

TE Verg Bescheid 2006/1/2 05N-122/05-21

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.01.2006

Norm

BVergG 2002 §4 Abs1
BVergG 2002 §7
BVergG 2002 §9 Abs1 Z5
BVergG 2002 §9 Abs2
BVergG 2002 §70 Abs2
BVergG 2002 §83
BVergG 2002 §83 Abs1 Z2
BVergG 2002 §94
BVergG 2002 §98 Z8
BVergG 2002 §100 Abs1
BVergG 2002 §100 Abs3
BVergG 2002 §136 Abs4
BVergG 2002 §154 Abs1 Z1
BVergG 2002 §162
BVergG 2002 §162 Abs2 Z2
BVergG 2002 §163 Abs1
BVergG 2002 §163 Abs2
BVergG 2002 §165 Abs2
BVergG 2002 §166 Abs1 Z2
BVergG 2002 §166 Abs1
BVergG 2002 §166 Abs2
BVergG 2002 §167
BVergG 2002 §171 Abs1
BVergG 2002 §177
BVergG 2002 §177 Abs1
BVergG 2002 §177 Abs3
BVergG 2002 §177 Abs5
AVG 1991 §74 Abs1
AVG 1991 §74 Abs2
GewO 1994 §94 Z8
BMG 1986 §2 Teil2 AbschnittG Z9

1. GewO 1994 § 94 heute
2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 5, Mag. Bernhard Ditz, im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Buchbinderarbeiten für das Jahr 2006 für die Dienststellen im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien" entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7. Dezember 2005, "die angefochtene Entscheidung des Präsidenten des Oberlandesgericht(es) Wien, dem Angebot der Firma B*** den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären" wird stattgegeben.

Die der A*** am 23. November 2005 per Telefax bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** im Vergabeverfahren Buchbinderarbeiten für das Jahr 2006 für die Dienststellen im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag der B*** vom 16. Dezember 2005 auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren wird stattgegeben.

III.römisch drei.

Dem Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 7. Dezember 2005, "den Auftraggeber für schuldig befinden, mir die Pauschalgebühren in Höhe von Euro 800.-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird stattgegeben.

Der Bund, vertreten durch die Bundesministerin für Justiz, diese vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien, Schmerlingplatz 11, Justizpalast, 1016 Wien, ist verpflichtet, der A***, vertreten durch X***, die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren für den Nachprüfungsantrag vom 7. Dezember 2005 entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800.-- binnen vierzehn Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

IV.römisch vier.

Dem Antrag der A*** vertreten durch X***, vom 7. Dezember 2005, "den Auftraggeber für schuldig befinden, mir auch die Pauschalgebühren des Provisorialverfahrens in Höhe von Euro 800.-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird stattgegeben.

Der Bund, vertreten durch die Bundesministerin für Justiz, diese vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien, Schmerlingplatz 11, Justizpalast, 1016 Wien, ist verpflichtet, der A***, vertreten durch X***, die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 7.

Dezember 2005 entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800.-- binnen vierzehn Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

V.römisch fünf.

Der Antrag der B***, vom 16. Dezember 2005, auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Teilnahmeantrag in Höhe von Euro 400.-- durch die Antragstellerin wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 70 Abs. 2, 83, 98 Z 8, 162, 165 Abs. 2 und 177 Bundesvergabegesetz 2002/BGBl. I Nr. 99/2002 (BVergG). Rechtsgrundlagen: Paragraphen 70, Absatz 2, 83, 98, Ziffer 8, 162, 165, Absatz 2 und 177 Bundesvergabegesetz 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, (BVergG).

Begründung:

Am 7. Dezember 2005 langte im Bundesvergabeamt ein mit 7. Dezember 2005 datierter Schriftsatz samt Beilagen der A***, (im Weiteren Antragstellerin) vertreten durch X***, ein. In diesem wurde unter Bezugnahme auf das Vergabeverfahren "Buchbinderarbeiten für das Jahr 2006 für die Dienststellen im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien" - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** (im Weiteren auch: beabsichtigte oder präsumtive Zuschlagsempfängerin) beantragt. Begründet wurde das Nichtigerklärungsbegehren im Wesentlichen damit, dass die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin selbst nicht über die erforderliche gewerberechtliche Befugnis für das Buchbindergewerbe verfüge. Aus der verbalen Beschreibung des ausgeschriebenen Auftrages und aus dem Leistungsverzeichnis gehe eindeutig hervor, dass der zentrale und einzige Bestandteil der Ausschreibung in Dienstleistungen liege, die von einem Buchbinder zu erbringen wären. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin würde im Zuge einer Auftragserfüllung Tätigkeiten ausüben, wozu sie mangels Vorliegens der hierfür erforderlichen gewerberechtlichen Befugnis für das Buchbindergewerbe nicht befugt sei. Nur das Binden der Urkundenbände selbst würde von der C*** (Subunternehmerin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin), die über die erforderliche gewerberechtliche Befugnis verfüge, erbracht werden. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin würde sohin die fachlich qualitative Hauptleistung an einen Subunternehmer weitergeben und sich selbst nur Vor- und Nachbereitungsarbeiten vorbehalten, sohin den Auftragskern nicht selbst erbringen. Es liege daher der im Vergabebereich stets zu unterbindende Tatbestand des Auftragshandels vor. Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin hätte gemäß § 98 Z 1 bzw. 8 BVergG ausgeschieden werden müssen.

Am 7. Dezember 2005 langte im Bundesvergabeamt ein mit 7. Dezember 2005 datierter Schriftsatz samt Beilagen der A***, (im Weiteren Antragstellerin) vertreten durch X***, ein. In diesem wurde unter Bezugnahme auf das Vergabeverfahren "Buchbinderarbeiten für das Jahr 2006 für die Dienststellen im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien" - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** (im Weiteren auch: beabsichtigte oder präsumtive Zuschlagsempfängerin) beantragt. Begründet wurde das Nichtigerklärungsbegehren im Wesentlichen damit, dass die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin selbst nicht über die erforderliche gewerberechtliche Befugnis für das Buchbindergewerbe verfüge. Aus der verbalen Beschreibung des ausgeschriebenen Auftrages und aus dem Leistungsverzeichnis gehe eindeutig hervor, dass der zentrale und einzige Bestandteil der Ausschreibung in Dienstleistungen liege, die von einem Buchbinder zu erbringen wären. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin würde im Zuge einer Auftragserfüllung Tätigkeiten ausüben, wozu sie mangels Vorliegens der hierfür erforderlichen gewerberechtlichen Befugnis für das Buchbindergewerbe nicht befugt sei. Nur das Binden der Urkundenbände selbst würde von der C*** (Subunternehmerin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin), die über die erforderliche gewerberechtliche Befugnis verfüge, erbracht werden. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin würde sohin die fachlich qualitative Hauptleistung an einen Subunternehmer weitergeben und sich selbst nur Vor- und Nachbereitungsarbeiten vorbehalten, sohin den Auftragskern nicht selbst erbringen. Es liege daher der im Vergabebereich stets zu unterbindende Tatbestand des Auftragshandels vor. Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin hätte gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, bzw. 8 BVergG ausgeschieden werden müssen.

