

TE Verg Bescheid 2004/10/6 17N-81/04-34

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.10.2004

Norm

BVergG 2002 §83 Abs1 Z2

BVergG 2002 §70 Abs2

BVergG 2002 §21 Abs2

BVergG 2002 §22 Abs1

HGB §381 Abs2

ABGB §914

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 28. September 2004 durch den Senat 17, bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden, Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A***, vertreten durch X*** Rechtsanwälte in dem Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, BL 10.4-Kinetische Felder", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft vertreten durch die Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Gesellschaft m.b.H.,

"das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ausschreibende Stelle Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Gesellschaft m.b.H. im Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, BL 10.4 - Kinetische Felder" vom 28.7.2004 für nichtig erklären",

wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 21 Abs. 1, 52 Abs. 1 Z 1, 53, 98 Z 1, 5 und 8 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG)BGBl I Nr. 99/2002Rechtsgrundlage: Paragraphen 21, Absatz eins, 52, Absatz eins, Ziffer eins, 53, 98, Ziffer eins, 5 und 8 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,

II.römisch zwei.

Der Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte in dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, BL 10.4-Kinetische Felder", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Gesellschaft m. b.H.,

"das Bundesvergabeamt möge im Sinn des § 349 Abs 1 Z 1 iVm Z 3 GewO beim zuständigen Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit den Antrag auf Entscheidung über Umfang und Verhältnis der hier strittigen Gewerbeberechtigungen des Baumeisters und des Schlossers einschließlich der sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden stellen und das anhängige Nachprüfungsverfahren bis zur Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, unter Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung, aussetzen", "das Bundesvergabeamt möge im Sinn des Paragraph 349, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Ziffer 3, GewO beim zuständigen Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit den Antrag auf Entscheidung über Umfang und Verhältnis der hier strittigen Gewerbeberechtigungen des Baumeisters und des Schlossers einschließlich der sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden stellen und das anhängige Nachprüfungsverfahren bis zur Entscheidung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, unter Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung, aussetzen",

wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 349 Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. I Nr. 118/2004
Rechtsgrundlage: Paragraph 349, Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 118 aus 2004,

III. römisch drei.

Der Antrag der A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte in dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, BL 10.4-Kinetische Felder", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Gesellschaft m. b.H.,

"das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren zu Handen der ausgewiesenen Vertreter auferlegen",

wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, BVergG

Begründung

1. 1. Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, beantragte mit Nachprüfungsantrag vom 16. August 2004, beim Bundesvergabeamt am 16. August 2004 per Telefax eingebracht, die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, BL 10.4-Kinetische Felder", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Gesellschaft m. b.H. (ÖSAG), in der Folge Auftraggeberin genannt, wie im Spruch unter I. wiedergegeben. Begründet wurde der Antrag im Wesentlichen damit, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Ausscheidensgrund sei die fehlende Gewerbeberechtigung als Schlosser gewesen. Sie berief sich auf ihre Gewerbeberechtigung als Baumeister und die daraus resultierende Befugnis, Arbeiten verwandter Gewerbe zu übernehmen. Ebenso berief sie sich auf die Nebenrechte nach § 32 GewO 1994. Sie legte ein Schreiben des Magistrats Linz, Gewerbebehörde, vor, das die Befugnis zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten mit der Gewerbeberechtigung eines Baumeisters bestätigte. Die A*** vertreten durch X*** Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, beantragte mit Nachprüfungsantrag vom 16. August 2004, beim Bundesvergabeamt am 16. August 2004 per Telefax eingebracht, die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "S1 Wiener Außenring Schnellstraße, Vösendorf-Schwechat, BL 10.4-Kinetische Felder", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Gesellschaft m. b.H. (ÖSAG), in der Folge Auftraggeberin genannt, wie im Spruch unter römisch eins. wiedergegeben. Begründet wurde der Antrag im Wesentlichen damit, dass die Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Ausscheidensgrund

sei die fehlende Gewerbeberechtigung als Schlosser gewesen. Sie berief sich auf ihre Gewerbeberechtigung als Baumeister und die daraus resultierende Befugnis, Arbeiten verwandter Gewerbe zu übernehmen. Ebenso berief sie sich auf die Nebenrechte nach Paragraph 32, GewO 1994. Sie legte ein Schreiben des Magistrats Linz, Gewerbebehörde, vor, das die Befugnis zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten mit der Gewerbeberechtigung eines Baumeisters bestätigte.

