

TE Verg Bescheid 2006/9/8 N/0070-BVA/05/2006-24

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.09.2006

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitbb BVergG 2006 §2 Z12 BVergG 2006 §2 Z36
BVergG 2006 §6 BVergG 2006 §12 Abs1 Z2 BVergG 2006 §291 Abs2 BVergG
2006 §312 Abs1 BVergG 2006 §312 Abs2 Z2 BVergG 2006 §319 Abs1 BVergG
2006 §319 Abs3 BVergG 2006 §320 Abs1 Z2 BVergG 2006 §321 Abs1 Z7

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Reinigungsdienstleistung AMS", des Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien, vertreten durch X***, entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der "Bewerbergemeinschaft 1. A***, 2. B***, vertreten durch A***, diese vertreten durch Y***, vom 14. August 2006 auf Nichtigerklärung

"der unter Punkt 2.3 (des Nachprüfungsantrages) bezeichneten und

angefochtenen Entscheidung der Antragsgegnerin, welche der Antragstellerin per Fax vom 31. Juli 2006 mitgeteilt wurde",

wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit. a sublit. bb, 312, Abs. 2 Z 2 und 320 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 BGBl. I Nr. 17/2006 (im Weiteren: BVergG) Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b,, 312, Absatz 2, Ziffer 2 und 320 Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, (im

Weiteren: BVergG)

Il.römisch zwei.

Der im Schriftsatz der Antragstellerin vom 24. August 2006 gestellte Antrag auf Verpflichtung des Auftraggebers, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr zu Handen ihrer Rechtsvertretung zu ersetzen, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs. 1 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins und 3 BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 14. August 2006 beantragte die "Bewerbergemeinschaft 1. A***, 2. B***, vertreten durch A***, (im Weiteren: Antragstellerin) diese vertreten durch Y***,

"das Bundesvergabeamt möge die unter Punkt 2.3 bezeichnete und

angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin, welche der Antragstellerin per Fax vom 31. Juli 2006 mitgeteilt wurde, für nichtig erklären"

sowie auf Verpflichtung der Antragsgegnerin, der Antragstellerin die für den Antrag "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung" entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zuhanden der Rechtsvertreterin der Antragstellerin zu ersetzen. Als Antragsgegnerin wurde dabei das Arbeitsmarktservice Österreich, Treustraße 35-43, 1200 Wien (im Weiteren: Auftraggeber) bezeichnet. Unter Punkt 2.3 des Nachprüfungsantrages wird die angefochtene Entscheidung als "Ausscheidensentscheidung der Antragsgegnerin, welche der Antragstellerin per Fax vom 31. Juli 2006 mitgeteilt wurde, als gesondert anfechtbare Entscheidung

gem. § 2 Z 16 lit a) sublit bb) BVergG 2006", bezeichnet. Dazu wurde von der Antragstellerin in Schriftsätzen vom 14., 24. und 28. August 2006 sowie vom 4. September 2006 und in der mündlichen Verhandlung am 29. August 2006 - sofern verfahrensrelevant - im Wesentlichen zusammengefasst Folgendes vorgebracht: gem. Paragraph 2, Ziffer 16, lit a) Sub-Litera, b, b,) BVergG 2006", bezeichnet. Dazu wurde von der Antragstellerin in Schriftsätzen vom 14., 24. und 28. August 2006 sowie vom 4. September 2006 und in der mündlichen Verhandlung am 29. August 2006 - sofern verfahrensrelevant - im Wesentlichen zusammengefasst Folgendes vorgebracht:

Der Auftraggeber habe im nicht offenen Verfahren Reinigungsdienstleistungen ausgeschrieben. Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben. Mit Schreiben vom 24. Juli 2006 sei ihr die Möglichkeit zur Nachreichung von Unterlagen bzw. Aufklärung eingeräumt worden, wobei ihr eine Frist bis 31. Juli 2006, 12.00 Uhr gestellt worden wäre. Da diese Aufforderung unklar gewesen wäre, sei mit C***, die im Vergabeverfahren als vergebende Stelle agiert, am 28. Juli 2006 telefonisch Kontakt aufgenommen worden. Dabei sei Herrn D*** (Mitarbeiter der A*** nach Hinweis auf die im Teilnahmeantrag enthaltene Aufgabenteilung (80 % sollten von A*** erbracht werden und 20 % sollten von der B*** erbracht werden) von Herrn F*** von der vergebenden Stelle mitgeteilt worden, dass man den Teilnahmeantrag nur so verstehen könnte, dass A*** der Bewerber und B*** der Subunternehmer der A*** sei. Dieser "Empfehlung" der vergebenden Stelle folgend sei in Beantwortung der Aufforderung zur Vorlage weiterer Unterlagen bzw. zur Aufklärung - um im weiteren Verfahren nicht "ausgeschieden" zu werden - in einem Schreiben vom 28. Juli 2006 an die vergebende Stelle Folgendes mitgeteilt worden:

"Wie am 28.07.2006 telefonisch mit ihrem Herrn F*** vereinbart hier die gewünschten Ausführungen:

Die B*** wurde im Teilnahmeantrag sowohl als Mitglied der Bewerbergemeinschaft als auch als Sub-Unternehmer angeführt. Wir teilen ihnen mit, dass die Firma B*** nur als Sub-Unternehmer auftritt."

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens wurde von der Antragstellerin weiter vorgebracht, dass die Subunternehmererklärung (Formblatt 4) irrtümlich ausgefüllt worden wäre. Formblatt 5 (wird mit "Erklärung des Subunternehmers" überschrieben) sei ebenfalls irrtümlich ausgefüllt worden. Die Subunternehmererklärung sei mit der "ARGE-Erklärung" verwechselt worden. Der Antragstellerin sei nicht klar gewesen, dass durch die oben angeführte Mitteilung vom 28. Juli 2006 an die vergebende Stelle die Bewerbergemeinschaft zwischen A*** und B*** nicht "mehr" bestehe.

Die Antragstellerin habe mit der Abgabe ihres Teilnahmeantrages ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet.

Sofern der Auftraggeber hinweise, dass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen wäre, da die Antragstellerin keinen Teilnahmeantrag abgegeben hätte, ein solcher lediglich nur von der A*** vorliege, sei dem Folgendes entgegen zu halten:

