der versiegelten Kanten weder möglich noch erforderlich sind.

Da die Tragfähigkeit vom Hersteller vorgegeben ist, ist der statische Aspekt durch die vom Hersteller vorgegebene Systematik "abgedeckt". Auch bei der Ausführung der Doppelbodenanlage handelt es sich demnach um eine einfache Tätigkeit von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert und den betreffenden Gewerben (etwa Baumeistern, Spenglern und Schlossern) nicht vorbehalten ist (siehe § 31 Abs. 1 GewO 1994). Da die Tragfähigkeit vom Hersteller vorgegeben ist, ist der statische Aspekt durch die vom Hersteller vorgegebene Systematik "abgedeckt". Auch bei der Ausführung der Doppelbodenanlage handelt es sich demnach um eine einfache Tätigkeit von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert und den betreffenden Gewerben (etwa Baumeistern, Spenglern und Schlossern) nicht vorbehalten ist (siehe Paragraph 31, Absatz eins, GewO 1994).

Dementsprechend verfügt auch der vom Antragsteller für die Ausführung der Doppelbodenanlage namhaft gemachte und von ihm als Marktführer auf diesem Gebiet bezeichnete Subunternehmer (E***) "lediglich" über eine - für diese Arbeiten ausreichende - Berechtigung zur Ausübung eines freien Gewerbes, lautend auf die "Montage von mobilen Trennteilen, von fertig bezogenen Profilleisten oder Systemwänden mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen".

Da einfache Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, wie schon erwähnt, auch von jedem anderen Gewerbetreibenden durchgeführt werden können, ist der präsumtive Zuschlagsempfänger aufgrund seiner Elektrotechnikgewerbeberechtigung zur Herstellung des Doppelbodens, gestützt auf den Tatbestand des § 31 Abs. 1 GewO befugt [Siehe auch die vergleichbare deutsche Gewerberechtslage, die der österreichischen Gewerbeordnung entsprechende Nebenrechte vorsieht sowie das diesbezügliche Schreiben der Handwerkskammer Osnabrück - Emsland vom 4.6.2008 an den präsumtiven Zuschlagsempfänger, wonach dieser aufgrund seiner Handwerksrolleneintragung mit dem Elektrotechnikerhandwerk im Zusammenhang hiermit, die beschriebenen Tätigkeiten der Doppelbodenarbeiten und der Brandschottung durchzuführen berechtigt ist (§§ 1 u. 5 Handwerksordnung)]. Da einfache Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordern, wie schon erwähnt, auch von jedem anderen Gewerbetreibenden durchgeführt werden können, ist der präsumtive Zuschlagsempfänger aufgrund seiner Elektrotechnikgewerbeberechtigung zur Herstellung des Doppelbodens, gestützt auf den Tatbestand des Paragraph 31, Absatz eins, GewO befugt [Siehe auch die vergleichbare deutsche Gewerberechtslage, die der österreichischen Gewerbeordnung entsprechende Nebenrechte vorsieht sowie das diesbezügliche Schreiben der Handwerkskammer Osnabrück - Emsland vom 4.6.2008 an den präsumtiven Zuschlagsempfänger, wonach dieser aufgrund seiner Handwerksrolleneintragung mit dem Elektrotechnikerhandwerk im Zusammenhang hiermit, die beschriebenen Tätigkeiten der Doppelbodenarbeiten und der Brandschottung durchzuführen berechtigt ist (Paragraphen eins, u. 5 Handwerksordnung)].

- -Strichaufzählung

Unter- und Tragekonstruktionen:

Vorstehende Ausführungen zum Doppelboden, insbesondere zur Unterkonstruktion, gelten auch für die Unter- und Tragekonstruktionen. Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung bestätigte, richten sich die statischen Vorgaben und die Tragfähigkeit - ebenso wie beim Doppelboden - nach der Nutzlast der auf diese Konstruktionen zu stellenden Möbel. Die Belastbarkeit ist daher ebenfalls vom Hersteller vorgegeben. Dies deckt sich auch damit, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Unter- und Tragekonstruktionen vom selben Lieferanten wie den Doppelboden bezieht (siehe Herr J*** in der mündlichen Verhandlung). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass bloße Zulieferer keine Subunternehmer sind, weshalb § 83 BVergG für Subunternehmerleistungen nicht gilt (vgl. Schramm/Öhler/Pachner in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel, § 70 Rz 2). Im Übrigen soll auch beim Antragsteller die Unterkonstruktion und die Tragekonstruktion vom selben Subunternehmer wie der Doppelboden ausgeführt werden (vgl. L*** in der mündlichen Verhandlung). Vorstehende Ausführungen zum Doppelboden, insbesondere zur Unterkonstruktion, gelten auch für die Unter- und Tragekonstruktionen. Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung bestätigte, richten sich die statischen Vorgaben und die Tragfähigkeit - ebenso wie beim Doppelboden - nach der Nutzlast der auf diese Konstruktionen zu stellenden Möbel. Die Belastbarkeit ist daher ebenfalls vom Hersteller vorgegeben. Dies deckt sich auch damit, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Unter- und Tragekonstruktionen vom selben Lieferanten wie den Doppelboden bezieht (siehe Herr J*** in der mündlichen Verhandlung). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass bloße Zulieferer keine Subunternehmer sind, weshalb Paragraph 83, BVergG für Subunternehmerleistungen nicht gilt vergleiche Schramm/Öhler/Pachner in Schramm/ Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 70, Rz 2). Im Übrigen soll auch beim Antragsteller die Unterkonstruktion und die Tragekonstruktion vom selben Subunternehmer wie der Doppelboden ausgeführt werden vergleiche L*** in der mündlichen Verhandlung).

Auch die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Aufstellung der Kostenanteile des Doppelbodens und der Unterkonstruktionen am Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers belegt, dass es sich hierbei um Arbeiten geringen Umfangs iSd § 32 Abs. 1 Z 1, 2. Halbsatz GewO handelt. Auch die vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Aufstellung der Kostenanteile des Doppelbodens und der Unterkonstruktionen am Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers belegt, dass es sich hierbei um Arbeiten geringen Umfangs iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2, Halbsatz GewO handelt.

- -Strichaufzählung

Zu LV- Pos.01.29.02 (Möblierung der Warte):

Unter dieser Leistungsposition wird das Liefern, das Montieren, das Anschließen von Wartentischen, von Monitorhalterungen für Wartentische, Stühlen, Tischen, Rollcontainern, Kleinmöbeln, Aktenschränken, Einbaumöbeln

und einer Küchenausstattung verlangt.