Der Auftraggeber legte dem Bundesvergabeamt am 12. Dezember 2005 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. In Stellungnahmen vom 9. sowie vom 12. Dezember 2005 führte sie zusammengefasst im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform nach Prüfung der eingelangten Angebote ergangen sei. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin habe bereits in der Vergangenheit die Leistung zur vollen Zufriedenheit des Auftraggebers erbracht. Unter Hinweis auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung habe der Bieter die

Möglichkeit, die für einen Auftrag notwendige Befugnis durch Verweis auf einen Subunternehmer zu ersetzen, was von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin auch vergaberechtsrichtig angezeigt worden sei. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde wesentliche Teile des Auftrages selbst durchführen, sodass unter Berücksichtigung von § 70 BVergG eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung vorliege. Der Auftraggeber legte dem Bundesvergabeamt am 12. Dezember 2005 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. In Stellungnahmen vom 9. sowie vom 12. Dezember 2005 führte sie zusammengefasst im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform nach Prüfung der eingelangten Angebote ergangen sei. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin habe bereits in der Vergangenheit die Leistung zur vollen Zufriedenheit des Auftraggebers erbracht. Unter Hinweis auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung habe der Bieter die Möglichkeit, die für einen Auftrag notwendige Befugnis durch Verweis auf einen Subunternehmer zu ersetzen, was von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin auch vergaberechtsrichtig angezeigt worden sei. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde wesentliche Teile des Auftrages selbst durchführen, sodass unter Berücksichtigung von Paragraph 70, BVergG eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung vorliege.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin stellte in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 einen Teilnahmeantrag und beantragte insbesondere unter Hinweis auf ein von ihr eingebrachtes Schreiben vom 14. Dezember 2005 die Ab- bzw. Zurückweisung des Antragsbegehrens der Antragstellerin, zumal die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform getroffen worden sei.

Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend Untersagung der Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Dezember 2005, 05N-122/05-12, stattgegeben.

Am 16. Dezember 2005 wurde die von der Antragstellerin beantragte mündliche Verhandlung abgehalten.

Auf der Grundlage der Stellungnahme der Antragstellerin vom 7. Dezember 2005 samt Beilagen (OZ 1), der vom Auftraggeber am 12. Dezember 2005 vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens, der Stellungnahmen des Auftraggebers vom

1. 9.Ziffer 9

und vom 12. Dezember 2005 (OZ 5 sowie OZ 10), der Stellungnahme der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vom 14. Dezember 2005, einer amtlichen Internetabfrage betreffend die Ausschreibungsbekanntmachung in www.auftrag.at (OZ 4) sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2005 (OZ 17) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher

Sachverhalt festgestellt:

Am 27. Oktober 2005 wurde im Amtsblatt zur Wiener Zeitung,

Rubrik: Amtlicher Lieferungsanzeiger unter der Nummer L 256441 ein Dienstleistungsauftrag veröffentlicht, wobei als Auftraggeber "der Präsident des Oberlandesgericht Wien" genannt wird. Das Feld "Beschreibung/Gegenstand des Auftrages" wurde nicht ausgefüllt. Unter "Bezeichnung des Auftrages durch den Auftraggeber" wurde der Auftrag mit "Buchbinderarbeiten f. d. Jahr 2006 f.d. Dienststellen im Sprengel d. OLG Wien (geschätzter Auftragswert ca. € 63.000.-- inkl. USt. - Gesamtvergabe) Abholung f. OLG Wien, Ref. 9.2, Zi 4101,

1. 4.Ziffer 4

Stk., kostenlos ab 8.30 -14 h od. Tel./Fax/Mail-Anford."

umschrieben. Bezüglich der wirtschaftlichen und technischen Mindestanforderungen und der Zuschlagskriterien wird auf die "Eignungsnachweise lt. Ausschreibung" bzw. auf die Ausschreibungsunterlagen selbst verwiesen (OZ 4 sowie vorgelegter Vergabeakt).

In der Ausschreibungsunterlage wird der Auftraggeber selbst nicht bezeichnet. Es findet sich auf dem Deckblatt lediglich der Hinweis: "Ausschreibende Stelle: Der Präsident des Oberlandesgerichtes Wien". Der Gegenstand der Ausschreibung wird in der Ausschreibungsunterlage mit "Buchbinderarbeiten für das Jahr 2006 für die Dienststellen im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien" bezeichnet.

Seite 15 der Ausschreibungsunterlage enthält das Leistungsverzeichnis. Darin wird ausgeführt, dass bei "ca. 52 Gerichten" voraussichtlich insgesamt 2.000 Bände herzustellen seien. Die "Arbeitsbeschreibung" weist folgenden Wortlaut auf:

"Urkunden sortieren, entfernen der Klammern, der Heftfäden, alle Arten von Kunststoffbändern (Tixo etc.), Pläne umfalzen und zwar so, dass später eine einwandfreie Einsicht beim gebundenen Buch gewährleistet ist. Bei mehreren Plänen hintereinander ist ein entsprechender Ausgleich beim Buchrücken mit eingeklebtem Deckstreifen herzustellen. Einteilen des Jahrganges auf Mindestbuchstärke von 5 cm. Kollationieren sämtlicher Bögen und Pläne nach Tagebuchzahlen, mehrere Bögen einer Tagebuchzahl, die ineinander gesteckt sind, nach der richtigen Reihenfolge auseinander legen."

Das Leistungsverzeichnis enthält darüber hinaus Hinweise zur Bindetechnik, zur Ausführung der Buchdecke sowie zum Rückschild.

Unter Punkt 1.4 der Angebotsbestimmungen auf Seite vier der Ausschreibungsunterlage wird gefordert, dass Bieter (Auftragnehmer) alle Unternehmer sein können, welche die gewerbliche bzw. behördliche Befugnis zur Ausführung der angebotenen Leistungen besitzen. Auf Seite sieben wird unter Punkt sieben (Eignungsnachweise) die Vorlage eines Gewerbescheines nicht eingefordert.