Eine Bewerbergemeinschaft sei keine juristische Person sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der keine eigene Rechtspersönlichkeit zukomme. Der Nachprüfungsantrag sei deswegen so zu verstehen, dass er von zwei Parteien, der A*** und der B*** eingebracht worden sei. Zudem hätte die Antragstellervertretung weniger als eine Stunde Zeit gehabt, den Nachprüfungsantrag vorzubereiten und einzubringen. Es wäre daher im Nachprüfungsantrag von den Angaben im Teilnahmeantrag ausgegangen worden. Zudem sei von der 1. Antragstellerin nur auf Ersuchen der Antragsgegnerin bzw. über eine telefonisch erfolgte Empfehlung der vergebenden Stelle mitgeteilt worden, dass B*** nur als Subunternehmer auftrete. Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes betreffend Bietergemeinschaften sei klar, im gegenständlichen Falle liege jedoch keine Bieter- sondern eine Bewerbergemeinschaft vor. Die Antragslegitimation könne im konkreten Fall nicht in Zweifel gezogen werden. Es sei viel mehr zu klären, ob "die Ausscheidensentscheidung" nicht auch deswegen rechtswidrig sei, weil sie nur gegenüber der 1. Antragstellerin (A***) abgegeben worden wäre. Der Teilnahmeantrag sei aber von der Bewerbergemeinschaft gestellt worden. Es stelle sich auch die Frage, ob es zulässig sei, von der 1. Antragstellerin eine Erklärung hinsichtlich des Vorliegens eines Subunternehmerverhältnisses zu verlangen und in weiterer Folge nur die 1. Antragstellerin dann nicht mehr zur Angebotslegung einzuladen. Jedenfalls wären durch die angefochtene Entscheidung sowohl A*** als auch B*** nachteilig betroffen. Dass ein Unternehmer durch die angefochtene Entscheidung lediglich indirekt betroffen sei, nämlich dadurch, dass er seine potentielle Subunternehmereigenschaft verliere, wenn sein potentieller Vertragspartner nicht zur Angebotslegung eingeladen werde, vermöge auf der Grundlage des BVergG die Antragslegitimation der betroffenen Unternehmer nicht in Frage zu stellen. Sollte sich herausstellen, dass die Erklärung der 1. Antragstellerin rechtmäßigerweise (ohne Beeinträchtigung deren Rechtsposition im Vergabeverfahren) abgegeben hätte werden können und folglich die Bewerbergemeinschaft rechtmäßigerweise weg falle, so ändere dies folglich nichts an der Antragslegitimation. Es liege diesfalls vielmehr an der 2. Antragstellerin zu entscheiden, ob sie ihren Nachprüfungsantrag aufrecht halte.

Die Frage, ob eine Bewerbergemeinschaft vorliege oder nicht, sei für die Frage der Antragslegitimation unbeachtlich, da der Nachprüfungsantrag von zwei Unternehmern gestellt worden wäre, denen gemäß § 320 BVergG Antragslegitimation zukomme, da beide ein Interesse an einem Vertragsabschluss hätten und auch bei beiden Unternehmern ein möglicher Schadenseintritt drohe. Aus der Judikatur des VwGH zu 2004/03/015 und 2004/04/0134 sei zu entnehmen, dass die einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft nicht antragslegitimiert wären. Bei einer Bewerbergemeinschaft sei die Situation jedoch anders zu beurteilen. Ein Interesse am Vertragsabschluss komme jedem Unternehmen zu, der in der Lage sei, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erfüllen, sei es als Mitglied einer nachfolgenden Bietergemeinschaft oder uU auch als Subunternehmer. Ein Interesse komme jedenfalls jedem Unternehmer zu, der eine Bewerbererklärung abgegeben habe. Dies gelte auch für die Möglichkeit eines Schadenseintrittes. Die Frage der Antragslegitimation stelle sich rechtmäßigerweise uU lediglich im umgekehrten Fall, nämlich dann, wenn nicht alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft uU aber auch einer Bewerbergemeinschaft einen Nachprüfungsantrag eingebracht hätten. Zudem sei die Bietergemeinschaft im BVergG in § 2 Z 14 verankert, was für die Bewerbergemeinschaft nicht gelte. Die Frage, ob eine Bewerbergemeinschaft vorliege oder nicht, sei für die Frage der Antragslegitimation unbeachtlich, da der Nachprüfungsantrag von zwei Unternehmern gestellt worden wäre, denen gemäß Paragraph 320, BVergG Antragslegitimation zukomme, da beide ein Interesse an einem Vertragsabschluss hätten und auch bei beiden Unternehmern ein möglicher Schadenseintritt drohe. Aus der Judikatur des VwGH zu 2004/03/015 und 2004/04/0134 sei zu entnehmen, dass die einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft nicht antragslegitimiert wären. Bei einer Bewerbergemeinschaft sei die Situation jedoch anders zu beurteilen. Ein Interesse am Vertragsabschluss komme jedem Unternehmen zu, der in der Lage sei, die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erfüllen, sei es als Mitglied einer nachfolgenden Bietergemeinschaft oder uU auch als Subunternehmer. Ein Interesse komme jedenfalls jedem Unternehmer zu, der eine Bewerbererklärung abgegeben habe. Dies gelte auch für die Möglichkeit eines Schadenseintrittes. Die Frage der Antragslegitimation stelle sich rechtmäßigerweise uU lediglich im umgekehrten Fall, nämlich dann, wenn nicht alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft uU aber auch einer Bewerbergemeinschaft einen Nachprüfungsantrag eingebracht hätten. Zudem sei die Bietergemeinschaft im BVergG in Paragraph 2, Ziffer 14, verankert, was für die Bewerbergemeinschaft nicht gelte.

Dass der Teilnahmeantrag von einer Bewerbergemeinschaft abgegeben worden sei, könne eindeutig aus dem Vergabeakt entnommen werden. Er sei sowohl von A*** als auch B*** unterfertigt worden. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass ein Formblatt als inkonsistent angesehen werden könnte. Vorrangig gelte das Formblatt 1, dem vom Auftraggeber im Punkt B.9 der Teilnahmeantragsunterlage vorrangige Bedeutung zugemessen werde. Die Klarstellung, ob jemand Vertragspartner des Auftraggebers sein möchte oder nicht sei praxisfremd und vermöge die Vorgangsweise der vergebenden Stelle nicht zu rechtfertigen. Wer Vertragspartner des Auftraggebers sein möchte oder nicht, stelle sich spätestens bei der Angebotsabgabe heraus. Eine Notwendigkeit zur Klarstellung hätte nicht bestanden. Viel mehr sei dies als einseitiger Eingriff der vergebenden Stelle in den Wettbewerb zu betrachten, indem sie von A*** eine Erklärung verlangt habe, die diese rechtmäßiger Weise gar nicht abgeben hätte können und dürfen, ohne nicht zugleich auch in die Rechtsposition der B*** einzugreifen.

Das Ausfüllen der Formblätter 4 und 5 führe zu keiner beachtlichen - iSe vergaberechtswidrigen - Unklarheit des Teilnahmeantrages. Zudem sei die Nennung eines Unternehmens als Mitglied einer Bewerbergemeinschaft und zugleich als Subunternehmer nicht vergaberechtswidrig und könne daher bei der Beurteilung des Teilnahmeantrages keine Rolle spielen. Seitens der vergebenden Stelle habe auch kein Zweifel bestanden, dass es sich um einen Teilnahmeantrag handle, der von zwei Unternehmern - somit von einer Bewerbergemeinschaft - abgegeben worden wäre. Das könne aus der Adressierung des Verbesserungsauftrages vom 24. Juli als auch aus dem Schreiben vom 20. Juli 2006 entnommen werden. Zudem wären die entsprechenden Nachweise auch von beiden Unternehmen vorzulegen gewesen. Die A*** könne nicht in die Rechtsposition der B*** eingreifen. Die vergebende Stelle hätte daher B*** um entsprechende Aufklärung ersuchen müssen.

Im Schriftsatz vom 24. August 2006 änderte die Antragstellerin ihren Pauschalkostenersatzantrag wie im Spruchpunkt II dieses Bescheides wiedergegeben. Im Schriftsatz vom 24. August 2006 änderte die Antragstellerin ihren Pauschalkostenersatzantrag wie im Spruchpunkt römisch zwei dieses Bescheides wiedergegeben.