Wie sich in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, handelt es sich auch bei den Möbeln zur Ausstattung der Warte - ähnlich wie bei der Doppelbodenanlage - um vorgefertigte Standardprodukte aus industriellen Fertigungen, die vom Lieferanten geliefert und vom Auftragnehmer vor Ort nur mehr zusammengebaut und aufgestellt zu werden brauchen (vgl. auch das Schreiben des Möbellieferanten des präsumtiven Zuschlagsempfängers, Modutec Modulare Einrichtungssysteme für die Kommunikationstechnik, R*** vom 10.6.2008, wonach für das gegenständliche Projekt aufbaufertige, mittels Schraub- und Steckverbindungen zu verbindende Möbel geliefert werden und Anpassarbeiten nicht mehr erforderlich sind). Wie sich in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, handelt es sich auch bei den Möbeln zur Ausstattung der Warte - ähnlich wie bei der Doppelbodenanlage - um vorgefertigte Standardprodukte aus industriellen Fertigungen, die vom Lieferanten geliefert und vom Auftragnehmer vor Ort nur mehr zusammengebaut und aufgestellt zu werden brauchen (vergleiche auch das Schreiben des Möbellieferanten des präsumtiven Zuschlagsempfängers, Modutec Modulare Einrichtungssysteme für die Kommunikationstechnik, R*** vom 10.6.2008, wonach für das gegenständliche Projekt aufbaufertige, mittels Schraub- und Steckverbindungen zu verbindende Möbel geliefert werden und Anpassarbeiten nicht mehr erforderlich sind).

Es handelt sich demnach um Systemmöbel, bei denen keine handwerkliche Bearbeitung vorzunehmen ist. Wenngleich nun für die Möblierung der Warte, wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung einräumt, von der ASFINAG ein "Standard" (etwa hinsichtlich ergonomischer Aspekte) vorgegeben wird, bedeutet dies jedoch nicht, dass dieser Standard, wie der Antragsteller behauptet, nur mittels Maßmöbeln erreicht werden könnte. Der Auftraggeber vermochte in der mündlichen Verhandlung glaubhaft darzulegen, dass es zur Erreichung dieses "Standards", jedenfalls keiner Einzel- bzw. Maßanfertigung bedarf und dieser Standard im Hinblick auf die sehr allgemein gehaltene Leistungsbeschreibung problemlos mit Standardmöbeln erreicht werden kann. Dies wird auch dadurch untermauert, dass, in der Vergangenheit bei anderen Wartenausstattungen von den Bietern durchgehend Standardprodukte und keine Einzelanfertigungen angeboten wurden (siehe Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung). Der Auftraggeber brachte weiters plausibel vor, dass er im Sinne der Gewährleistung einer Einheitlichkeit der Ausstattung aller künftig einzurichtenden Warten, nicht zuletzt aus erhaltungstechnischen Gründen und den damit verbundenen Vorhaltekosten, in seinen Vorgaben auf eine Maßanfertigung verzichtet und seine "Standardvorgaben" gerade deshalb an Standardprodukten orientiert hat.

Dies gilt auch für die Wartentische. Auch hierbei handelt es sich um Standardprodukte. Das Vorbringen des Antragstellers, wonach lediglich die höhenverstellbaren Unterkonstruktionen Systemmöbel seien, die Tischplatten und die Verbauten hingegen Maßanfertigungen sein sollten, vermochte nicht zu überzeugen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger (Hr. J***) trat dieser Behauptung unter Hinweis darauf entgegen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in Deutschland bereits sechs Tunnelleitzentralen ausgestattet habe, für die es zwar keinen "ASFINAG- Standard", jedoch Rastermaße eines standardisierten Systems gebe, was mit einem in jeweils verschiedenen Höhen und Breiten beziehbaren Bürotisch verglichen werden könne. Dieser Aussage hat der Antragsteller, abgesehen von der Feststellung, dass eine werkseitige Fertigstellung eine Subunternehmerleistung darstellen sollte, nichts entgegeng gehalten.

Schließlich wird auch für die Küchenausstattung keine individuell, nach Maß zu fertigende "Tischlerküche", sondern ein Küchenblock im Ausmaß einer standardisierten "Singleküche" verlangt. Diese Aussage des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung ist auch aufgrund des vom präsumtiven Zuschlagsempfänger (Herrn J***) in der mündlichen Verhandlung für die Küchenausstattung angegebenen Preises von Euro 1.700,-- (für die Korpuselemente ohne Elektrogeräte) plausibel. Der Auftraggeber erwähnte in der mündlichen Verhandlung überdies, dass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger für die Kucheneinrichtung veranschlagte Preis den hierfür angesetzten Preisen des Antragstellers und der übrigen Mitbewerber entspricht, was vom Antragsteller nicht bestritten wurde. Nach Auffassung des erkennenden Senates weist gerade der vom Antragsteller für die Küchenausstattung veranschlagte, dem Küchenangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vergleichbare Preis in die Richtung, dass auch der Antragsteller selbst keine individuell gefertigte Tischlerküche, sondern eher einen "Küchenblock" angeboten haben dürfte.

Einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben sind den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten (§ 31 Abs. 1 GewO); siehe bereits oben. Das Zusammensetzen und die Montage vorgefertigter Möbelteile stellen keine Kerntätigkeit des Tischlerhandwerkes gemäß § 94 Z 71 GewO 1994 dar, für deren Ausführung es der Erbringung des

Tischlergewerbebefähigungsnachweises bedürfte. Solche Tätigkeiten dürfen von jedem Gewerbetreibenden mit ausgeübt (§ 32 Abs. 1 Z 11 GewO) bzw. als freies Gewerbe ausgeübt werden, sofern die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 GewO 1994 eingehalten werden (siehe bereits oben). Im Falle eines sich wie hier auf Euro 1.700,-- belaufenden Preises der Küche kann angesichts eines Gesamtangebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers von Euro 4.723.314,31, an der Wahrung des wirtschaftlichen Schwerpunktes und der Eigenart des Betriebes kein Zweifel bestehen. Einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben sind den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten (Paragraph 31, Absatz eins, GewO); siehe bereits oben. Das Zusammensetzen und die Montage vorgefertigter Möbelteile stellen keine Kerntätigkeit des Tischlerhandwerkes gemäß Paragraph 94, Ziffer 71, GewO 1994 dar, für deren Ausführung es der Erbringung des Tischlergewerbebefähigungsnachweises bedürfte. Solche Tätigkeiten dürfen von jedem Gewerbetreibenden mit ausgeübt (Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 11, GewO) bzw. als freies Gewerbe ausgeübt werden, sofern die Voraussetzungen des Paragraph 32, Absatz 2, GewO 1994 eingehalten werden (siehe bereits oben). Im Falle eines sich wie hier auf Euro 1.700,-- belaufenden Preises der Küche kann angesichts eines Gesamtangebotspreises des präsumtiven Zuschlagsempfängers von Euro 4.723.314,31, an der Wahrung des wirtschaftlichen Schwerpunktes und der Eigenart des Betriebes kein Zweifel bestehen.