Durch die rechtswidrige Ausscheidung des Angebotes drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher finanzieller und sonstiger Schaden. Durch das Ausscheiden verliere sie die Chance auf Erhalt des Zuschlags. Der Zuschlag wäre ihrem Angebot zu erteilen gewesen, da es um vieles günstiger als jenes der Mitbieterin B*** gewesen sei und diese den Preisvorsprung auch nicht durch die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, einem Bestbieterkriterium, wettmachen hätte können. Es drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns von ca. Euro 46.000,-- netto. Die frustrierten Aufwendungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren würden sich zumindest auf Euro 10.000,-- belaufen. Die gegenständliche Ausschreibung sei Teil eines in mehrere Baulose unterteilten Gesamtprojekts, sodass damit zu rechnen sei, dass noch eine Reihe weiterer derartiger Vergabeverfahren in ganz Österreich folgen würden. Damit ginge ihr ein besonders wichtiges Referenzprojekt verloren.

Als Gründe der Rechtswidrigkeit nannte die Antragstellerin zusammengefasst entgegen § 53 BVergG das Fehlen von Angaben, welche Nachweise für die erforderliche Befugnis vorzulegen gewesen wären. Aus dem Wortlaut "Baubeschreibung und Baumaßnahmen" habe die Antragstellerin den Schluss gezogen, dass der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag zu werten sei, für den die Gewerbeberechtigung als Baumeister ausreichend sei. Die Auftraggeberin habe lediglich den CPV-Code 93950000-2 in der Ausschreibungsunterlage bzw. der Bekanntmachung angeführt. Den Bietern sei es bei Erstellung des Angebotes nicht zumutbar, diesen CPV-Code einem bestimmten Gewerbe zuzuordnen, zumal in der Praxis die Zuordnungen zum CPV-Code nicht immer zutreffend seien und überdies dem Auftraggeber aus einer inkorrekten Zuordnung keine Rechtsfolgen erwachsen. Als Gründe der Rechtswidrigkeit nannte die Antragstellerin zusammengefasst entgegen Paragraph 53, BVergG das Fehlen von Angaben, welche Nachweise für die erforderliche Befugnis vorzulegen gewesen wären. Aus dem Wortlaut "Baubeschreibung und Baumaßnahmen" habe die Antragstellerin den Schluss gezogen, dass der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag zu werten sei, für den die Gewerbeberechtigung als Baumeister ausreichend sei. Die Auftraggeberin habe lediglich den CPV-Code 93950000-2 in der Ausschreibungsunterlage bzw. der Bekanntmachung angeführt. Den Bietern sei es bei Erstellung des Angebotes nicht zumutbar, diesen CPV-Code einem bestimmten Gewerbe zuzuordnen, zumal in der Praxis die Zuordnungen zum CPV-Code nicht immer zutreffend seien und überdies dem Auftraggeber aus einer inkorrekten Zuordnung keine Rechtsfolgen erwachsen.