Auf Seite acht wird unter Punkt zehn Folgendes ausgeführt:

1. "10.Ziffer 10

Subunternehmerleistungen

Die Weitergabe der gesamten Leistung ist unzulässig. Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung nicht selbst zu erbringen, so hat er im Wege eines Begleitschreibens zum Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er im Wege eines Subauftrages an einen Dritten zu vergeben beabsichtigt, und den Dritten zu benennen. Der Bieter leistet Gewähr, dass der zur Leistungserbringung herangezogene Dritte sämtliche sich aus der Ausschreibung und dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen übernimmt und einhält. Der § 70 BVergG ist anzuwenden." "Die Weitergabe der gesamten Leistung ist unzulässig. Beabsichtigt der Bieter, Teile der Leistung nicht selbst zu erbringen, so hat er im Wege eines Begleitschreibens zum Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er im Wege eines Subauftrages an einen Dritten zu vergeben beabsichtigt, und den Dritten zu benennen. Der Bieter leistet Gewähr, dass der zur Leistungserbringung herangezogene Dritte sämtliche sich aus der Ausschreibung und dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen übernimmt und einhält. Der Paragraph 70, BVergG ist anzuwenden."

Im Vergabeverfahren wurden fristgerecht zwei Angebote abgegeben. Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einer Auftragssumme (ohne USt) von Euro 50.700.-- (30 Tage netto und 2 % Skonto bei Zahlung innerhalb von 20 Tagen) unter Beifügung eines Gewerbescheines für das reglementierte Gewerbe des Buchbinders, einer auf die eigene Person ausgestellten Zuverlässigkeitserklärung sowie eines Betriebsanlagenverzeichnisses (= Angaben über vorhandenen Maschinenpark sowie das Lieferfahrzeug).

Das Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin weist einen Gesamtauftragspreis (ebenfalls ohne USt) von Euro 49.760.-- (45 Tage netto und 2 % Skonto bei Zahlung innerhalb von 20 Tagen) auf. Diesem Angebot wurden ein Durchführungsplan, eine Referenzliste sowie Strafregisterbescheinigungen der Gemeinde Litzelsdorf betreffend B*** sowie der Gemeinde Ludersdorf-Wilfersdorf betreffend C*** beigelegt. Der Durchführungsplan weist folgenden Wortlaut auf:

1. "1.)eins,

Sorgfältige Abholung der Urkundenbestände/stöße bei den jeweiligen Bezirksgerichten nach vorheriger telefonischer Vereinbarung nach zusammengestellten Touren durch B***, mit Opel Combo Baujahr 2003, mit dem Kennzeichen OW 292AR. Seit den letzten 22 Jahren lenke ich meine Fahrzeuge unfallfrei. Pro Abhol- bzw. Zustelltour werden jeweils mehrere Bezirksgerichte angefahren.

2. 2.)2,

Besprechung mit den jeweiligen Urkundenbeamten hinsichtlich Ausführung von Rückenbreite und Beschriftung. Gegebenenfalls Kopie der Etiketten der vorherigen Jahrgangsbände um ein gleiches Erscheinungsbild der Etikettengröße, Positionierung der Etiketten bzw. Beschriftung zu gewährleisten.

3. 3.)3,

Erfassung der Urkundenbände/Bezeichnungen in eine Datei.

4. 4.)4,

Dienstleistung wie auf Seite 15 beschrieben - und abbinden bzw. Lumbecken mit Fächer-PLANAX-Klebebinde-Gerät DF 83.

5. 5.)5,

Weitergabe an Subunternehmer der Buchbinderei C*** - zur qualitätsmäßigen Endfertigung.

6. 6.)6,

Retourstellung nach dem 6. bis 12. Arbeitstag an die jeweiligen Bezirksgerichte persönlich durch B***, (nach jeweils vorheriger telefonischer Anmeldung) w.o.

7. 7.)7,

Im Auftragsfall würden die Abhol- bzw. Zustell Touren durch die Helvetia Transportversicherung auf 1. Risiko pro Transport (zwischen 100 und 200 Bände) auf € 15.000,00 versichert sein. Die Versicherungsprämie der Transportversicherung ist in meinem Angebotspreis enthalten und ist eine zusätzliche Vorsichtsmaßnahme durch mich als Auftragnehmer. Nicht gedeckt sind jedoch Terroranschläge oder Kriegszustände."

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin selbst verfügt nicht über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Buchbinder gemäß § 94 Z 8 GewO 1994 idGF. Sie verfügt über die Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe Handelsgewerbe bzw. Handelsagentur (Beilage E und F zu OZ 1). Der von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin namhaft gemachte Subunternehmer (Verlassenschaftsfortbetrieb nach dem verstorbenen D***) verfügt über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Buchbinder (Beilage F zu OZ 1). Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin selbst verfügt nicht über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Buchbinder gemäß Paragraph 94, Ziffer 8, GewO 1994 idGF. Sie verfügt über die Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe Handelsgewerbe bzw. Handelsagentur (Beilage E und F zu OZ 1). Der von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin namhaft gemachte Subunternehmer (Verlassenschaftsfortbetrieb nach dem verstorbenen D***) verfügt über die Gewerbeberechtigung für das reglementierte Gewerbe Buchbinder (Beilage F zu OZ 1).

Auf der Grundlage der vom Auftraggeber durchgeführten Prüfung und Bewertung der eingelangten Angebote wurde die Zuschlagsentscheidung getroffen und der Antragstellerin gemäß § 100 Abs. 1 BVergG am 23. November 2004 bekannt gegeben. Hiezu wird im Prüfprotokoll festgehalten, dass sowohl die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin als auch die Antragstellerin bereits in der Vergangenheit für unterschiedliche Jahre mit der ausgeschriebenen Leistungserbringung zur vollen Zufriedenheit des Auftraggebers beauftragt gewesen wären. Qualitätsunterschiede würden nicht bestehen, weswegen für die Zuschlagsentscheidung der günstigere Preis der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin heranzuziehen sei. Auf der Grundlage der vom Auftraggeber durchgeführten Prüfung und Bewertung der eingelangten Angebote wurde die Zuschlagsentscheidung getroffen und der Antragstellerin gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG am 23. November 2004 bekannt gegeben. Hiezu wird im Prüfprotokoll festgehalten, dass sowohl die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin als auch die Antragstellerin bereits in der Vergangenheit für unterschiedliche Jahre mit der ausgeschriebenen Leistungserbringung zur vollen Zufriedenheit des Auftraggebers beauftragt gewesen wären. Qualitätsunterschiede würden nicht bestehen, weswegen für die Zuschlagsentscheidung der günstigere Preis der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin heranzuziehen sei.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Soweit im Nachprüfungsantrag vom 7. Dezember 2005 unter Punkt 1. der relevante Sachverhalt wiedergegeben wird, findet diese Darstellung volle Deckung in den Verfahrensunterlagen des Auftraggebers. Widersprüchlichkeiten liegen dazu nicht vor. Die Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im dem Angebot beigelegten Durchführungsplan sind erklärungsbedürftig. Wenn sie in Punkt 4. dieses Durchführungsplanes auf "Dienstleistung wie auf Seite 15 beschrieben" verweist, wird der Eindruck erweckt, dass sie selbst alle auf Seite 15 der Ausschreibungsunterlage aufgelisteten Tätigkeiten und somit auch alle Buchbindearbeiten, wofür es ihr an der erforderlichen gewerberechtlichen Befugnis mangelt, selbst durchführt. Jedoch weist sie unter Punkt 5. ihres Durchführungsplanes auf eine Weitergabe an einen Subunternehmer hin. Das kann nur so verstanden werden, dass sie nicht alle zur Auftragserfüllung erforderlichen Tätigkeiten selbst durchführt. Was jedoch unter einer "qualitätsmäßigen Endfertigung durch den Subunternehmer" zu verstehen ist, kann ihrem Angebot bzw. diesem Durchführungsplan nicht entnommen werden, sondern wurde erst im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt ermittelt. Die Angaben des Auftraggebers in der Mitteilung gemäß § 100 Abs. 3 BVergG vom 2. Dezember 2005 sowie in seiner