Im gegebenen Zusammenhang ist weiters das Recht der Gewerbetreibenden zum Aufstellen und zur Montage verkaufter Gegenstände gemäß § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994 von Relevanz. Der Begriff der Montagetätigkeit wird dahin gehend interpretiert, dass Montagetätigkeiten den Zusammenbau vorgefertigter Teile umfassen (Grabler/Stolzlechner/Wendel, Kommentar zur GewO, 2. Auflage RZ 14 zu § 32). Der Antragsteller hat nämlich dem Bundesvergabeamt für seinen für die Möblierung namhaften Subunternehmer (D***), einen Gewerbeschein, lautend auf das "Handelsgewerbe und Handelsagenten, eingeschränkt auf den Kleinhandel mit Möbeln und Waren der Raumausstattung", vorgelegt, der die beschriebene Tätigkeit abdeckt. Im Zentralen Gewerberegister scheint zwar für die D*** auch eine Tischlergewerbeberechtigung auf. Eine solche ist jedoch zur Durchführung der gegenständlichen Aufbau- und Montagetätigkeiten wie aufgezeigt, nicht erforderlich. Wie aber diese Tätigkeit vom Subunternehmer des Antragstellers als Nebenrecht seines Handelsgewerbes ausgeübt werden darf, kann diese Tätigkeit vom präsumtiven Zuschlagsempfänger auf den Tatbestand der einfachen Tätigkeit iSd § 31 Abs. 1 GewO 1994, gestützt, erbracht werden. Im gegebenen Zusammenhang ist weiters das Recht der Gewerbetreibenden zum Aufstellen und zur Montage verkaufter Gegenstände gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 6, GewO 1994 von Relevanz. Der Begriff der Montagetätigkeit wird dahin gehend interpretiert, dass Montagetätigkeiten den Zusammenbau vorgefertigter Teile umfassen (Grabler/Stolzlechner/Wendel, Kommentar zur GewO, 2. Auflage RZ 14 zu Paragraph 32,). Der Antragsteller hat nämlich dem Bundesvergabeamt für seinen für die Möblierung namhaften Subunternehmer (D***), einen Gewerbeschein, lautend auf das "Handelsgewerbe und Handelsagenten, eingeschränkt auf den Kleinhandel mit Möbeln und Waren der Raumausstattung", vorgelegt, der die beschriebene Tätigkeit abdeckt. Im Zentralen Gewerberegister scheint zwar für die D*** auch eine Tischlergewerbeberechtigung auf. Eine solche ist jedoch zur Durchführung der gegenständlichen Aufbau- und Montagetätigkeiten wie aufgezeigt, nicht erforderlich. Wie aber diese Tätigkeit vom Subunternehmer des Antragstellers als Nebenrecht seines Handelsgewerbes ausgeübt werden darf, kann diese Tätigkeit vom präsumtiven Zuschlagsempfänger auf den Tatbestand der einfachen Tätigkeit iSd Paragraph 31, Absatz eins, GewO 1994, gestützt, erbracht werden.

- -Strichaufzählung

Zu LV- Pos. 01.10.03 (Brandschottungen):

Die hierbei anfallenden Arbeiten werden grundsätzlich bereits vom "Wartenauftragnehmer" vorgenommen (vgl. die unbestritten gebliebenen Schilderungen von I*** in der mündlichen Verhandlung). Lediglich im Ausnahmefall ist es erforderlich, Schotts wieder zu öffnen und zu verschließen, um ein Kabel durchzuleiten. Die dabei einzuhaltende Vorgangsweise wird vom Hersteller der Brandschotts (Mineralwollplatten) anhand einer Prüfchecklist vorgeschrieben, sodass bloß die Montagevorschriften des Herstellers zu beachten sind. Die "abzuarbeitende" Prüfchecklist des Herstellers bietet Gewähr für die Einhaltung der Vorschriften des Herstellers. Das Werk wird nämlich erst dann "abgenommen", wenn die Prüfchecklist "abgearbeitet" wurde. Hierüber hat der Errichter - sowohl in Österreich als auch in Deutschland - eine Errichtungsbestätigung auszustellen. Die entsprechenden Bestätigungen wurden dem Auftraggeber vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegt. Die hierbei anfallenden Arbeiten werden grundsätzlich bereits vom "Wartenauftragnehmer" vorgenommen vergleiche die unbestritten gebliebenen Schilderungen von I*** in der mündlichen Verhandlung). Lediglich im Ausnahmefall ist es erforderlich, Schotts wieder zu öffnen und zu

verschließen, um ein Kabel durchzuleiten. Die dabei einzuhaltende Vorgangsweise wird vom Hersteller der Brandschotts (Mineralwollplatten) anhand einer Prüfchecklist vorgeschrieben, sodass bloß die Montagevorschriften des Herstellers zu beachten sind. Die "abzuarbeitende" Prüfchecklist des Herstellers bietet Gewähr für die Einhaltung der Vorschriften des Herstellers. Das Werk wird nämlich erst dann "abgenommen", wenn die Prüfchecklist "abgearbeitet" wurde. Hierüber hat der Errichter - sowohl in Österreich als auch in Deutschland - eine Errichtungsbestätigung auszustellen. Die entsprechenden Bestätigungen wurden dem Auftraggeber vom präsumtiven Zuschlagsempfänger vorgelegt.

Das Öffnen und Wiederverschließen von Brandschotts fällt zwar grundsätzlich in den Berechtigungsumfang des Handwerks der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gemäß § 94 Z 79 GewO. Auch hier gilt jedoch im Hinblick auf die beschriebene Vorgangsweise, dass es sich um eine einfache Tätigkeit iSd § 31 Abs. 1 GewO handelt, die dem genannten Handwerk nicht vorbehalten ist. Das Öffnen und Wiederverschließen von Brandschotts fällt zwar grundsätzlich in den Berechtigungsumfang des Handwerks der Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmung gemäß Paragraph 94, Ziffer 79, GewO. Auch hier gilt jedoch im Hinblick auf die beschriebene Vorgangsweise, dass es sich um eine einfache Tätigkeit iSd Paragraph 31, Absatz eins, GewO handelt, die dem genannten Handwerk nicht vorbehalten ist.

Die in Rede stehende Tätigkeit ist zudem als Vollendungsarbeit iSd § 32 Abs. 1 Z 1 GewO zu qualifizieren, die dazu dient, die Dienstleistungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers absatzfähig zu machen (§ 32 Abs. 1 Z 1, 1. Halbsatz GewO). Dies hat der BMWA - als oberste Gewerbebehörde - dem präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 2.7.2008, GZ BMWA-324.238/0001-I/9/2008, im Hinblick auf die beschriebene Vorgangsweise und den in der entsprechenden LV-Position des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit Euro 6.715,50 ausgewiesenen Anteil der Brandschottarbeiten ausdrücklich bestätigt. Die in Rede stehende Tätigkeit ist zudem als Vollendungsarbeit iSd Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO zu qualifizieren, die dazu dient, die Dienstleistungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers absatzfähig zu machen (Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, eins, Halbsatz GewO). Dies hat der BMWA - als oberste Gewerbebehörde - dem präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 2.7.2008, GZ BMWA-324.238/0001-I/9/2008, im Hinblick auf die beschriebene Vorgangsweise und den in der entsprechenden LV-Position des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit Euro 6.715,50 ausgewiesenen Anteil der Brandschottarbeiten ausdrücklich bestätigt.

Schließlich ist diese Tätigkeit im Hinblick auf ihren geringen wertmäßigen Anteil am Gesamtangebotspreis auch als Leistung eines anderen Gewerbes in geringem Umfang anzusehen, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzt (§ 32 Abs. 1 Z 1, 2. Halbsatz GewO), sodass auch dieses Nebenrecht zur Anwendung kommt. Schließlich ist diese Tätigkeit im Hinblick auf ihren geringen wertmäßigen Anteil am Gesamtangebotspreis auch als Leistung eines anderen Gewerbes in geringem Umfang anzusehen, die die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzt (Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, 2, Halbsatz GewO), sodass auch dieses Nebenrecht zur Anwendung kommt.