Der Auftraggeber legte am 21. August 2006 die Originalunterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens vor und führte in einer Stellungnahme vom 21. August 2006 sowie in der mündlichen Verhandlung am 29. August 2006 - sofern verfahrensrelevant - im Wesentlichen zusammengefasst Folgendes aus:

Aus dem Nachprüfungsantrag vom 14. August 2006 ergebe sich dass die Antragstellerin die Bewerbergemeinschaft, bestehend aus A*** und B*** sei. Wie sich aus dem Schreiben der A*** vom 28. Juli 2006, der vergebenden Stelle am 31. Juli 2006 zugestellt, ergebe, beteilige sich an gegenständlichem Vergabeverfahren als Bewerber einzig und allein die A***. Da die Bewerbergemeinschaft 1. A***,

1. 2.Ziffer 2

B*** sich nicht am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Teilnahmeantrags beteiligt habe, fehle der Bewerbergemeinschaft gem. § 20 Abs. 2 iVm § 320 Abs.1 BVergG die entsprechende Antragslegitimation. Daran vermöge auch nichts zu ändern, dass A*** als Vertreterin der Bewerbergemeinschaft benannt worden sei. Somit könne der im Nachprüfungsantrag bezeichnete Schaden der Antragstellerin nicht vorliegen; der Bewerbergemeinschaft als Antragstellerin könne mangels Abgabe eines Teilnahmeantrages kein Schaden entstehen. Die Anträge der Bewerbergemeinschaft 1. A***, B*** sich nicht am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Teilnahmeantrags beteiligt habe, fehle der Bewerbergemeinschaft gem. Paragraph 20, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 320, Absatz eins, BVergG die entsprechende Antragslegitimation. Daran vermöge auch nichts zu ändern, dass A*** als Vertreterin der Bewerbergemeinschaft benannt worden sei. Somit könne der im Nachprüfungsantrag bezeichnete Schaden der Antragstellerin nicht vorliegen; der Bewerbergemeinschaft als Antragstellerin könne mangels Abgabe eines Teilnahmeantrages kein Schaden entstehen. Die Anträge der Bewerbergemeinschaft 1. A***,

2. 2.Ziffer 2

B*** seien daher gem. § 320 Abs. 1 und § 322 BVergG zurückzuweisen. B*** seien daher gem. Paragraph 320, Absatz eins und Paragraph 322, BVergG zurückzuweisen.

Auf der Grundlage der Schriftsätze der Antragstellerin vom 14. August 2006 (OZ 1 = OZ 5), vom 24. August 2006 (OZ 12 = OZ 14), vom 28. August 2006 (OZ 15) und vom 4. September 2006 (OZ 21), des Schriftsatzes des Auftraggebers vom 21. August 2006 (OZ 6), den vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens (OZ 7) sowie dem

Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 29. August 2006 (OZ 18) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat am 6. Juni 2006 die Vergabebekanntmachung zum von ihm selbst als "Reinigungsdienstleistung AMS" bezeichneten Beschaffungsvorgang in Form eines nicht offenen Verfahrens zur Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt. In der Einleitung der Ausschreibungsunterlagen (werden mit "Teilnahmeantrag - Nicht offenes Verfahren - "Reinigungsdienstleistung AMS"" bezeichnet) wird dazu ausgeführt, dass das Arbeitsmarktservice Österreich in ganz Österreich 125 Dienststellen unterhalte. Die zu reinigende Fläche belaufe sich auf ca. 200.000 m² (125 Objekte zwischen 200 und 8000 m²). Ziel der Ausschreibung sei es, einen bundesweit einheitlichen Auftragnehmer zu finden. Gemeinsam mit dieser Ausschreibung würden weitere Dienstleistungen des Gebäudemanagements ausgeschrieben, welche in einem Anhängerverfahren gem. § 30 Abs. 2 Z 5 BVergG seitens des Auftraggebers abgerufen werden könnten. Details hierzu würden im Leistungsverzeichnis der zweiten Stufe des Verfahrens bekannt gegeben werden. In den Ausschreibungsunterlagen ist unter Punkt B.2 festgehalten, dass Bewerber-/Bietergemeinschaften zugelassen sind. Punkt B.3 enthält Bestimmungen betreffend Subunternehmer. Darin ist u.a. ausgeführt, dass, falls sich der Bewerber zum Nachweis seiner eigenen finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Kapazitäten von Subunternehmern stütze, eine Erklärung dieser Subunternehmer beizubringen sei, wonach sie dem Auftraggeber für die gesamte Auftragsdurchführung und aller sich aus der Auftragsdurchführung oder Nichtdurchführung allenfalls ergebenden Gewährleistungs-, Garantie und Schadenersatzansprüchen solidarisch hafteten. Der Auftraggeber hat am 6. Juni 2006 die Vergabebekanntmachung zum von ihm selbst als "Reinigungsdienstleistung AMS" bezeichneten Beschaffungsvorgang in Form eines nicht offenen Verfahrens zur Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union übermittelt. In der Einleitung der Ausschreibungsunterlagen (werden mit "Teilnahmeantrag - Nicht offenes Verfahren - "Reinigungsdienstleistung AMS"" bezeichnet) wird dazu ausgeführt, dass das Arbeitsmarktservice Österreich in ganz Österreich 125 Dienststellen unterhalte. Die zu reinigende Fläche belaufe sich auf ca. 200.000 m² (125 Objekte zwischen 200 und 8000 m²). Ziel der Ausschreibung sei es, einen bundesweit einheitlichen Auftragnehmer zu finden. Gemeinsam mit dieser Ausschreibung würden weitere Dienstleistungen des Gebäudemanagements ausgeschrieben, welche in einem Anhängerverfahren gem. Paragraph 30, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG seitens des Auftraggebers abgerufen werden könnten. Details hierzu würden im Leistungsverzeichnis der zweiten Stufe des Verfahrens bekannt gegeben werden. In den Ausschreibungsunterlagen ist unter Punkt B.2 festgehalten, dass Bewerber-/Bietergemeinschaften zugelassen sind. Punkt B.3 enthält Bestimmungen betreffend Subunternehmer. Darin ist u.a. ausgeführt, dass, falls sich der Bewerber zum Nachweis seiner eigenen finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Kapazitäten von Subunternehmern stütze, eine Erklärung dieser Subunternehmer beizubringen sei, wonach sie dem Auftraggeber für die gesamte Auftragsdurchführung und aller sich aus der Auftragsdurchführung oder Nichtdurchführung allenfalls ergebenden Gewährleistungs-, Garantie und Schadenersatzansprüchen solidarisch hafteten.

In Punkt B.5 der Ausschreibungsunterlagen wird ausgeführt, dass dem Teilnahmeantrag neben Eignungsnachweisen gem. Punkt C die Formblätter, insbesondere das unterfertigte Formblatt 1 beizuschließen sind. In Fettdruck wird hingewiesen, dass, sollte ein Formblatt nicht zutreffen, es dem Teilnahmeantrag durchgestrichen beizulegen sei. Als Ende für die Abgabe eines Teilnahmeantrages wurde unter Punkt B.8 der 7. Juli 2006, 12.00 Uhr festgelegt. Unter Punkt B.9, der mit "Wichtiger Hinweise" übertitelt ist, wird dargelegt, dass fehlerhafte oder unvollständige Teilnahmeanträge auszuschneiden seien, wenn die Mängel nicht behoben werden würden oder nicht behebbar wären. Fehlende Nachweise wären nach Aufforderung durch den Auftraggeber binnen gesetzter Frist nachzureichen. Reiche der Bewerber die Nachweise nicht fristgerecht nach, sei das Angebot zwingend auszuschneiden. Punkt C enthält Hinweise zu Eignungskriterien und deren Nachweisen, Punkt D Bestimmungen zum Auswahlverfahren. Den Ausschreibungsunterlagen sind acht Formblätter angeschlossen:

Formblatt 1: "Teilnahmeantrag", auf dem der Bewerber und allenfalls vorliegend weitere Mitglieder bei einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft sowie ein zustellungsbevollmächtigter Vertreter und Ansprechpartner der Bewerbergemeinschaft anzugeben sind sowie die rechtsverbindliche Unterschrift(en) zu leisten ist bzw. sind.