Stellungnahme vom 12. Dezember 2005 über den Umfang der Tätigkeiten, die die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin selbst erbringt, sind nicht gänzlich nachvollziehbar. Der der Stellungnahme der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vom 14. Dezember 2005 beigelegte Durchführungsplan unterscheidet sich vom dem Angebot beigelegten Durchführungsplan insoweit, als nicht mehr eine Bezugnahme auf Seite 15 der Ausschreibung erfolgt, sondern erstmals eine tatsächliche Tätigkeitsaufteilung zwischen beabsichtigter Zuschlagsempfängerin und deren Subunternehmer vorgenommen wird. Erst dieser konkretisierende Durchführungsplan und ein gezieltes Nachfragen in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 gaben Aufklärung, welche Tätigkeiten - im Falle einer Zuschlagserteilung - von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und welche von deren Subunternehmer erfüllt werden. Von der Antragstellerin wurde auch auf die aufgezeigten Widersprüchlichkeiten hingewiesen. Soweit im Nachprüfungsantrag vom 7. Dezember 2005 unter Punkt 1. der relevante Sachverhalt wiedergegeben wird, findet diese Darstellung volle Deckung in den Verfahrensunterlagen des Auftraggebers. Widersprüchlichkeiten liegen dazu nicht vor. Die Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im dem Angebot beigelegten Durchführungsplan sind erklärungsbedürftig. Wenn sie in Punkt 4. dieses Durchführungsplanes auf "Dienstleistung wie auf Seite 15 beschrieben" verweist, wird der Eindruck erweckt, dass sie selbst alle auf Seite 15 der Ausschreibungsunterlage aufgelisteten Tätigkeiten und somit auch alle Buchbindearbeiten, wofür es ihr an der erforderlichen gewerberechtlichen Befugnis mangelt, selbst durchführt. Jedoch weist sie unter Punkt 5. ihres Durchführungsplanes auf eine Weitergabe an einen Subunternehmer hin. Das kann nur so verstanden werden, dass sie nicht alle zur Auftragserfüllung erforderlichen Tätigkeiten selbst durchführt. Was jedoch unter einer "qualitätsmäßigen Endfertigung durch den Subunternehmer" zu verstehen ist, kann ihrem Angebot bzw. diesem Durchführungsplan nicht entnommen werden, sondern wurde erst im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt ermittelt. Die Angaben des Auftraggebers in der Mitteilung gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG vom 2. Dezember 2005 sowie in seiner Stellungnahme vom 12. Dezember 2005 über den Umfang der Tätigkeiten, die die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin selbst erbringt, sind nicht gänzlich nachvollziehbar. Der der Stellungnahme der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vom 14. Dezember 2005 beigelegte Durchführungsplan unterscheidet sich vom dem Angebot beigelegten Durchführungsplan insoweit, als nicht mehr eine Bezugnahme auf Seite 15 der Ausschreibung erfolgt, sondern erstmals eine tatsächliche Tätigkeitsaufteilung zwischen beabsichtigter Zuschlagsempfängerin und deren Subunternehmer vorgenommen wird. Erst dieser konkretisierende Durchführungsplan und ein gezieltes Nachfragen in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 gaben Aufklärung, welche Tätigkeiten - im Falle einer Zuschlagserteilung - von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und welche von deren Subunternehmer erfüllt werden. Von der Antragstellerin wurde auch auf die aufgezeigten Widersprüchlichkeiten hingewiesen.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

zu Spruchpunkt I.: zu Spruchpunkt römisch eins.:

Vom Bundesvergabeamt wurde bereits auf Seite 4 des Bescheides vom 13. Dezember 2005, 05N-122/05-12, auf die korrekte Bezeichnung des Auftraggebers hingewiesen. Grundlage für die Bezeichnung eines Auftraggebers ist § 7 BVergG. Nur für die dort genannten öffentlichen Auftraggeber gelten die Bestimmungen des BVergG. Im gegenständlichen Fall wurde in der Ausschreibungsbekanntmachung als Auftraggeber der Präsident des OLG Wien benannt. Die Ausschreibungsunterlage selbst spricht nur vom Auftraggeber ohne diesen zu benennen und tituliert den Präsidenten des OLG Wien als ausschreibende Stelle. Unter Hinweis auf Teil 2 Abschnitt G Z 9 der Anlage zu § 2 BMG idgF sowie den Erlass d. BMJ vom 18. März 2002, GZ 330.01/3-III 2/02 wird noch einmal zur Klarheit ausgeführt, dass der Präsident des OLG Wien als Vertreter der Bundesministerin für Justiz handelt, die ihrerseits im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben für den Bund tätig wird. Bei einer exakten Bezeichnung des Auftraggebers hätte man die Formulierung „Bund, vertreten durch die BMJ, diese vertreten durch den Präsidenten des OLG Wien“ verwenden müssen. Da die Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die einzige vom Auftraggeber selbst verwendete und nach außen in Erscheinung getretene Bezeichnung des Auftraggebers verwendet hat, kann ihr daraus kein Nachteil erwachsen. Ein Mangel im Sinne von § 166 Abs. 1 Z 2 liegt nicht vor. Dies wird im Übrigen vom Auftraggeber auch nicht behauptet. Vom Bundesvergabeamt wurde bereits auf Seite 4 des Bescheides vom 13. Dezember 2005, 05N-122/05-12, auf die korrekte Bezeichnung des Auftraggebers hingewiesen. Grundlage für die Bezeichnung eines Auftraggebers ist Paragraph 7, BVergG. Nur für die dort genannten öffentlichen Auftraggeber gelten die Bestimmungen des BVergG. Im gegenständlichen Fall wurde in der Ausschreibungsbekanntmachung als Auftraggeber der Präsident des OLG Wien benannt. Die Ausschreibungsunterlage selbst spricht nur vom Auftraggeber