Nicht zuletzt führt die geltende Elektrotechnik-Befähigungsprüfungsordnung der Bundesinnung der Elektro-, Audio-Video- und Alarmanlagentechniker vom 30.1.2004, in ihrem Anhang "Berufsumfang Elektrotechnik", unter Pkt. 6, unter "wirtschaftlich sinnvolle Ergänzungsarbeiten" ausdrücklich "Brandschutzabschottungen" an. Bei der genannten Verordnung handelt es sich um einschlägige Rechtsvorschriften iSd § 29 GewO, die für die Bestimmung des Gewerberechtsumfanges mit heranzuziehen sind. Nicht zuletzt führt die geltende Elektrotechnik-Befähigungsprüfungsordnung der Bundesinnung der Elektro-, Audio-Video- und Alarmanlagentechniker vom 30.1.2004, in ihrem Anhang "Berufsumfang Elektrotechnik", unter Pkt. 6, unter "wirtschaftlich sinnvolle Ergänzungsarbeiten" ausdrücklich "Brandschutzabschottungen" an. Bei der genannten Verordnung handelt es sich um einschlägige Rechtsvorschriften iSd Paragraph 29, GewO, die für die Bestimmung des Gewerberechtsumfanges mit heranzuziehen sind.

Im Übrigen ist der präsumtive Zuschlagsempfänger auch in Deutschland aufgrund seiner Handwerksrolleneintragung mit dem Elektrotechnikerhandwerk zur Ausführung von derartigen Brandschottungstätigkeiten berechtigt (Schreiben der Handwerkskammer Osnabrück-Emsland vom 4.6.2008) und führt diese - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr J**) in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat - auch regelmäßig mit aus. Lediglich bei Arbeiten größeren Umfangs wird gegebenenfalls ein "Nachunternehmer" beigezogen. Die Tätigkeit der Branddämmung ist in Deutschland nicht reglementiert. Im Hinblick darauf wäre der präsumtive Zuschlagsempfänger auch nach § 373a Abs. 1 Z 2 GewO neu zu den Brandschottungsarbeiten berechtigt. (Vgl. im einzelnen § 373a Abs. 1 Z 2 GewO: Ist die

gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Z 1 reglementiert, hat ein Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit jedoch mindestens 2 Jahre, während der vorhergehenden 10 Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt, so darf diese Tätigkeit von dem in einem anderen Mitgliedstaat der EU niedergelassenen, in diesem zur Ausübung befugten Staatsangehörigen in Österreich vorübergehend und gelegentlich ausgeübt werden). Im Übrigen ist der präsumtive Zuschlagsempfänger auch in Deutschland aufgrund seiner Handwerksrolleneintragung mit dem Elektrotechnikerhandwerk zur Ausführung von derartigen Brandschottungstätigkeiten berechtigt (Schreiben der Handwerkskammer Osnabrück-Emsland vom 4.6.2008) und führt diese - wie der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr J***) in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat - auch regelmäßig mit aus. Lediglich bei Arbeiten größeren Umfangs wird gegebenenfalls ein "Nachunternehmer" beigezogen. Die Tätigkeit der Branddämmung ist in Deutschland nicht reglementiert. Im Hinblick darauf wäre der präsumtive Zuschlagsempfänger auch nach Paragraph 373 a, Absatz eins, Ziffer 2, GewO neu zu den Brandschottungsarbeiten berechtigt. (Vgl. im einzelnen Paragraph 373 a, Absatz eins, Ziffer 2, GewO: Ist die gewerbliche Tätigkeit oder die Ausbildung zwar nicht im Sinne der Ziffer eins, reglementiert, hat ein Dienstleister die gewerbliche Tätigkeit jedoch mindestens 2 Jahre, während der vorhergehenden 10 Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt, so darf diese Tätigkeit von dem in einem anderen Mitgliedstaat der EU niedergelassenen, in diesem zur Ausübung befugten Staatsangehörigen in Österreich vorübergehend und gelegentlich ausgeübt werden).

- -Strichaufzählung

Zur Erstellung der Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK:

Der Antragsteller beruft sich in seinem Nachprüfungsantrag auf Pkt. 1.2.8, 5. Unterpunkt, Teil B 1, der Ausschreibung, worin es lautet: "Insbesondere wird auch auf kleinere Leistungen, wie z.B. Erstellung der Bestandsdokumentation gemäß PlaDOK hingewiesen. Auch für solche Leistungen muss die notwendige Befugnis (z.B. befugter Ziviltechniker bzw. technisches Büro) nachgewiesen und gegebenenfalls in der Subunternehmerdeklaration in der B 8 angeführt werden."

Was den Antragsteller betrifft, so hat dieser in seiner Subunternehmererklärung für "diverse Planungsleistungen" die F*** angegeben und dies in der mündlichen Verhandlung dahingehend präzisiert, dass unter den angegebenen diversen Planungsleistungen einzig die Bestätigung der "RKZ-konformen Dokumentation der Planerstellung" zu verstehen sei. Die Erstellung der PlaDOK wird jedoch vom Antragsteller so wie vom präsumtiven Zuschlagsempfänger - befugter Weise - selbst vorgenommen, und zwar ebenso durch die eigenen technischen Abteilungen (vgl. § 32 Abs. 1 Z 8 GewO). Was den Antragsteller betrifft, so hat dieser in seiner Subunternehmererklärung für "diverse Planungsleistungen" die F*** angegeben und dies in der mündlichen Verhandlung dahingehend präzisiert, dass unter den angegebenen diversen Planungsleistungen einzig die Bestätigung der "RKZ-konformen Dokumentation der Planerstellung" zu verstehen sei. Die Erstellung der PlaDOK wird jedoch vom Antragsteller so wie vom präsumtiven Zuschlagsempfänger - befugter Weise - selbst vorgenommen, und zwar ebenso durch die eigenen technischen Abteilungen vergleiche Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 8, GewO).

Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung plausibel erläuterte, bezieht sich die in Pkt. 1.2.8 Teil B 1 der Ausschreibungsgrundlagen übernommene Passage des Pkt. 5.1.3 der PlaDOK über die Aufnahme von zu vermessenden Anlagen und Anlagenteilen durch befugte Ziviltechniker und Technische Büros nur auf Vermessungstätigkeiten. Da es sich gegenständlich jedoch um kein Projekt im Freilandbereich (mit Vermessungstätigkeiten) handelt, findet diese Bestimmung keine Anwendung. Der Antragsteller ist diesen Erläuterungen des Auftraggebers in der mündlichen Verhandlung nicht entgegen getreten.

Wäre beim konkreten Projekt, was wie dargestellt, nicht der Fall ist, tatsächlich die Heranziehung eines Vermessungstechnikers iSd Pkt. 1.5.1.3 der PlaDOK geboten, hätte im Übrigen auch der Antragsteller diesem Gebot nicht entsprochen. Der Antragsteller hätte diesfalls nämlich hierfür weder einen Zivilingenieur für Vermessungswesen noch ein Technisches Büro - Ingenieurbüro gemäß § 94 Z 69 GewO für Vermessungstechnik, sondern einen Architekten als Subunternehmer namhaft gemacht. Wäre beim konkreten Projekt, was wie dargestellt, nicht der Fall ist, tatsächlich die Heranziehung eines Vermessungstechnikers iSd Pkt. 1.5.1.3 der PlaDOK geboten, hätte im Übrigen auch der Antragsteller diesem Gebot nicht entsprochen. Der Antragsteller hätte diesfalls nämlich hierfür weder einen Zivilingenieur für Vermessungswesen noch ein Technisches Büro - Ingenieurbüro gemäß Paragraph 94, Ziffer 69, GewO für Vermessungstechnik, sondern einen Architekten als Subunternehmer namhaft gemacht.