Formblatt 2: "Erklärung betreffend Arbeitsgemeinschaft" die von allen Mitgliedern einer Bewerbergemeinschaft rechtsverbindlich zu fertigen sind und auf welcher einzutragen ist, wer bevollmächtigt ist die Bewerbergemeinschaft nach außen zu vertreten.

Formblatt 3: "Einlassungserklärung betr. Rückgriff auf konzernverbundene Unternehmen", welche bei Vorliegen eines

derartigen Firmenverhältnisses vom Mutterunternehmen und vom Tochterunternehmen rechtsverbindlich zu fertigen ist.

Formblatt 4: "Subunternehmererklärung", wobei der Bewerber bzw. die Bewerbergemeinschaft anzugeben hat, wie viel er bzw. sie selbst zu erbringen beabsichtigt. Zusätzlich sind die Teile der Gesamtleistung gem. Leistungskalkulation, der handelsrechtliche Firmenwortlaut und Sitz des Subunternehmers sowie eine Ansprechperson, der %-Anteil an der Subunternehmerleistung, die Firmenbuchnummer sowie die entsprechende ANKÖ-Nr. für jeden Subunternehmer anzugeben.

Formblatt 5: "Erklärung des Subunternehmers" für den Fall einer Subsituierung eines Eignungskriteriums des Bewerbers durch den Subunternehmer bezüglich einer Solidarhaftung.

Formblatt 6: versehen mit dem Schriftzug "Nicht zutreffend!"

Formblatt 7: "Jahresumsätze der letzten drei Jahre"

Formblatt 8: "Referenzen im Eignungs- und Auswahlverfahren" bestehend aus 4 Seiten

In den Verfahrensunterlagen ist eine Liste enthalten, aus der entnommen werden kann, wer und wann einen Teilnahmeantrag abgegeben hat. Darin ist vermerkt, dass am 7. Juli 2006 um 11.35 Uhr von A***, persönlich ein ungeöffneter Teilnahmeantrag abgegeben wurde. Dieser Original-Teilnahmeantrag befindet sich bei den Unterlagen des Vergabeverfahrens. Er besteht aus folgenden Teilen:

- -Strichaufzählung
15 Seiten "Allgemeiner Teil", der von der vergebenden Stelle vorgegeben wurde und auf dem keine Eintragungen vorzunehmen sind
- -Strichaufzählung
Ausgefülltes Formblatt 1, wobei als Bewerber A*** und als weiteres Mitglied der Bewerbergemeinschaft B***, genannt werden. Als zustellungsbevollmächtigter Vertreter und Ansprechpartner der Bewerbergemeinschaft wird "A*** - G****" namhaft gemacht. Das Formblatt ist unter Angabe des Datums (07.07.2006 Wien) sowohl von A*** als auch von B*** firmenmäßig gezeichnet.
- -Strichaufzählung
Ausgefülltes Formblatt 2, wobei angegeben ist, dass "A***" bevollmächtigt ist die Bewerbergemeinschaft nach außen zu vertreten. Das Formblatt ist unter Angabe des Datums (07.07.2006 Wien) sowohl von A*** als auch von B*** gezeichnet.
- -Strichaufzählung
Durchgestrichenes Formblatt 3 mit einer firmenmäßigen Fertigung durch A***.
- -Strichaufzählung
Formblatt 4, wobei angegeben ist, dass der Bewerber (Bewerbergemeinschaft) 80 % der Gesamtleistung selbst erbringt. Als Subunternehmer sind sowohl A*** mit Firmenbuch- und ANKÖ-Nummer sowie dem Hinweis einen 80%-Anteil an der Subunternehmerleistung zu erbringen, als auch B*** mit Firmenbuch- und ANKÖ-Nummer und dem Hinweis einen 20%-Anteil an der Subunternehmerleistung zu erbringen, angegeben.
- -Strichaufzählung
Formblatt 5, wobei als Subunternehmer B*** und als Bewerber A*** genannt werden. Diese Beilage wurde von B*** firmenmäßig gefertigt.
- -Strichaufzählung
Formblatt 6 versehen mit dem Schriftzug "Nicht zutreffend!" ohne Anmerkungen.
- -Strichaufzählung
Formblatt 7 einmal von A*** ausgefüllt und firmenmäßig gefertigt und einmal von B*** ausgefüllt und firmenmäßig gefertigt.
- -Strichaufzählung
Formblatt 8 mit Informationen zu Referenzen, wobei hinsichtlich des Wertes der Leistungserfüllung, betreffend von wem der Auftrag übernommen wurde, einer Telefonnummer bzw. einer Ansprechperson vom Referenzgeber und des Auftragsinhaltes keine Informationen entnommen werden können.
- -Strichaufzählung
Weitere Unterlagen betreffend die Eignung der B*** und der A***.

Den Verfahrensunterlagen kann entnommen werden, dass von der vergebenden Stelle eine Prüfung der Teilnahmeanträge vorgenommen wurde. Im Prüfbericht betreffend "Teilnehmergemeinschaft Nr. 5 - A*** und B***" ist u.a. mit roter Farbe Folgendes hervorgehoben:

"Sowohl die Arge, wie auch die Subunternehmererklärung wurden ausgefüllt. Klären als was B*** auftritt."

Im Auswertungsergebnis kommt die vergebende Stelle zur Auffassung, dass die Teilnehmergemeinschaft nicht geeignet i.S. der Ausschreibungsunterlagen sei. Die Teilnehmergemeinschaft benenne nur eine Referenz hinsichtlich der aufrechten Reinigungsverträge. Insoweit werden die Mindestanforderungen (3 Referenzen über laufende Verträge mit einem Wert p.a. von einer Million Euro oder mehr) nicht erfüllt.

Mit Telefax vom 20. Juli 2006 (Sendebestätigung mit "ok" liegt vor) wurde der "Teilnehmergemeinschaft A*** B*** " von der vergebenden Stelle namens und auftrags des Auftraggebers AMS mitgeteilt, dass ihr Antrag als Ergebnis der Teilnahmeantragsprüfung gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG ausgeschieden worden sei. Über Nachfrage beim Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 29. August 2006 wurde dem Bundesvergabeamt mitgeteilt, dass diese Entscheidung zurückgenommen worden sei. Sie sei rechtlich nicht mehr existent. Mit Telefax vom 20. Juli 2006 (Sendebestätigung mit "ok" liegt vor) wurde der "Teilnehmergemeinschaft A*** B*** " von der vergebenden Stelle namens und auftrags des Auftraggebers AMS mitgeteilt, dass ihr Antrag als Ergebnis der Teilnahmeantragsprüfung gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden worden sei. Über Nachfrage beim Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung am 29. August 2006 wurde dem Bundesvergabeamt mitgeteilt, dass diese Entscheidung zurückgenommen worden sei. Sie sei rechtlich nicht mehr existent.