ohne diesen zu benennen und titulierte den Präsidenten des OLG Wien als ausschreibende Stelle. Unter Hinweis auf Teil 2 Abschnitt G Ziffer 9, der Anlage zu Paragraph 2, BMG idGF sowie den Erlass d. BMJ vom 18. März 2002, GZ 330.01/3-III 2/02 wird noch einmal zur Klarheit ausgeführt, dass der Präsident des OLG Wien als Vertreter der Bundesministerin für Justiz handelt, die ihrerseits im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben für den Bund tätig wird. Bei einer exakten Bezeichnung des Auftraggebers hätte man die Formulierung „Bund, vertreten durch die BMJ, diese vertreten durch den Präsidenten des OLG Wien“ verwenden müssen. Da die Antragstellerin im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die einzige vom Auftraggeber selbst verwendete und nach außen in Erscheinung getretene Bezeichnung des Auftraggebers verwendet hat, kann ihr daraus kein Nachteil erwachsen. Ein Mangel im Sinne von Paragraph 166, Absatz eins, Ziffer 2, liegt nicht vor. Dies wird im Übrigen vom Auftraggeber auch nicht behauptet.

Der vorliegende Nachprüfungsantrag erfüllt alle Antragsvoraussetzungen des § 166 Abs. 1 BVergG. Gründe gemäß § 166 Abs. 2 BVergG, die zu einer Unzulässigkeit führen würden, liegen nicht vor. Der verfahrensgegenständliche Auftrag wurde gemäß § 4 Abs. 1 BVergG als Dienstleistungsauftrag bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert mit Euro 52.200.-- liegt gemäß § 9 Abs. 1 Z 5 iVm Abs. 2 BVergG im Unterschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Der vorliegende Nachprüfungsantrag erfüllt alle Antragsvoraussetzungen des Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Gründe gemäß Paragraph 166, Absatz 2, BVergG, die zu einer Unzulässigkeit führen würden, liegen nicht vor. Der verfahrensgegenständliche Auftrag wurde gemäß Paragraph 4, Absatz eins, BVergG als Dienstleistungsauftrag bekannt gemacht. Der geschätzte Auftragswert mit Euro 52.200.-- liegt gemäß Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 5, in Verbindung mit Absatz 2, BVergG im Unterschwellenbereich. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Gemäß § 154 Abs. 1 Z 1 BVergG entscheidet das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Geschäftsverteilung über Anträge betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich durch ein einzelnes in § 136 Abs. 4 leg.cit. genanntes Mitglied. Die auf das gegenständliche Verfahren anzuwendende Geschäftsverteilung wurde in der Sitzung der Vollversammlung des Bundesvergabeamts am 9. November 2004 beschlossen und sieht auf Seite 14 unter Punkt 1 die Zuständigkeit des Senatsvorsitzenden des Senates 5 vor (<http://www.bva.gv.at/BVA/Organisation/Geschaeftsverteilung>). Gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG entscheidet das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Geschäftsverteilung über Anträge betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich durch ein einzelnes in Paragraph 136, Absatz 4, leg.cit. genanntes Mitglied. Die auf das gegenständliche Verfahren anzuwendende Geschäftsverteilung wurde in der Sitzung der Vollversammlung des Bundesvergabeamts am 9. November 2004 beschlossen und sieht auf Seite 14 unter Punkt 1 die Zuständigkeit des Senatsvorsitzenden des Senates 5 vor (<http://www.bva.gv.at/BVA/Organisation/Geschaeftsverteilung>).

Wie in der Sachverhaltsdarstellung ausführlich dargelegt wurde, ist aus dem Angebot samt dem diesem beigelegten Durchführungsplan der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin nicht zu erkennen, welche Teile des Auftrages sie selbst zu erbringen beabsichtigt bzw. welche Teile der Auftragserfüllung durch den von ihr benannten Subunternehmer erbracht werden. Selbst der Auftraggeber ging in seiner Stellungnahme vom 12. Dezember 2005 davon aus, dass die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin das Falzen von Plänen selbst vornimmt. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens - im Besonderen bei einer Befragung von B*** in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 - hat sich jedoch ergeben, dass das Falzen von Plänen einem befugten Buchbinder vorbehalten ist und daher vom Subunternehmer durchgeführt werden würde.

Das Bundesvergabeamt vermag aus dem Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin bzw. aus dem diesem beigelegten Durchführungsplan nicht erkennen, welchen Teil des Auftrages sie als Subauftrag zu vergeben beabsichtigt. Auch Herr B*** gestand in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 ein, dass der Durchführungsplan möglicherweise etwas missverstanden werden könnte. Dass aus dem Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin nicht klar erkennbar ist, welche Tätigkeiten die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin selbst und welche durch ihren Subunternehmer erfüllt werden, hat sie eindrucksvoll unter Beweis gestellt, indem sie fälschlicher Weise in der Stellungnahme vom 12. Dezember 2005 darzulegen versuchte, dass die beabsichtigte

Zuschlagsempfängerin selbst das Falzen von Plänen durchführe. Die im Durchführungsplan verwendeten Formulierungen sind daher nicht geeignet zu erkennen, welche Tätigkeiten und somit welche Teile des Auftrags im Falle einer Auftragserteilung von wem erfüllt werden.