Schlussfolgerung: Das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers wurde vom Auftraggeber zu Recht nicht mangels fehlender Befugnis ausgeschieden.

1. b)Litera b

Zum Vadium des präsuntiven Zuschlagsempfängers:

Pkt. 1.2.14 (Vadium), Teil B 1 (Ausschreibungsgrundlagen) lautet:

Es ist ein Vadium in Höhe gemäß Punkt 1.3.17 entsprechend dem beiliegenden Muster gemeinsam mit dem Angebot zu legen.

Das Vadium muss eine Laufzeit von mindestens 30 Tagen über das Ende der Zuschlagsfrist hinaus aufweisen.

Grundsätzlich sind für den Nachweis des Vadiums ausschließlich Bank-Garantien zugelassen; es können jedoch ausnahmsweise auch Rücklassversicherungen gelegt werden.

Das Fehlen des Vadiumsnachweises stellt im Sinne BVergG 2006 einen unbehebbarer Mangel dar und führt gem. § 129 BVergG zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes. Das Fehlen des Vadiumsnachweises stellt im Sinne BVergG 2006 einen unbehebbarer Mangel dar und führt gem. Paragraph 129, BVergG zur zwingenden Ausscheidung des Angebotes.

Ergänzung zum BVergG 2006:

Das Vadium dient auch als Sicherstellung für allfällige gesetzliche Schadenersatzansprüche des AG für den Fall, dass aus Verschulden des Bieters der Zuschlag aufgrund des Vergabegesetzes nicht möglich ist.

Das der Ausschreibung beiliegende Vadiumsmuster lautet wie folgt:

MUSTER

für Bankgarantie und Rücklassversicherungs-Garantie

Name und Aktenzeichen

des Geldinstitutes / Versicherungsnehmer

An die ASFINAG

vertreten durch die ASFINAG BAU MANAGEMENT GMBH

Rotenturmstraße 5-9

Betrifft: GARANTIEERKLÄRUNG (Haftbrief)

1. Der/Die Firma.....hat

für die ASFINAG mit Angebot vomLeistungen bzw.

Lieferungen betreffend "ÜZ St. Michael im Lungau, Leittechnik und Wartenausstattung" angeboten.

2. Zur Sicherung der Rechtsansprüche, welche der ASFINAG aus oder

im Zusammenhang mit dem o.a. Anbot erwachsen, übernehmen wir

hiermit die Garantie gegenüber der ASFINAG, vertreten durch die

ASFINAG BAU MANAGEMENT GMBH bis zum Höchstbetrag von EUR

.....

(in Worten: EUR

.....).

1. 3.Ziffer 3

Wir verpflichten uns, unwiderruflich jeden im Rahmen dieser Garantie uns genannten Betrag ohne jedwede Einwendung oder Einrede und ohne Prüfung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, über erste Aufforderung binnen 6 Tagen nach Einlangen der von Ihnen ergehenden schriftlichen Aufforderung, zu leisten.

1. 4.Ziffer 4

Der angeforderte Betrag wird unter Ausschluss jeder Barzahlung auf das uns in Ihrer schriftlichen Aufforderung bekannt zu gebende Postscheckkonto bzw. Bankkonto überwiesen.

1. 5.Ziffer 5

Die Garantie gilt als rechtzeitig in Anspruch genommen, wenn die schriftliche Aufforderung spätestens am letzten Tag der Gültigkeit dieses Garantiebriefes zur Versendung gegeben wurde und per Telefax bei uns eingelangt ist. Zur fristgerechten Inanspruchnahme reicht es jedoch auch aus, dass die schriftliche Aufforderung spätestens mit Ablauf des letzten Tages der Gültigkeit der Garantie vorab per Telefax an uns übermittelt wurde, wobei die Auszahlung gem. Pkt.3 erst nach Vorliegen des Original-Inanspruchnahmeschreibens erfolgt. Sollte der Fristablauf nicht auf einen Arbeitstag fallen, so endet die Frist mit Ablauf des folgenden Arbeitstages. Als Arbeitstage gelten alle Tage außer Samstage, Sonntage und gesetzliche Feiertage.

1. 6.Ziffer 6

Für alle aus dieser Erklärung entstehenden Rechtsstreitigkeiten, die nicht Kraft Gesetzes vor einen ausschließenden Gerichtsstand gehören, gelten die sachlich zuständigen Gerichte in Salzburg-Stadt als vereinbart. Es gilt unter Ausschluss der Kollisionsnormen ausschließlich österreichisches Recht. Die Vertragssprache ist Deutsch.

7. Diese Erklärung verliert ihre Gültigkeit am

.....

Wir erachten uns außer Obligo befindlich, falls die Garantie nicht fristgerecht gemäß Punkt 5 dieser Erklärung in Anspruch genommen sein sollte.

8. Diese Garantie erstreckt sich auch auf Ansprüche nach § 20d der Ausgleichsordnung (AO) und §§ 21 und 22 der Konkursordnung (KO).

9. Die ASFINAG stimmt einer Abtretung allfälliger Rückforderungsansprüche des Garantierauftragsgebers, im Zusammenhang mit einer Inanspruchnahme der gegenständlichen Garantie, zu.

.....

(Ort, Datum) (bankmäßige Fertigung)

Die Bestimmungen des § 85 Abs. 2 BVergG lauten: Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, ist in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber als derartiges Mittel die Bankgarantie festzulegen. Sie kann nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden. Die Bestimmungen des Paragraph 85, Absatz 2, BVergG lauten: Wird ein Mittel zur Sicherstellung verlangt, ist in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber als derartiges Mittel die Bankgarantie festzulegen. Sie kann nach Wahl des zur Sicherstellung Verpflichteten durch eine entsprechende Rücklassversicherung oder durch Bargeld oder durch Bareinlagen in entsprechender Höhe ersetzt werden.

Der Auftraggeber hat den Bieter in der Ausschreibung im Sinne der Regelung des § 85 Abs. 2 BVergG die Möglichkeit eingeräumt, anstelle einer Bankgarantie eine Rücklassversicherung abzuschließen. Der Wahlmöglichkeit des Sicherstellungsmittels durch den Bieter trägt der Auftraggeber in seiner Ausschreibung auch dadurch Rechnung, dass er das den Bieter zur Verwendung vorgegebene - als Ausschreibungsbestandteil bestandsfest gewordene - Mustergarantieformular des Teiles B 1 in gleicher Weise für Bankgarantien und Rücklassversicherungen vorsieht. Der Auftraggeber hat den Bieter in der Ausschreibung im Sinne der Regelung des Paragraph 85, Absatz 2, BVergG die Möglichkeit eingeräumt, anstelle einer Bankgarantie eine Rücklassversicherung abzuschließen. Der Wahlmöglichkeit des Sicherstellungsmittels durch den Bieter trägt der Auftraggeber in seiner Ausschreibung auch dadurch Rechnung, dass er das den Bieter zur Verwendung vorgegebene - als Ausschreibungsbestandteil bestandsfest gewordene - Mustergarantieformular des Teiles B 1 in gleicher Weise für Bankgarantien und Rücklassversicherungen vorsieht.