Mit Telefax vom 24. Juli 2006 wurde die "Teilnehmergemeinschaft A*** B***" von der vergebenden Stelle ersucht Unterlagen nachzureichen. Das Telefax enthält auch folgende Passage:

"Subunternehmererklärung

Die "A***" ist im Teilnahmeantrag sowohl als Mitglied der Bewerbergemeinschaft als auch als Subunternehmer angeführt - Klarstellung des Auftretens des Unternehmens!"

Am Ende des Aufforderungsschreibens wird eine Frist bis 31. Juli 2006, 12.00 Uhr gesetzt und hingewiesen, dass - sollten die geforderten Unterlagen nicht zu diesem Zeitpunkt nachgereicht worden sein - dieser Umstand zum Ausscheiden des Teilnahmeantrages führen müsste.

Am 28. Juli 2006 erfolgte gemäß den diesbezüglich übereinstimmenden Angaben der Parteien ein Anruf der A*** bei der vergebenden Stelle. Gegenstand des Gespräches war u.a. die Aufforderung der vergebenden Stelle betreffend Klarstellung des Auftretens der B*** im Vergabeverfahren. Herr D*** von der A*** hat angegeben, Herr F*** von der vergebenden Stelle habe die Empfehlung abgegeben, in Beantwortung des Aufklärungsersuchens anzugeben, dass die B*** ausschließlich im Vergabeverfahren als Subunternehmer der A***. auftrete. Herr F*** seinerseits bestätigte zwar, dass telefonisch mit Herrn D*** erörtert worden sei, dass sowohl eine Bewerbergemeinschaft der A*** mit der B*** als auch ein Subunternehmerverhältnis zwischen diesen beiden Firmen vorliegen könne. Er bestritt in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt aber eine entsprechende Empfehlung abgegeben zu haben.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2006 teilte A*** Folgendes mit:

"Wie am 28.07.2006 telefonisch mit Ihrem Herrn F*** vereinbart hier die gewünschten Ausführungen:

Die Firma B*** wurde im Teilnahmeantrag sowohl als Mitglied der Bewerbergemeinschaft als auch als Sub-Unternehmer angeführt. Wir teilen Ihnen mit, dass die Firma B*** nur als Sub-Unternehmer auftritt."

Gleichzeitig mit diesem Schreiben wurden verschiedene Unterlagen nachgereicht.

In den Verfahrensunterlagen befindet sich ein Bericht der vergebenden Stelle betreffend Auswertung der Teilnahmeanträge, der mit 31. Juli 2006 datiert ist. Darin wird zum "Teilnehmer Nr. 5 - A***" festgehalten, dass der Teilnehmer nicht geeignet i.S. der Ausschreibungsunterlagen sei. In diesbezüglichen Auswertungsergebnis wird festgehalten, dass unter C.4 der Teilnahmeantragsunterlagen 2 Referenzen aus den letzten 5 Jahren mit einem Auftragsvolumen von mind. 1 Mio. Euro, bei denen vorher ein anderer Unternehmer tätig gewesen wäre (Organisation einer Betriebsübernahme) gefordert gewesen wären. Nach der Rechtsprechung des BVA dürfe der Auftraggeber um die Einhaltung der in § 19 BVergG festgelegten Grundsätze zu gewährleisten, grundsätzlich nur einmal die Möglichkeit zur Mängelbehebung einräumen. Würden Unterlagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vom Bieter nicht

vorgelegt werden, habe keine abermalige Aufforderung zur Vorlage zu ergehen, sondern sei das Angebot auszuschneiden. In den Verfahrensunterlagen befindet sich ein Bericht der vergebenden Stelle betreffend Auswertung der Teilnahmeanträge, der mit 31. Juli 2006 datiert ist. Darin wird zum "Teilnehmer Nr. 5 - A****" festgehalten, dass der Teilnehmer nicht geeignet i.S. der Ausschreibungsunterlagen sei. Im diesbezüglichen Auswertungsergebnis wird festgehalten, dass unter C.4 der Teilnahmeantragsunterlagen 2 Referenzen aus den letzten 5 Jahren mit einem Auftragsvolumen von mind. 1 Mio. Euro, bei denen vorher ein anderer Unternehmer tätig gewesen wäre (Organisation einer Betriebsübernahme) gefordert gewesen wären. Nach der Rechtsprechung des BVA dürfe der Auftraggeber um die Einhaltung der in Paragraph 19, BVergG festgelegten Grundsätze zu gewährleisten, grundsätzlich nur einmal die Möglichkeit zur Mängelbehebung einräumen. Würden Unterlagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vom Bieter nicht vorgelegt werden, habe keine abermalige Aufforderung zur Vorlage zu ergehen, sondern sei das Angebot auszuschneiden.

Mit Telefax vom 31. Juli 2006 wurde der "A****" von der vergebenden Stelle mitgeteilt, dass sie zur Angebotslegung nicht eingeladen werden könnte. Diese Entscheidung wurde im Wesentlichen zusammengefasst damit begründet, dass der Nachweis fehlte, dass bei den genannten Referenzaufträgen vorher ein anderer Unternehmer tätig gewesen wäre.

Der nunmehr verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag wurde von der Bewerbergemeinschaft bestehend aus A*** und B*** eingebracht.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der Sachverhalt ergibt sich aus den weitgehend deckungsgleichen Angaben der Parteien sowie aus den Unterlagen des Vergabeverfahrens. Widersprüchlichkeiten liegen insoweit vor, ob im Telefonat vom 28. Juli 2006 zwischen Herrn D*** und Herrn F*** eine wertende Empfehlung, wofür sich A*** entscheiden sollte (Bewerbergemeinschaft oder Subunternehmerverhältnis), abgegeben wurde. Letztlich ist diese Sachverhaltsermittlung jedoch von untergeordneter Bedeutung. Die Entscheidung von D*** und letztlich von Geschäftsführer G*** dass A***, Bewerber und B*** Subunternehmer sei, erfolgte ohne Druck seitens des Auftraggebers oder der vergebenden Stelle und im vollen Wissen, was unter einer solchen Bewerber-Subunternehmer-Konstellation zu verstehen ist, zumal sowohl Herr D*** als auch G*** in der mündlichen Verhandlung über Ersuchen der Vertreterin des Auftraggebers den wesentlichen Unterschied zwischen einer Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaft und dem Vorliegen eines Subunternehmerverhältnisses zu erklären vermochten.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

zu Spruchpunkt I.: zu Spruchpunkt römisch eins.:

Das Arbeitsmarktservice Österreich ist unter Berücksichtigung von § 1 Abs. 3 Arbeitsmarktservicegesetz, BGBl. 133/1995 idF BGBl. 114/2005 öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. auch BVA vom 9. Februar 2004, 10N-137/03-20, vom 3. September 2004, 10N-57/04-37, vom 17. Jänner 2005, 10N-130/04-19, vom 23. Februar 2005, 10N-134/04-22, u.a.). Das Arbeitsmarktservice Österreich ist unter Berücksichtigung von Paragraph eins, Absatz 3, Arbeitsmarktservicegesetz, Bundesgesetzblatt 133 aus 1995, in der Fassung Bundesgesetzblatt 114 aus 2005, öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche auch BVA vom 9. Februar 2004, 10N-137/03-20, vom 3. September 2004, 10N-57/04-37, vom 17. Jänner 2005, 10N-130/04-19, vom 23. Februar 2005, 10N-134/04-22, u.a.).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Anhanges III, Kategorie 14 iVm § 6 BVergG (prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG, wodurch ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Anhanges römisch drei, Kategorie 14 in Verbindung mit Paragraph 6, BVergG (prioritäre Dienstleistung). Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, wodurch ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Auftrag liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 1 und 2 BVergG iVm § 291 Abs. 2 BVergG und Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. a B-VG ist gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 21. August 2006,