Indem die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot bzw. in einem Begleitschreiben zum Angebot den Teil des Auftrages, den sie im Wege eines Subauftrages an einen Dritten zu vergeben beabsichtigt, nicht angegeben hat, hat sie nicht nur gegen § 70 Abs. 2 1. Satz BVergG verstoßen. Gemäß dieser Bestimmung hat ein Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Weg von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Auch § 83 Abs. 1 Z 2 BVergG sieht vor, dass jedes Angebot die Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, zu enthalten hat. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin hat auch den klaren und unmissverständlichen Wortlaut des Punktes 10 (Subunternehmerleistungen) auf Seite 8 der Ausschreibungsunterlage nicht beachtet. Da somit auch der Auftraggeber bei der Prüfung der eingelangten Angebote nicht wissen konnte, welcher Teil der Auftragsdurchführung von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und welcher Teil von ihrem Subunternehmer vorgenommen wird, konnte sie auch nicht prüfen, ob die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin und ihr Subunternehmer auch befugt sind, den jeweiligen Teil der Leistung zu erbringen. Das bedeutet wiederum, dass eine ordnungsgemäße bzw. vergaberechtskonforme Prüfung des Angebotes der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Befugnis mangels Kenntnis, wer welche Tätigkeiten durchführt, weder beginnen noch abgeschlossen hätte werden können. Damit ist die Zuschlagsentscheidung ohne eine vergaberechtskonforme Prüfung der Befugnis der Bieter vorgenommen worden (vgl. dazu auch den Kommentar zum Erfordernis bereits im Angebot jenen Teil, der als Subauftrag weitergegeben werden soll, anzugeben von Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [328 ff]). Da in den vorgelegten Verfahrensunterlagen des Auftraggebers beim Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin auch keine Hinweise auf eine etwaige Gewerbeberechtigung der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und ihres Subunternehmers vorzufinden sind, stellt sich das Bundesvergabeamt die unbeantwortete Frage, ob und wie die erforderliche Befugnis-Prüfung überhaupt erfolgt ist. Möglicherweise wurden entsprechende Dokumente in einem früheren Vergabeverfahren vorgelegt, sodass auf eine neuerliche Vorlage verzichtet werden konnte. Indem die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot bzw. in einem Begleitschreiben zum Angebot den Teil des Auftrages, den sie im Wege eines Subauftrages an einen Dritten zu vergeben beabsichtigt, nicht angegeben hat, hat sie nicht nur gegen Paragraph 70, Absatz 2, 1. Satz BVergG verstoßen. Gemäß dieser Bestimmung hat ein Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Weg von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Auch Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sieht vor, dass jedes Angebot die Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, zu enthalten hat. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin hat auch den klaren und unmissverständlichen Wortlaut des Punktes 10 (Subunternehmerleistungen) auf Seite 8 der Ausschreibungsunterlage nicht beachtet. Da somit auch der Auftraggeber bei der Prüfung der eingelangten Angebote nicht wissen konnte, welcher Teil der Auftragsdurchführung von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und welcher Teil von ihrem Subunternehmer vorgenommen wird, konnte sie auch nicht prüfen, ob die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin und ihr Subunternehmer auch befugt sind, den jeweiligen Teil der Leistung zu erbringen. Das bedeutet wiederum, dass eine ordnungsgemäße bzw. vergaberechtskonforme Prüfung des Angebotes der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Befugnis mangels Kenntnis, wer welche Tätigkeiten durchführt, weder beginnen noch abgeschlossen hätte werden können. Damit ist die Zuschlagsentscheidung ohne eine vergaberechtskonforme Prüfung der Befugnis der Bieter vorgenommen worden vergleiche dazu auch den Kommentar zum Erfordernis bereits im Angebot jenen Teil, der als Subauftrag weitergegeben werden soll, anzugeben von Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² (2005) [328 ff]). Da in den vorgelegten Verfahrensunterlagen des Auftraggebers beim Angebot der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin auch keine Hinweise auf eine etwaige Gewerbeberechtigung der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin und ihres Subunternehmers vorzufinden sind, stellt sich das Bundesvergabeamt die unbeantwortete Frage, ob und wie die erforderliche Befugnis-Prüfung überhaupt erfolgt ist. Möglicherweise wurden entsprechende Dokumente in einem früheren Vergabeverfahren vorgelegt, sodass auf eine neuerliche Vorlage verzichtet werden konnte.

Damit stellt sich die Frage, wie ein Auftraggeber, der mit dieser Situation konfrontiert ist, zu reagieren hat. Im Einzelnen stellt sich die Frage, ob dieser Mangel verbesserungsfähig ist bzw. ob gemäß § 94 BVergG eine Aufklärung zu erfolgen hat. Damit stellt sich die Frage, wie ein Auftraggeber, der mit dieser Situation konfrontiert ist, zu reagieren hat.

Im Einzelnen stellt sich die Frage, ob dieser Mangel verbesserungsfähig ist bzw. ob gemäß Paragraph 94, BVergG eine Aufklärung zu erfolgen hat.

Die Antwort auf diese Frage wurde in einem über weite Strecken vergleichbaren Fall zum Bundesvergabegesetz 1997 bereits vom Verwaltungsgerichtshof am 29. Mai 2002, 2002/04/0023, beantwortet. Diesbezüglich stellt der Verwaltungsgerichtshof Folgendes fest: "War der Bieter verpflichtet, bereits im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden und ist der Bieter dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden im Grunde des § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG 1997 (nunmehr gleichlautend: § 98 Z 8 BVergG) zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich auch nicht um einen behebbaren." Die Antwort auf diese Frage wurde in einem über weite Strecken vergleichbaren Fall zum Bundesvergabegesetz 1997 bereits vom Verwaltungsgerichtshof am 29. Mai 2002, 2002/04/0023, beantwortet. Diesbezüglich stellt der Verwaltungsgerichtshof Folgendes fest: "War der Bieter verpflichtet, bereits im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden und ist der Bieter dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so hatte die diesbezügliche Unvollständigkeit des Angebotes schon aus diesem Grund zu dessen Ausscheiden im Grunde des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 1997 (nunmehr gleichlautend: Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG) zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich auch nicht um einen behebbaren."

Zur Begründung, warum ein diesbezüglicher Mangel einer Verbesserung im Rahmen einer Aufklärung nach Angebotsöffnung nicht zugänglich ist, wird ausgeführt, dass die Anordnung, wonach mit Mängeln behaftete Angebote von Bietern auszuscheiden sind, der Gewährleistung eines lautereren Wettbewerbes, also dem Wettbewerbsprinzip, das unter den Grundsätzen des Vergaberechts eine zentrale Stellung einnimmt, dient (vgl. VfGH vom 20. Juni 2001, B 1560/00 oder Korinek, Zur Begründung, warum ein diesbezüglicher Mangel einer Verbesserung im Rahmen einer Aufklärung nach Angebotsöffnung nicht zugänglich ist, wird ausgeführt, dass die Anordnung, wonach mit Mängeln behaftete Angebote von Bietern auszuscheiden sind, der Gewährleistung eines lautereren Wettbewerbes, also dem Wettbewerbsprinzip, das unter den Grundsätzen des Vergaberechts eine zentrale Stellung einnimmt, dient vergleiche VfGH vom 20. Juni 2001, B 1560/00 oder Korinek,

Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, ecolex 199, S. 523 ff).

Angemerkt wird, dass die Bestimmung des nunmehr geltenden

§ 70 Abs. 2 BVergG bereits im BVergG 1997 als

§ 31 Abs. 2 wortident gegolten hat.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - unter Bezugnahme auf Aicher (in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985), 363 f und 411 f) - sind Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Gravierende formale und inhaltliche Mängel in den Angeboten sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuscheiden (VwGH vom 26. Februar 2003, 2001/04/0037, mit Verweis auf VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050).