Die Rücklassversicherung ist ein Versicherungsdokument, das dem Verwendungszweck nach einer Bankgarantie vergleichbar ist. Versicherter ist der Auftraggeber, der Auftragnehmer ist Versicherungsnehmer (vgl. Pachner in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 63 Rz 25). Der Versicherungsnehmer bleibt als Vertragspartner alleiniger Prämienschuldner, die Rechte aus dem Versicherungsvertrag stehen aber dem Versicherten zu (vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² II (2001) [134]). Die Rücklassversicherung ist ein Versicherungsdokument, das dem Verwendungszweck nach einer Bankgarantie vergleichbar ist. Versicherter ist der Auftraggeber, der Auftragnehmer ist Versicherungsnehmer vergleiche Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 63, Rz 25). Der Versicherungsnehmer bleibt als Vertragspartner alleiniger Prämienschuldner, die Rechte aus dem Versicherungsvertrag stehen aber dem Versicherten zu vergleiche Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² römisch zwei (2001) [134]).

Der präsuntive Zuschlagsempfänger hat von der Möglichkeit, die Bankgarantie durch eine Rücklassversicherung zu ersetzen, Gebrauch gemacht und mit der Zürich Versicherung AG (Deutschland) am 31.3.2008 eine Rücklassversicherung zu Gunsten des Auftraggebers abgeschlossen.

Der Charakter einer Rücklassversicherung der vom präsuntiven Zuschlagsempfänger beigebrachten Sicherstellung ist auch daraus ableitbar, dass der Auftraggeber mit der verlangten Sicherstellung, seiner ausdrücklichen Festlegung in der Ausschreibung zur Folge, nicht bloß den Sicherungszweck eines Vadiums (siehe § 2 Z 32 lit a BVergG), sondern darüber hinaus gleichzeitig den Sicherungszweck eines Haftungsrücklasses anstrebt. Unter Pkt. 1.2.14 Vadium, Teil B 1 der Ausschreibung lautet es nämlich: Ergänzung zum BVergG 2006: Das Vadium dient auch als Sicherstellung für allfällige gesetzliche Schadenersatzansprüche des AG für den Fall, dass aus Verschulden des Bieters der Zuschlag aufgrund des Vergabegesetzes nicht möglich ist. (Vgl. die Legaldefinition des Haftungsrücklasses in § 2 Z 32 lit d BVergG 2006, wonach ein Haftungsrücklass eine Sicherstellung für den Fall ist, dass der Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes obliegenden Pflichten nicht erfüllt). Der Charakter einer Rücklassversicherung der vom präsuntiven Zuschlagsempfänger beigebrachten Sicherstellung ist auch daraus ableitbar, dass der Auftraggeber mit der verlangten Sicherstellung, seiner ausdrücklichen Festlegung in der Ausschreibung zur Folge, nicht bloß den Sicherungszweck eines Vadiums (siehe Paragraph 2, Ziffer 32, Litera a, BVergG), sondern darüber hinaus gleichzeitig den Sicherungszweck eines Haftungsrücklasses anstrebt. Unter Pkt. 1.2.14 Vadium, Teil B 1 der Ausschreibung lautet es nämlich: Ergänzung zum BVergG 2006: Das Vadium dient auch als Sicherstellung für allfällige gesetzliche Schadenersatzansprüche des AG für den Fall, dass aus Verschulden des Bieters der Zuschlag aufgrund des Vergabegesetzes nicht möglich ist. (Vgl. die Legaldefinition des Haftungsrücklasses in Paragraph 2, Ziffer 32, Litera d, BVergG 2006, wonach ein Haftungsrücklass eine Sicherstellung für den Fall ist, dass der Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes obliegenden Pflichten nicht erfüllt).

Hinzuweisen ist auch auf § 85 Abs. 1 BVergG, wonach Arten der Sicherstellung das Vadium, die Kautio, der Deckungsrücklass und der Haftungsrücklass sind. Der Gesetzgeber differenziert sohin grundsätzlich zwischen den einzelnen Sicherstellungsarten. Die vom Auftraggeber konkret gewünschte Sicherstellung soll allerdings sowohl den Sicherungszweck eines Vadiums als auch den Sicherungszweck eines Haftungsrücklasses in sich vereinen. Angesichts dessen ist auch der Inhalt des Schreibens der "Styria West, die Haftpflichtspezialisten" vom 30.6.2008 an den präsuntiven Zuschlagsempfänger plausibel, worin diese bestätigt, dass es sich bei der von der Zürich Versicherung AG (Deutschland) konkret ausgestellten Absicherung um eine formal abstrakte Garantie handelt, wie sie im Rahmen einer in Österreich üblichen Haftrücklassversicherung ausgestellt wird. Hinzuweisen ist auch auf Paragraph 85, Absatz eins, BVergG, wonach Arten der Sicherstellung das Vadium, die Kautio, der Deckungsrücklass und der Haftungsrücklass sind. Der Gesetzgeber differenziert sohin grundsätzlich zwischen den einzelnen Sicherstellungsarten. Die vom Auftraggeber konkret gewünschte Sicherstellung soll allerdings sowohl den Sicherungszweck eines Vadiums als auch den Sicherungszweck eines Haftungsrücklasses in sich vereinen. Angesichts dessen ist auch der Inhalt des Schreibens der "Styria West, die Haftpflichtspezialisten" vom 30.6.2008 an den präsuntiven Zuschlagsempfänger plausibel, worin diese bestätigt, dass es sich bei der von der Zürich Versicherung AG (Deutschland) konkret ausgestellten Absicherung um eine formal abstrakte Garantie handelt, wie sie im Rahmen einer in Österreich üblichen Haftrücklassversicherung ausgestellt wird.

Hiezu ist anzumerken, dass es sich bei der Styria West, wie deren Homepage (www.styriawest.at) zu entnehmen ist, um einen auf die betriebliche Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherung für Kunden aus Bauwirtschaft und Industrie spezialisierten Versicherungsmakler handelt, der sich seit 2005 mit der Entwicklung einer (kostengünstigeren) Versicherungsalternative zur bisher hauptsächlich zur Absicherung eingesetzten Bankgarantie befasst hat. Für die

Baunebengewerbe wurde 2006 die Generali Versicherung AG als Versicherer gewonnen und zwischen der Wirtschaftskammer Österreich (bzw. den einzelnen Bundesinnungen der Baunebengewerbe) und der Generali Versicherung AG eine Rahmenversicherungsvereinbarung abgeschlossen, auf deren Grundlage Einzelversicherungsverträge zwischen den Mitgliedern der Bundesinnungen und der Generali Versicherung AG abgeschlossen werden. Das auf die Homepage der Styria West gestellte Formular für die Ausstellung einer Sicherstellungsurkunde/Haftungsrücklass durch die Generali Versicherung AG ist im Wesentlichen dem der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung beigefügten Musterformular für Bank- und Rücklassversicherungsgarantien gleich gestaltet. Insbesondere hinsichtlich der Inanspruchnahme der Garantie wird in dem von der Generali Versicherung AG verwendeten Formular eine dem Pkt. 5 des Musterformulars der Ausschreibung vergleichbare Regelung getroffen; nämlich, dass hiezu - wie auch nach der verfahrensgegenständlichen Mustergarantie - grundsätzlich die schriftliche Aufforderung mittels Telefax am letzten Tag der Frist ausreichend ist, während das Originalschriftstück erst innerhalb weiterer drei Tage beim Versicherer einlangen muss.