OZ 6, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Der gegenständliche Auftrag liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG und Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 21. August 2006, OZ 6, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Im vorliegenden Fall wird die Nichtigerklärung einer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gesondert anfechtbaren Entscheidung, und zwar die Nicht-Zulassung zur Teilnahme gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit bb BVergG begehrt, sodass aus diesem Blickwinkel ein zulässiger Antrag (§ 312 Abs. 2 Z 2 BVergG) vorliegt. Zwar wird im Vergabeverfahren und auch im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt von beiden Parteien immer wieder von einem "Ausscheiden" gesprochen. Aus den vorgelegten Unterlagen und dem Nachprüfungsantrag vom 14. August (Seite 4, Punkt 2.7) kann aber zweifelsfrei entnommen werden, dass die bekämpfte Auftraggeberentscheidung die Entscheidung, dass A*** nicht zur Angebotslegung eingeladen werden kann, der A*** mitgeteilt per Telefax am 31. Juli 2006, und somit die Entscheidung auf Nicht-Zulassung zur Teilnahme ist. Der Nachprüfungsantrag wurde unter Berücksichtigung von § 56 Abs. 1 erster Halbsatz BVergG iVm § 32 f AVG 1991 gemäß § 321 Abs. 1 Z 7 BVergG fristgerecht gestellt. Es wurde eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR 1.600.-- gemäß § 318 BVergG entrichtet. Im vorliegenden Fall wird die Nichtigerklärung einer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gesondert anfechtbaren Entscheidung, und zwar die Nicht-Zulassung zur Teilnahme gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, b, b, BVergG begehrt, sodass aus diesem Blickwinkel ein zulässiger Antrag (Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG) vorliegt. Zwar wird im Vergabeverfahren und auch im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt von beiden Parteien immer wieder von einem "Ausscheiden" gesprochen. Aus den vorgelegten Unterlagen und dem Nachprüfungsantrag vom 14. August (Seite 4, Punkt 2.7) kann aber zweifelsfrei entnommen werden, dass die bekämpfte Auftraggeberentscheidung die Entscheidung, dass A*** nicht zur Angebotslegung eingeladen werden kann, der A*** mitgeteilt per Telefax am 31. Juli 2006, und somit die Entscheidung auf Nicht-Zulassung zur Teilnahme ist. Der Nachprüfungsantrag wurde unter Berücksichtigung von Paragraph 56, Absatz eins, erster Halbsatz BVergG in Verbindung mit Paragraph 32, f AVG 1991 gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG fristgerecht gestellt. Es wurde eine Pauschalgebühr in Höhe von EUR 1.600.-- gemäß Paragraph 318, BVergG entrichtet.

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1. Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich

dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

1. 2. Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden

entstanden ist oder zu entstehen droht.

§ 2 Z 36 BVergG führt zum Unternehmerbegriff aus, dass diese Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten, sind. In dieser Begriffsbestimmung werden Bewerbungsgemeinschaften nicht ausdrücklich genannt. Nach dieser Begriffsbestimmung erfüllt jedoch der Zusammenschluss von zwei Personengesellschaften des Handelsrechts (A***

sowie B***), die auf dem Markt die Erbringung von Dienstleistungen anbieten, den Unternehmerbegriff. In der Rechtsprechung (Rechtsatz des VfGH zum Erkenntnis vom 22. September 2003, B 1725/01, VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/0083, VwGH vom 29. Juni 2005, 2002/04/0180, VwGH vom 21.12.2004, 2002/04/0140, VwGH vom 30. Juni 2004, 2002/04/0011, VwGH vom 22. Mai 2003, 2003/04/0010 oder BVA vom 17. März 2006, N/0007-BVA/05/2006, BVA vom 20. Jänner 2006, 03N-131/05-23, BVA vom 29. September 2005, 11N-89/05-7, uvam.) wird ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die in einem Vergabeverfahren gemeinsam auftreten aber noch kein Angebot gelegt haben, als Bewerbergemeinschaft bezeichnet. Demnach ist eine Bewerbergemeinschaft ein Zusammenschluss von Unternehmern, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet haben. Pock führt dazu aus, dass der Begriff "Bewerbergemeinschaft" gesetzlich nicht definiert sei. In der Legaldefinition des § 20 Z 9 BVergG 2002 (Bewerberbegriff nunmehr in § 2 Z 12 BVergG) verwende der Gesetzgeber den Begriff "Bewerber" sowohl für einen Unternehmer selbst als auch für eine Gemeinschaft von Unternehmern, die sich insbesondere zum Zweck der Einreichung eines gemeinsamen Teilnahmeantrages in der ersten Stufe eines zweistufigen Vergabeverfahrens ("Präqualifikation") zusammengeschlossen haben. Die Praxis spreche aber dennoch mit guten Gründen bei einem Zusammenschluss mehrerer Einzel-Bewerber - analog zur Bietergemeinschaft - von einer Bewerbergemeinschaft (Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 (2005 [331].Paragraph 2, Ziffer 36, BVergG führt zum Unternehmerbegriff aus, dass diese Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten, sind. In dieser Begriffsbestimmung werden Bewerbergemeinschaften nicht ausdrücklich genannt. Nach dieser Begriffsbestimmung erfüllt jedoch der Zusammenschluss von zwei Personengesellschaften des Handelsrechts (A*** sowie B***), die auf dem Markt die Erbringung von Dienstleistungen anbieten, den Unternehmerbegriff. In der Rechtsprechung (Rechtsatz des VfGH zum Erkenntnis vom 22. September 2003, B 1725/01, VwGH vom 24. Februar 2006, 2004/04/0083, VwGH vom 29. Juni 2005, 2002/04/0180, VwGH vom 21.12.2004, 2002/04/0140, VwGH vom 30. Juni 2004, 2002/04/0011, VwGH vom 22. Mai 2003, 2003/04/0010 oder BVA vom 17. März 2006, N/0007-BVA/05/2006, BVA vom 20. Jänner 2006, 03N-131/05-23, BVA vom 29. September 2005, 11N-89/05-7, uvam.) wird ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die in einem Vergabeverfahren gemeinsam auftreten aber noch kein Angebot gelegt haben, als Bewerbergemeinschaft bezeichnet. Demnach ist eine Bewerbergemeinschaft ein Zusammenschluss von Unternehmern, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet haben. Pock führt dazu aus, dass der Begriff "Bewerbergemeinschaft" gesetzlich nicht definiert sei. In der Legaldefinition des Paragraph 20, Ziffer 9, BVergG 2002 (Bewerberbegriff nunmehr in Paragraph 2, Ziffer 12, BVergG) verwende der Gesetzgeber den Begriff "Bewerber" sowohl für einen Unternehmer selbst als auch für eine Gemeinschaft von Unternehmern, die sich insbesondere zum Zweck der Einreichung eines gemeinsamen Teilnahmeantrages in der ersten Stufe eines zweistufigen Vergabeverfahrens ("Präqualifikation") zusammengeschlossen haben. Die Praxis spreche aber dennoch mit guten Gründen bei einem Zusammenschluss mehrerer Einzel-Bewerber - analog zur Bietergemeinschaft - von einer Bewerbergemeinschaft (Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 (2005 [331].