Es wird darauf hingewiesen, dass auch allein deshalb, weil der Auftraggeber vor Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einer formalen Ausscheidung eines Angebotes Abstand genommen hat, ein mit einem Mangel im Sinne des § 98 Z. 8 leg. cit. behaftetes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot wird, dem der Zuschlag erteilt werden könnte (vgl. VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050). Es wird darauf hingewiesen, dass auch allein deshalb, weil der Auftraggeber vor Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einer formalen Ausscheidung eines Angebotes Abstand genommen hat, ein mit einem Mangel im Sinne des Paragraph 98, Ziffer 8, leg. cit. behaftetes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot wird, dem der Zuschlag erteilt werden könnte vergleiche VwGH vom 27. September 2000, 2000/04/0050).

Das bedeutet im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren, dass das von der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin gelegte Angebot gemäß § 98 Z 8 BVergG hätte ausgeschieden werden müssen. Die auf dieses Angebot lautende Zuschlagsentscheidung war somit als nicht vergaberechtskonform vom Bundesvergabeamt für nichtig zu erklären. Das bedeutet im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren, dass das von der beabsichtigten

Zuschlagsempfängerin gelegte Angebot gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG hätte ausgeschieden werden müssen. Die auf dieses Angebot lautende Zuschlagsentscheidung war somit als nicht vergaberechtskonform vom Bundesvergabeamt für nichtig zu erklären.

zu Spruchpunkt II.: zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Gemäß § 165 Abs. 2 BVergG sind bei Nachprüfungsverfahren betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung neben dem Antragsteller und dem Auftraggeber jene Bieter des Vergabeverfahrens Partei des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes unmittelbar berührt werden können. Die Bieter verlieren ihre Parteistellung, sofern die nicht spätestens binnen einer Frist von einer Woche nach der Verständigung gemäß § 163 Abs. 2 schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt haben. Gemäß Paragraph 165, Absatz 2, BVergG sind bei Nachprüfungsverfahren betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung neben dem Antragsteller und dem Auftraggeber jene Bieter des Vergabeverfahrens Partei des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes unmittelbar berührt werden können. Die Bieter verlieren ihre Parteistellung, sofern die nicht spätestens binnen einer Frist von einer Woche nach der Verständigung gemäß Paragraph 163, Absatz 2, schriftlich oder in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt haben.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin ist unmittelbar durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes berührt und hat am 16. Dezember 2005 in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt. Da unter Berücksichtigung des Vorbringens der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin im Schriftsatz vom 14. Dezember 2005 sowie in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 sowie durch die Entrichtung der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 400.-- die Voraussetzungen gemäß § 167 BVergG für die Zulässigkeit des Antrages auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren erfüllt sind, war dem Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren stattzugeben. Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin ist unmittelbar durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes berührt und hat am 16. Dezember 2005 in der mündlichen Verhandlung mündlich einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt. Da unter Berücksichtigung des Vorbringens der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin im Schriftsatz vom 14. Dezember 2005 sowie in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 sowie durch die Entrichtung der Pauschalgebühr in Höhe von Euro 400.-- die Voraussetzungen gemäß Paragraph 167, BVergG für die Zulässigkeit des Antrages auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren erfüllt sind, war dem Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren stattzugeben.

zu Spruchpunkt III.: zu Spruchpunkt römisch drei.:

Gemäß § 74 Abs. 1 AVG hat jeder Beteiligte die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenen Kosten selbst zu bestreiten. Gemäß Abs. 2 leg.cit bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden. Gemäß Paragraph 74, Absatz eins, AVG hat jeder Beteiligte die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenen Kosten selbst zu bestreiten. Gemäß Absatz 2, leg.cit bestimmen die Verwaltungsvorschriften, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden.

Gemäß § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

In einer früheren Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes wurde unter Verweis auf die Materialien (RV 1087 BlgNR XXI GP 48, AB 1118 BlgNR XXI GP 65) die Zuständigkeit für Gebührenersatzansprüche wie den gegenständlichen einhellig verneint (siehe Ditz, RPA 2005, 270 ff und die dort zitierte Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes). Diese Rechtsansicht konnte nicht weiter aufrechterhalten werden. Nach dem VwGH (VwGH 6. April 2005, 2004/04/0091,

0092), dem Bundesvergabeamt (BVA 13. Mai 2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat], BVA 17. Mai 2005, 04N-17/05-50) und der Lehre (Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff), stellt nun § 177 Abs. 5 BVergG eine solche Verwaltungsvorschrift im Sinne des § 74 Abs. 2 AVG dar. Daher ist das Bundesvergabeamt zuständig, über den Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen, wobei sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Verwaltungssache zuständigen Behörde richtet. In einer früheren Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes wurde unter Verweis auf die Materialien Regierungsvorlage 1087 BlgNR römisch 21 Gesetzgebungsperiode 48, Ausschussbericht 1118 BlgNR römisch 21 Gesetzgebungsperiode 65) die Zuständigkeit für Gebührenersatzansprüche wie den gegenständlichen einhellig verneint (siehe Ditz, RPA 2005, 270 ff und die dort zitierte Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes). Diese Rechtsansicht konnte nicht weiter aufrechterhalten werden. Nach dem VwGH (VwGH 6. April 2005, 2004/04/0091, 0092), dem Bundesvergabeamt (BVA 13. Mai 2005, 04N-17/05-19 [verstärkter Senat], BVA 17. Mai 2005, 04N-17/05-50) und der Lehre (Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff), stellt nun Paragraph 177, Absatz 5, BVergG eine solche Verwaltungsvorschrift im Sinne des Paragraph 74, Absatz 2, AVG dar. Daher ist das Bundesvergabeamt zuständig, über den Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen, wobei sich die Zuständigkeit für den Kostenersatzanspruch nach der für die Verwaltungssache zuständigen Behörde richtet.

Die Antragstellerin hat für den beim Bundesvergabeamt am 7. Dezember 2005 eingebrachten Nachprüfungsantrag nachweislich eine Pauschalgebühr von Euro 800.-- entrichtet. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt hat dem Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin in Spruchpunkt I stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt. Somit liegt hinsichtlich des Antrages gemäß § 163 Abs.1 BVergG zumindest ein "auch nur teilweises Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne des § 177 Abs. 5 BVergG vor, weswegen dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den gestellten Nachprüfungsantrag stattzugeben war. Die Antragstellerin hat für den beim Bundesvergabeamt am 7. Dezember 2005 eingebrachten Nachprüfungsantrag nachweislich eine Pauschalgebühr von Euro 800.-- entrichtet. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Nachprüfungsantrag und damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt hat dem Nachprüfungsbegehren der Antragstellerin in Spruchpunkt römisch eins stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt. Somit liegt hinsichtlich des Antrages gemäß Paragraph 163, Absatz eins, BVergG zumindest ein "auch nur teilweises Obsiegen" der Antragstellerin im Sinne des Paragraph 177, Absatz 5, BVergG vor, weswegen dem Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den gestellten Nachprüfungsantrag stattzugeben war.

zu Spruchpunkt IV.: zu Spruchpunkt römisch vier.:

Hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Kostenersatzanspruch einer entrichteten Pauschalgebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird auf § 177 Abs. 5 iVm Abs. 1 und 2 BVergG sowie auf die Ausführungen der Begründung zu Spruchpunkt III und das Schrifttum (u.a. Ditz, Die Entrichtung der Pauschalgebühr in Verfahren vor dem BVA in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003) [101 ff] oder Ditz, RPA 2005, 270 ff) hingewiesen. Hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Kostenersatzanspruch einer entrichteten Pauschalgebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird auf Paragraph 177, Absatz 5, in Verbindung mit Absatz eins und 2 BVergG sowie auf die Ausführungen der Begründung zu Spruchpunkt römisch drei und das Schrifttum (u.a. Ditz, Die Entrichtung der Pauschalgebühr in Verfahren vor dem BVA in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003) [101 ff] oder Ditz, RPA 2005, 270 ff) hingewiesen.