Die Leistungen aus einer Rücklassversicherung können - wie der Antragsteller in seinem Nachprüfungsantrag unter Pkt. 5.1.3 selbst einräumt - grundsätzlich ohne Vorlage eines schriftlichen Originaldokumentes in Anspruch genommen werden. Dies hat die Zürich Versicherung AG (Deutschland), Direktion Frankfurt, die die gegenständliche Versicherungsurkunde ausgestellt hat, unter Bezugnahme auf die konkrete Versicherungsurkunde dem Zuschlagsempfänger mit Schreiben vom 10.7.2008 sogar ausdrücklich bestätigt. In diesem Schreiben lautet es: Wir bestätigen, dass unsere am 31.3.2008 erstellte Urkunde Nr. 704.003.073.324 vom Begünstigten (ASFINAG, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH....) auch unter Verwendung der Faxe vom Original (siehe beiliegendes Faxdokument vom 31.3.2008; Zeitpunkt der Übermittlung: 14.00/15.00 Uhr) ohne jede Einschränkung in Anspruch genommen werden kann. Diese Faxe ist einer Originalurkunde gleichzusetzen.

Auch die dem Schriftsatz des Antragstellers vom 18.7.2008 als Beilagen angeschlossenen E-Mails der Zürich Versicherung AG (Deutschland) vom 4.7.2008 (Beilage 17) und vom 14.7.2008 (Beilage 18) vermögen die gegenteilige Auffassung, dass aufgrund einer - zunächst - in Kopie vorgelegten Urkunde keine Ansprüche erhoben werden können, nicht zu begründen. Das E-Mail der Zürich Versicherung AG (Deutschland) an den Antragsteller vom 4.7.2008, worin diese neben sonstigen allgemeinen Auskünften über Absicherungen bzw. Garantien mitteilt, dass die Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft, Garantie, Vadium etc. zumindest nach deutschem Recht nur dann erfolgen könne, wenn der Bürgschaftsbenefiziar auch das Original habe, ist nämlich bloß als allgemeine, von der konkret zu beurteilenden Garantie losgelöste, Information zu qualifizieren. In dem oben erwähnten Telefax der Zürich Versicherung AG (Deutschland) an den präsumtiven Zuschlagsempfänger vom 10.7.2008, bezieht diese demgegenüber ganz spezifisch und ausdrücklich zur konkret ausgestellten Versicherungsurkunde Stellung. Darin bestätigt die Zürich Versicherung AG (Deutschland) nämlich dezidiert und zweifelsfrei, dass die von ihr erstellte Urkunde auch unter Verwendung einer Faxe des Originals ohne jede Einschränkung in Anspruch genommen werden kann und die Faxe einer Originalurkunde gleichzusetzen ist.

Abgesehen davon, geht die Zürich Versicherung AG (Deutschland) in ihrem E-Mail an den Antragsteller vom 4.7.2008 auch auf die konkrete Ausschreibung ein. So hält sie - und dies erst nach den oben erwähnten allgemeinen Ausführungen - fest, dass die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen zum Punkt, ob die Vorlage einer Kopie der Urkunde ausreiche, sofern das Original nachgereicht würde, nicht eindeutig seien.

Im Übrigen weist die Zürich Versicherung AG (Deutschland) - in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Bundesvergabebeamten - darauf hin, dass die Ausschreibung in Pkt. 1.2.14, Teil B 1, zwischen Bankgarantie, Vadium und Rücklassversicherungsgarantie keinen Unterschied mache und auch Rücklassversicherungen gelegt werden könnten. Dazu hält die Zürich Versicherung AG (Deutschland) in ihrem E-Mail an den Antragsteller vom 14.7.2008 ergänzend fest, dass - wie auch vom Bundesvergabebeamten festgestellt wurde - der laut Ausschreibung zu verwendende Mustertext inhaltlich nicht zwischen Bankgarantie und Rücklassversicherungsgarantie unterscheide.

Dass es letztlich aber ohnehin nicht auf die Qualifikation der Absicherung als Bankgarantie oder Versicherungsvertrag ankommen kann, ergibt sich schließlich aus den Ausschreibungsbestimmungen selbst. So hat der Auftraggeber in Pkt. 5 seines bestandsfest gewordenen, in gleicher Weise für Bankgarantien und Rücklassversicherungen heranzuziehenden Mustergarantieformulars, explizit festgelegt, dass es zur Inanspruchnahme der Garantie der Vorlage der Originalurkunde nicht bedarf. Pkt. 5.2, 2. Satz lautet: Zur fristgerechten Inanspruchnahme reicht es jedoch aus, dass die schriftliche Aufforderung spätestens mit Ablauf des letzten Tages der Gültigkeit der Garantie vorab per

Telefax übermittelt wurde, wobei die Auszahlung gemäß Pkt. 3 erst nach Vorliegen des Original-Inanspruchnahmeschreibens erfolgt.

Zur Inanspruchnahme der Garantie genügt demnach die fristgerechte schriftliche Aufforderung an die garantierende Versicherung durch den Begünstigten, lediglich die faktische Auszahlung ist an das Vorliegen des Original-Inanspruchnahmeschreibens gebunden.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat sich bei der Beibringung seiner Absicherung exakt an den vom Auftraggeber vorgegebenen, mangels Anfechtung bestandsfest gewordenen, Mustergarantietext gehalten. Die garantierende Zürich Versicherung AG (Deutschland) hat das Sicherstellungsdokument am 31.3.2008 im Original unterschrieben und dieses dem Versicherungsnehmer am selben Tag vorab per Telefax und sodann im Original auf dem Postweg (Erhalt am 2.4.2008) zugestellt.

Der Antragsteller bringt nun vor, dass vor Zugang des Originaldokumentes an den Auftraggeber eine Bindung der Zürich Versicherung AG (Deutschland) nicht bestehe. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Durch die Unterfertigung der an den Auftraggeber adressierten Garantieerklärung hat die Zürich Versicherung AG unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie im Falle des Eintritts des Versicherungs- bzw Garantiefalles dem Auftraggeber gegenüber gebunden sein möchte. Und zwar so, wie im Pkt. 5 der Garantie vorgesehen ist und sie mit ihrer Unterfertigung anerkannt hat, bereits auf rechtzeitige schriftliche Aufforderung durch den Auftraggeber, ohne dass gleichzeitig damit die Originalurkunde vorgelegt werden müsste. An ihrem Bindungswillen hat die Zürich Versicherung AG (Deutschland) sohin keinen Zweifel gelassen. Mit Unterfertigung des vom Auftraggeber vorgegebenen Garantietextes hat sie gemäß Pkt. 7 ihrer Garantie darüber hinaus kundgetan, dass sie sich (nur dann) als außer Obligo befindlich erachtet, falls die Garantie nicht fristgerecht gemäß Pkt. 5 in Anspruch genommen sein sollte.