Unbestreitbar ist, dass die antragstellende Bewerbergemeinschaft im Sinne von § 320 Abs. 1 Z 1 BVergG ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet. Dazu führt sie auf Seite 3 ihres Nachprüfungsantrages vom 14. August 2006 aus, dass sie mit der Abgabe ihres Teilnahmeantrages ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet habe. Vom Auftraggeber wird jedoch das Vorliegen der zweiten Voraussetzung - ein bereits entstandener oder drohender Schaden für die Antragstellerin - in Abrede gestellt. Unbestreitbar ist, dass die antragstellende Bewerbergemeinschaft im Sinne von Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet. Dazu führt sie auf Seite 3 ihres Nachprüfungsantrages vom 14. August 2006 aus, dass sie mit der Abgabe ihres Teilnahmeantrages ihr Interesse am Vertragsabschluss bekundet habe. Vom Auftraggeber wird jedoch das Vorliegen der zweiten Voraussetzung - ein bereits entstandener oder drohender Schaden für die Antragstellerin - in Abrede gestellt.

Die entscheidende Frage ist, ob bei der antragstellenden Bewerbergemeinschaft ein Schaden eingetreten ist oder ein Schaden einzutreten droht. Dahinter verbirgt sich die Frage, ob die antragstellende Bewerbergemeinschaft im

Vergabeverfahren einen Teilnahmeantrag fristgerecht abgegeben hat oder nicht.

Von beiden Parteien wird übereinstimmend mit den vorgelegten Verfahrensunterlagen angegeben, dass ein Teilnahmeantrag von der "Bewerbergemeinschaft bestehend aus A*** und B****" fristgerecht abgegeben wurde. Der Teilnahmeantrag enthielt aber auch eine Subunternehmererklärung.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt wurden beide Parteien gefragt, ob aus ihrer Sicht Konstellationen denkbar wären, wo vergaberechtlich zulässig bezüglich eines einzigen Teilnahmeantrages in einem nicht offenen Verfahren ein Unternehmer gleichzeitig Teil einer Bewerbergemeinschaft und Subunternehmer eines Bewerbers sein könnte. Während der Auftraggeber diese Frage mit dem Hinweis, dass klargestellt sein müsse, ob jemand Vertragspartner des Auftraggebers sein möchte, verneinte, bejahte die Antragstellerin diese Frage. Sie fügte dabei hinzu: " ... ob das sinnvoll sei, mag dahingestellt sein."

Der Unterschied zwischen einer Bewerbergemeinschaft und dem Vorliegen eines Subunternehmerverhältnisses ist der Antragstellerin bekannt, was durch entsprechende Anfragen in der mündlichen Verhandlung unter Beweis gestellt wurde. Demnach will ein Bewerber (= Bewerbergemeinschaft) letztlich durch die Abgabe eines Angebotes zum Bieter werden und sich derart gegenüber dem Auftraggeber zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verpflichten. Demgegenüber sind Subunternehmer Erfüllungsgehilfen des Bewerbers/Bieters im zivilrechtlichen Sinn (§ 1313a ABGB). Subunternehmer stehen demnach in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber, ein solches besteht ausschließlich zum Bieter (vgl. dazu Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [325]). Der Unterschied zwischen einer Bewerbergemeinschaft und dem Vorliegen eines Subunternehmerverhältnisses ist der Antragstellerin bekannt, was durch entsprechende Anfragen in der mündlichen Verhandlung unter Beweis gestellt wurde. Demnach will ein Bewerber (= Bewerbergemeinschaft) letztlich durch die Abgabe eines Angebotes zum Bieter werden und sich derart gegenüber dem Auftraggeber zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verpflichten. Demgegenüber sind Subunternehmer Erfüllungsgehilfen des Bewerbers/Bieters im zivilrechtlichen Sinn (Paragraph 1313 a, ABGB). Subunternehmer stehen demnach in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber, ein solches besteht ausschließlich zum Bieter vergleiche dazu Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [325]).

Der erkennende Senat hat sich ebenfalls mit der Frage "Bewerbergemeinschaft und/oder Subunternehmerverhältnis" eingehend befasst und kommt zur Auffassung, dass in der ersten bzw. Präqualifikationsstufe eines nicht offenen Verfahrens jedenfalls zu klären ist, wer gewillt ist für eine Auftragserteilung überhaupt in Frage zu kommen und ob dieser Bewerber die Voraussetzungen für eine Teilnahme am Vergabeverfahren erfüllt. Damit muss bereits in diesem ersten Verfahrensabschnitt geklärt werden, wer potentieller Vertragspartner des Auftraggebers hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung sein möchte. Nur ein Bewerber (worunter auch eine Bewerbergemeinschaft zu verstehen ist), der eindeutig in der ersten Stufe identifizierbar ist, erfüllt diese Voraussetzung. Nicht nachvollziehbar ist demnach die Auffassung der Antragstellerin, wonach in einem nicht offenen Verfahren erst bei der Angebotslegung - sohin in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens - geklärt werden müsste, wer Vertragspartner im Falle einer Auftragserteilung sein möchte. Warum die Antragstellerin zur Auffassung gelangt, es sei praxisfremd, dass bereits in der ersten Stufe eines nicht offenen Verfahrens klargestellt sein müsse, ob jemand Vertragspartner des Auftraggebers sein möchte oder nicht, ist nicht nachvollziehbar. Vielmehr hat ein Auftraggeber in der ersten Stufe eines nicht offenen Verfahrens bei Unklarheit über die Bewerbereigenschaft durch ein gezieltes Aufklärungsersuchen an den Teilnahmeantragsteller für die entsprechende Aufklärung zu sorgen. Im verfahrensgegenständlichen Teilnahmeantrag wird auf Seite 2 des Formblattes 1 "Teilnahmeantrag" als zustellungsbevollmächtigter Vertreter und Ansprechpartner der Bewerbergemeinschaft die "A*** - G****" samt Telefonnummer, Faxnummer und E-Mailadresse namhaft gemacht. Dieses Formblatt 1 wurde auch von B*** firmenmäßig gefertigt. Warum nunmehr die Antragstellerin behauptet, die Anfrage betreffend Aufklärung, wie die Subunternehmererklärung zu verstehen sei, sei zu Unrecht an A*** gestellt worden, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar, zumal die Antragstellerin davon ausgeht, dass eine Bewerbergemeinschaft vorliegt und die Bewerbergemeinschaft von A*** vertreten wird. Der erkennenden Senat kommt viel mehr zur Auffassung, dass die vergebende Stelle vergaberechtskonform gehandelt hat und die aufklärungsbedürftige Frage, ob eine Bewerbergemeinschaft oder ob ein Subunternehmerverhältnis vorliegt, an den entsprechend dem Teilnahmeantrag vorgesehenen Ansprechpartner gerichtet hat und von diesem auch vergaberechtskonform eine Antwort erhalten hat.

Der zuständige Mitarbeiter der A*** sowie deren Geschäftsführer haben in der mündlichen Verhandlung angegeben,

dass sie die Information vom 28. Juli, wonach die B*** nur als Subunternehmer tätig werde, ohne dazu genötigt worden zu sein, im Bewusstsein was unter einer Bewerbergemeinschaft und einem Subunternehmerverhältnis zu verstehen sei, abgegeben hätten. Diese Erklärung ist unmissverständlich. Sie kann nur so verstanden werden, dass der Teilnahmeantrag von einem Bewerber, nämlich der A*** abgegeben wurde. Die B*** tritt lediglich als Subunternehmer auf. Dieser Information folgend wurde der Teilnahmeantrag der A*** samt nachgereichter Ergänzungen einer Prüfung unterzogen und im Anschluss an ein negatives Prüfungsergebnis der A*** mitgeteilt, dass ihr Teilnahmeantrag im weiteren Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden könne.