Für den am 7. Dezember 2005 eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 171 Abs. 1 BVergG 2002 wurde von der Antragstellerin nachweislich die Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800.-- entrichtet. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Dezember 2005, 05N-122/05-12, stattgegeben, da dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 7. Jänner 2006 untersagt wurde, den Zuschlag zu erteilen. Damit liegt jedenfalls ein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers im Sinne von § 177 Abs. 5 BVergG 2002 betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor, weswegen dem Erstattungsbegehren der Antragstellerin stattzugeben war. Für den am 7. Dezember 2005 eingebrachten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 171, Absatz eins, BVergG 2002 wurde von der Antragstellerin nachweislich die Pauschalgebühr in Höhe von Euro 800.-- entrichtet. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 13. Dezember

2005, 05N-122/05-12, stattgegeben, da dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum Ablauf des 7. Jänner 2006 untersagt wurde, den Zuschlag zu erteilen. Damit liegt jedenfalls ein "teilweises Obsiegen" des Antragstellers im Sinne von Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vor, weswegen dem Erstattungsbegehren der Antragstellerin stattzugeben war.

Zu Spruchpunkt V.: Zu Spruchpunkt römisch fünf.:

Gemäß § 177 Abs. 3 BVergG ist für Anträge auf Teilnahme am Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren gemäß § 165 Abs. 2 und 4 BVergG eine Pauschalgebühr in der Höhe von 50 % von den in Anhang I genannten Sätzen zu entrichten. Die Höhe der Pauschalgebühr richtet sich nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren. Nach § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Gemäß Paragraph 177, Absatz 3, BVergG ist für Anträge auf Teilnahme am Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 165, Absatz 2 und 4 BVergG eine Pauschalgebühr in der Höhe von 50 % von den in Anhang römisch eins genannten Sätzen zu entrichten. Die Höhe der Pauschalgebühr richtet sich nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren. Nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

§ 74 Abs. 1 AVG stellt den Grundsatz auf, dass jeder Beteiligte die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. § 74 Abs. 2 AVG durchbricht diesen Grundsatz dadurch, dass er festlegt, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden. Paragraph 74, Absatz eins, AVG stellt den Grundsatz auf, dass jeder Beteiligte die ihm im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Paragraph 74, Absatz 2, AVG durchbricht diesen Grundsatz dadurch, dass er festlegt, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden.

Wie bereits unter Spruchpunkt III ausgeführt, ist das Bundesvergabeamt zuständig, über den Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen. Wie bereits unter Spruchpunkt römisch drei ausgeführt, ist das Bundesvergabeamt zuständig, über den Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr abzusprechen.

Die Teilnahmeantragstellerin ist, wie sich aus den Verweisen in § 177 Abs. 5 BVergG ergibt, als Antragstellerin im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. Sie entrichtete die gesetzlich vorgeschriebene Pauschalgebühr in Höhe von Euro 400.--. Die Teilnahmeantragstellerin beantragte die Zurück- oder Abweisung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin. Die Antragstellerin des Nachprüfungsantrages ist daher in Zusammenhang mit dem Gebührenersatz als Antragsgegnerin der Teilnahmeantragstellerin anzusehen. Die Teilnahmeantragstellerin hat den Kostenersatz gemeinsam mit dem Teilnahmeantrag in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 und damit rechtzeitig begehrt. Die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 400.- wurde auch tatsächlich entrichtet. Ihrem Begehren, den Nachprüfungsantrag zurück- in eventu abzuweisen, hat das Bundesvergabeamt im Spruchpunkt I jedoch nicht entsprochen. Viel mehr hat das Bundesvergabeamt dem Nichtigerklärungsbegehren der Antragstellerin entsprochen und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin für nichtig erklärt. Die Teilnahmeantragstellerin hat somit im Sinne der Bestimmung des § 177 Abs. 5 BVergG nicht einmal teilweise obsiegt, sodass das auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Teilnahmeantrag gerichtete Begehren der Teilnahmeantragstellerin abzuweisen war. Die Teilnahmeantragstellerin ist, wie sich aus den Verweisen in Paragraph 177, Absatz 5, BVergG ergibt, als Antragstellerin im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. Sie entrichtete die gesetzlich vorgeschriebene Pauschalgebühr in Höhe von Euro 400.--. Die Teilnahmeantragstellerin beantragte die Zurück- oder Abweisung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin. Die Antragstellerin des Nachprüfungsantrages ist daher in Zusammenhang mit dem Gebührenersatz als Antragsgegnerin der Teilnahmeantragstellerin anzusehen. Die Teilnahmeantragstellerin hat den Kostenersatz gemeinsam mit dem Teilnahmeantrag in der mündlichen Verhandlung am 16. Dezember 2005 und damit rechtzeitig begehrt. Die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 400.- wurde auch tatsächlich entrichtet. Ihrem Begehren, den

Nachprüfungsantrag zurück- in eventu abzuweisen, hat das Bundesvergabeamt im Spruchpunkt römisch eins jedoch nicht entsprochen. Viel mehr hat das Bundesvergabeamt dem Nichtigklärungsbegehren der Antragstellerin entsprochen und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin für nichtig erklärt. Die Teilnahmeantragstellerin hat somit im Sinne der Bestimmung des Paragraph 177, Absatz 5, BVergG nicht einmal teilweise obsiegt, sodass das auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für den Teilnahmeantrag gerichtete Begehren der Teilnahmeantragstellerin abzuweisen war.

Schlagworte

nicht verbesserungsfähiger Mangel; weil Teilleistungsumfang nicht erkennbar war; Subunternehmer; Festlegung des Leistungsumfanges; Ausscheiden; Buchbinder; fehlerhafte Bezeichnung des Auftraggebers;

Dokumentnummer

VERGT_20060102_05N_122_05_21_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