Zu den wesentlichen, dem Angebot bei sonstigem Ausscheiden beizufügenden Unterlagen des Pkt. 8.3.1, Teil B 8 der Ausschreibung, zählt ua. der Vadiumsnachweis gemäß Teil B 1 (siehe Pkt. B 8.3.1.2, Teil B 8 der Erklärung des Bieters; vgl. auch § 108 Abs. 1 Z 3 BVergG, wonach ein Angebot den Nachweis zu enthalten hat, dass ein allenfalls gefordertes Vadium erlegt wurde). Zu den wesentlichen, dem Angebot bei sonstigem Ausscheiden beizufügenden Unterlagen des Pkt. 8.3.1, Teil B 8 der Ausschreibung, zählt ua. der Vadiumsnachweis gemäß Teil B 1 (siehe Pkt. B 8.3.1.2, Teil B 8 der Erklärung des Bieters; vergleiche auch Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, wonach ein Angebot den Nachweis zu enthalten hat, dass ein allenfalls gefordertes Vadium erlegt wurde).

Dass der Nachweis des Vadiums dem Angebot als Original beigelegt werden müsste, wird allerdings weder in der Ausschreibung noch im Gesetz gefordert. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat das verlangte Vadium nachweislich erlegt und den Nachweis des Erlages des Vadiums durch die seinem abgegebenen Angebot angeschlossene Telefaxkopie des Versicherungsdokumentes ausschreibungs- und gesetzeskonform beigebracht. Hinzu kommt, dass der Auftraggeber mit Beginn des mittels Vadiums zu besichernden Zeitraumes (das ist der Beginn der Zuschlagsfrist am 3.4.2008), wie er in der mündlichen Verhandlung nochmals bestätigt hat und mit den Unterlagen des Vergabeaktes übereinstimmt, ohnedies auch im Besitz des Originals der Sicherstellungsurkunde war.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuscheiden, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt (vgl. § 86, 2. Satz BVergG, wonach vorzuschreiben ist, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebaren Mangel darstellt sowie die korrespondierende, in Pkt. 1.2.14, Teil B 1 aufgenommene Ausschreibungsbestimmung). Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuscheiden, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt (vergleiche Paragraph 86, 2. Satz BVergG, wonach vorzuschreiben ist, dass dem Angebot der Nachweis über den Erlag eines Vadiums beizulegen ist und das Fehlen eines solchen Nachweises einen unbehebaren Mangel darstellt sowie die korrespondierende, in Pkt. 1.2.14, Teil B 1 aufgenommene Ausschreibungsbestimmung).

Der Gesetzgeber knüpft die Rechtsfolge des Ausscheidens eines Angebotes explizit an das Fehlen des Vadiumsnachweises. Von einem fehlenden Vadiumsnachweis iSd § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG, der das Ausscheiden des Angebotes nach sich ziehen würde, kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat das Vadium in der erforderlichen Höhe tatsächlich erlegt und dies bei Angebotsöffnung durch

Vorlage einer Faxkopie des Versicherungsdokumentes nachgewiesen. Der Gesetzgeber knüpft die Rechtsfolge des Ausscheidens eines Angebotes explizit an das Fehlen des Vadiumsnachweises. Von einem fehlenden Vadiumsnachweis iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, der das Ausscheiden des Angebotes nach sich ziehen würde, kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hat das Vadium in der erforderlichen Höhe tatsächlich erlegt und dies bei Angebotsöffnung durch Vorlage einer Faxkopie des Versicherungsdokumentes nachgewiesen.

Angesichts der bloß an das Fehlen des Vadiumsnachweises geknüpften Ausscheidenssanktion des § 129 Abs. 1 Z 5 BVergG zum Einen, und im Hinblick darauf, dass weder Gesetz noch Ausschreibung einen Vadiumsnachweis mittels Originaldokumentes verlangen, zum Anderen, sind Mängel betreffend ein - wie hier tatsächlich gelegtes und auch bei Angebotsöffnung nachgewiesenes Vadium - nach der vom VwGH entwickelten Judikatur zur Abgrenzung von behebbaren und unbehebbaeren Mängeln (vgl. VwGH vom 25.2.2004, Zl. 2003/04/0186) zu beurteilen (vgl. BVA 31.1.2008; N/0107-BVA/14/2007-60). Durch die Nachreichung des Originaldokumentes über eine zum erforderlichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung erlegte und bei Angebotslegung mittels Kopie des Versicherungsdokumentes nachgewiesene Sicherstellung, kann ein Bieter seine Wettbewerbstellung in keiner - auch nicht mittelbarer Weise - verbessern. Sofern das Fehlen des Originaldokumentes im Zeitpunkt der Angebotsöffnung einen Mangel darstellt, handelt es sich daher um einen behebbaren Mangel, der überdies mit Vorliegen des Originalversicherungsdokumentes beim Auftraggeber mit Beginn der Zuschlagsfrist am 3.4.2008, sohin mit Beginn des mittels Vadiums iSd § 2 Z 32 lit. a BVergG zu besichernden Zeitraumes, behoben war. Angesichts der bloß an das Fehlen des Vadiumsnachweises geknüpften Ausscheidenssanktion des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zum Einen, und im Hinblick darauf, dass weder Gesetz noch Ausschreibung einen Vadiumsnachweis mittels Originaldokumentes verlangen, zum Anderen, sind Mängel betreffend ein - wie hier tatsächlich gelegtes und auch bei Angebotsöffnung nachgewiesenes Vadium - nach der vom VwGH entwickelten Judikatur zur Abgrenzung von behebbaren und unbehebbaeren Mängeln vergleiche VwGH vom 25.2.2004, Zl. 2003/04/0186) zu beurteilen vergleiche BVA 31.1.2008; N/0107-BVA/14/2007-60). Durch die Nachreichung des Originaldokumentes über eine zum erforderlichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung erlegte und bei Angebotslegung mittels Kopie des Versicherungsdokumentes nachgewiesene Sicherstellung, kann ein Bieter seine Wettbewerbstellung in keiner - auch nicht mittelbarer Weise - verbessern. Sofern das Fehlen des Originaldokumentes im Zeitpunkt der Angebotsöffnung einen Mangel darstellt, handelt es sich daher um einen behebbaren Mangel, der überdies mit Vorliegen des Originalversicherungsdokumentes beim Auftraggeber mit Beginn der Zuschlagsfrist am 3.4.2008, sohin mit Beginn des mittels Vadiums iSd Paragraph 2, Ziffer 32, Litera a, BVergG zu besichernden Zeitraumes, behoben war.

Schlussfolgerung: Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wurde vom Auftraggeber daher auch aus diesem Grunde zu Recht nicht ausgeschieden.

Zu Spruchpunkt II:

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

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

Der Antragsteller hat mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen (siehe Spruchpunkt I). Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen. Der Antragsteller hat mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde

abgewiesen (siehe Spruchpunkt römisch eins). Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

26.11.2008

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