Sofern die Antragstellerin vorbringt, der Auftraggeber sei damit von einem Wechsel des Teilnahmeantragstellers ausgegangen, wird diese Ansicht nicht geteilt. Viel mehr konnte auf Grund der vorgelegten Unterlagen im Teilnahmeantrag nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob der Teilnahmeantragsteller eine Bewerbergemeinschaft oder der Bewerber A*** mit einem Subunternehmer B*** sei. Erst durch die schriftliche Aufklärung war für den Auftraggeber klar, in welcher Bewerberkonstellation der Teilnahmeantrag gestellt wurde.

Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, ihr sei nicht bewusst gewesen, dass mit der Erklärung, dass ein Subunternehmerverhältnis vorliege, gleichzeitig zum Ausdruck gebracht worden sei, dass keine Bewerbergemeinschaft vorliege bzw. dass die Subunternehmererklärung irrtümlich ausgefüllt worden sei, mag dahingestellt bleiben, ob dies glaubwürdig ist oder nicht. Der erkennende Senat vertritt die Meinung, dass es auf den eindeutig nach außen gerichteten Erklärungsinhalt ankommt, an den sich alle Beteiligten in einem Vergabeverfahren zu halten haben.

Das Bundesvergabeamt kommt auf der Grundlage des durchgeführten Ermittlungsverfahrens zum Ergebnis, dass der Teilnahmeantrag zum gegenständlichen Vergabeverfahren "Reinigungsdienstleistung AMS" von A*** als Bewerber abgegeben wurde.

Der Nachprüfungsantrag wurde jedoch von einer "Bewerbergemeinschaft 1. A*** 2. B***, vertreten durch A***" gestellt.

Es liegt somit zwischen dem Bewerber im Vergabeverfahren und dem Antragsteller im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren keine Personenidentität vor.

Die Antragstellerin versucht in ihrer Argumentation darzulegen, dass auch Teile einer Bewerbergemeinschaft Interesse an einem Vertragsabschluss haben und derart bei der Nichtberücksichtigung in einem Vergabeverfahren einen Schaden erleiden können. Dieser Argumentation kann jedoch auf der Grundlage der Rechtsprechung des VwGH (insbesondere: VwGH vom 30. Juni 2004, 2002/04/0011, darauf aufbauend VwGH vom 20. Oktober 2004, 2004/04/0134 oder VwGH vom 29. Juni 2005, 2004/04/0096 ua) nicht gefolgt werden. In den angeführten VwGH-Erkenntnissen geht es im Wesentlichen um die Frage, ob einzelnen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft beim Bundesvergabeamt Antragslegitimation und somit Parteistellung einzuräumen sei, was vom VwGH verneint wird.

Sofern die Antragstellerin hinsichtlich einer Parteistellung vor dem Bundesvergabeamt einen Unterschied zwischen dem Vorliegen einer Bewerbergemeinschaft und dem Vorliegen einer Bietergemeinschaft zu erkennen glaubt, kann dem vom Bundesvergabeamt nicht gefolgt werden. Die Bewerbergemeinschaft wird im BVergG zwar nicht ausdrücklich genannt; sie ist jedoch nichts anderes als ein Bewerber, der aus mehreren Personen besteht. Im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes muss jedoch das Bundesvergabeamt davon ausgehen, dass auch der Bewerbergemeinschaft - sowie der Bietergemeinschaft - als Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine eigenständige Parteifähigkeit in einem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt einzuräumen ist. Anderenfalls könnte sich eine Bewerbergemeinschaft gegen Entscheidungen eines Auftraggebers in der ersten Stufe eines nicht offenen Verfahrens nicht zur Wehr setzen. Damit ist aber auch gleichzeitig geklärt, dass der A*** - wie von der Antragstellerin behauptet - im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt als 1. Antragstellerin keine eigenständige Parteistellung zuzuerkennen ist. Würde man dieser Ansicht folgen wären auf Antragstellerseite drei Antragsteller (neben der antragstellenden Bewerbergemeinschaft, der Parteistellung einzuräumen ist noch A*** sowie B*** vorhanden. Eine eigenständige Parteistellung dieser beiden Unternehmen kann jedoch aus der Antragstellung im Nachprüfungsantrag nicht entnommen werden.

Da wie oben dargelegt die antragstellende Bewerbergemeinschaft im Vergabeverfahren keinen Teilnahmeantrag gestellt hat, kann sie vom Auftraggeber auch nicht eingeladen werden ein Angebot zu legen. Ihr kann durch die Entscheidung des Auftraggebers, die A*** nicht zur Angebotslegung einzuladen, auch kein Schaden entstehen. Somit liegt die Antragsvoraussetzung des § 320 Abs. 1 Z 2 BVergG nicht vor, sodass ihr entsprechend der ständigen

Spruchpraxis des VwGH (VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050 und darauf aufbauend zuletzt VwGH vom 24. Mai 2006, 2004/04/0017) bzw. des Bundesvergabebeamtes (BVA vom 18. Juni 1998, F-3/97-12 oder BVA vom 14. Mai 2003, 05N-36/03-29 ua.) keine Antragslegitimation zukommt und das entsprechende Antragsbegehren zurückzuweisen ist, ohne auf das weitere Vorbringen einzugehen. Da wie oben dargelegt die antragstellende Bewerbergemeinschaft im Vergabeverfahren keinen Teilnahmeantrag gestellt hat, kann sie vom Auftraggeber auch nicht eingeladen werden ein Angebot zu legen. Ihr kann durch die Entscheidung des Auftraggebers, die A*** nicht zur Angebotslegung einzuladen, auch kein Schaden entstehen. Somit liegt die Antragsvoraussetzung des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG nicht vor, sodass ihr entsprechend der ständigen Spruchpraxis des VwGH (VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050 und darauf aufbauend zuletzt VwGH vom 24. Mai 2006, 2004/04/0017) bzw. des Bundesvergabebeamtes (BVA vom 18. Juni 1998, F-3/97-12 oder BVA vom 14. Mai 2003, 05N-36/03-29 ua.) keine Antragslegitimation zukommt und das entsprechende Antragsbegehren zurückzuweisen ist, ohne auf das weitere Vorbringen einzugehen.

zu Spruchpunkt II.: zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabebeamten wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Mit Spruchpunkt I dieses Bescheides wurde dem Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin nicht einmal teilweise stattgegeben. Mit Spruchpunkt römisch eins dieses Bescheides wurde dem Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin nicht einmal teilweise stattgegeben.

Da unter Bezugnahme auf § 319 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 die Antragstellerin somit nicht einmal teilweise obsiegt hat, liegen die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag nicht vor, sodass einem Ersatzbegehren der entrichteten Pauschalgebühren nicht stattzugeben war. Da unter Bezugnahme auf Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 die Antragstellerin somit nicht einmal teilweise obsiegt hat, liegen die Voraussetzungen für einen Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag nicht vor, sodass einem Ersatzbegehren der entrichteten Pauschalgebühren nicht stattzugeben war.

Schlagworte

Bewerbergemeinschaft, Antragslegitimation, Parteienidentität;

Dokumentnummer

VERGT_20060908_N_0070_BVA_05_2006_24_00

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