Zudem sei die Antragstellerin zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen berechtigt. Aus der Systematik des ÖNACE leitete die Antragstellerin ab, dass sie als zur Ausführung von Hoch- und Tiefbauten berechtigtes Unternehmen auch zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistung berechtigt sei. Auch komme jedem Gewerbetreibenden das Recht zum An- und Verkauf zu. Damit sei auch das Recht des Aufstellens und der Montage mit umfasst, so dass auch die Nebenrechte aller anderen Gewerbetreibenden nach § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994 zum Tragen kommen, sofern der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Baumeisterbetriebes dabei erhalten bleiben. Schließlich leitete die Antragstellerin aus der Formulierung von § 150 Z 19 [richtig wohl Abs. 19] GewO 1994 die Befugnis des Baumeisters ab, Bauleistungen, die die Montage von Stahlbauteilen umfassen, in eigener Rechtsperson auszuführen. Die Antragstellerin legte zur Untermauerung ihres Standpunktes die bereits im Vergabeverfahren vorgelegte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Landesinnung Bau, vom 21. Juni 2004 dem Antrag bei. Zudem sei die Antragstellerin zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen berechtigt. Aus der Systematik des ÖNACE leitete die Antragstellerin ab, dass sie als zur Ausführung von Hoch- und Tiefbauten berechtigtes Unternehmen auch zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistung berechtigt sei. Auch komme jedem Gewerbetreibenden das Recht zum An- und Verkauf zu. Damit sei auch das Recht des Aufstellens und der Montage mit umfasst, so dass auch die Nebenrechte aller anderen Gewerbetreibenden nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 6, GewO 1994 zum Tragen kommen, sofern der wirtschaftliche Schwerpunkt und die Eigenart des Baumeisterbetriebes dabei erhalten bleiben. Schließlich leitete die Antragstellerin aus der Formulierung von Paragraph 150, Ziffer 19, [richtig wohl Absatz 19], GewO 1994 die Befugnis des Baumeisters ab, Bauleistungen, die die Montage von Stahlbauteilen umfassen, in eigener

Rechtsperson auszuführen. Die Antragstellerin legte zur Untermauerung ihres Standpunktes die bereits im Vergabeverfahren vorgelegte Stellungnahme der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Landesinnung Bau, vom 21. Juni 2004 dem Antrag bei.

Mit Telefax vom 18. August 2004 erteilte die Auftraggeberin die

nötigen Auskünfte zum Vergabeverfahren, wandte sich gegen das Vorbringen der Antragstellerin, begründete das Ausscheiden mit der fehlenden Gewerbeberechtigung des Schlossers und beantragte die Abweisung des Nachprüfungsantrages. Sie verwies auf die Punkte 1.206, 2.1 und 5.3 der Ausschreibungsunterlagen. § 99 Abs. 2 GewO 1994 stelle nach Ansicht der Auftraggeberin keine Rechtsgrundlage dar, im Rahmen seiner Bauführung auch die Schlosserarbeiten auszuführen. Die ÖSAG habe ein Gutachten der Wirtschaftskammer Niederösterreich eingeholt, welche der Rechtsmeinung der ÖSAG beitrete. Maßgeblich sei jedoch eine verbindliche Rechtsauskunft der Gewerbebehörde des Magistrats der Stadt Wien vom 21. Juli 2004, wonach eindeutig die Befugnis als Schlosser zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten erforderlich sei. Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß § 98 Z 1, 5 und 8 BVergG auszuschneiden. nötigen Auskünfte zum Vergabeverfahren, wandte sich gegen das Vorbringen der Antragstellerin, begründete das Ausscheiden mit der fehlenden Gewerbeberechtigung des Schlossers und beantragte die Abweisung des Nachprüfungsantrages. Sie verwies auf die Punkte 1.206, 2.1 und 5.3 der Ausschreibungsunterlagen. Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 stelle nach Ansicht der Auftraggeberin keine Rechtsgrundlage dar, im Rahmen seiner Bauführung auch die Schlosserarbeiten auszuführen. Die ÖSAG habe ein Gutachten der Wirtschaftskammer Niederösterreich eingeholt, welche der Rechtsmeinung der ÖSAG beitrete. Maßgeblich sei jedoch eine verbindliche Rechtsauskunft der Gewerbebehörde des Magistrats der Stadt Wien vom 21. Juli 2004, wonach eindeutig die Befugnis als Schlosser zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten erforderlich sei. Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, 5 und 8 BVergG auszuschneiden.

Am 20. August 2004 nahm die Antragstellerin erneut Stellung und berief sich auf die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden gemäß § 32 Abs. 1 Z 6 iVm Abs. 2 GewO 1994. Für die Frage, welche Gewerbeberechtigung erforderlich sei, käme es nicht auf den Anteil der Leistungen nach Einschätzung der Auftraggeberin, sondern auf das konkrete Angebot des Bieters an. Anhand der einzelnen Leistungsgruppen legte die Antragstellerin ihre Befugnis zur Erbringung dieser Leistungen dar. Die Antragstellerin beabsichtige, die Metallteile bei befugten Fachbetrieben zuzukaufen und lediglich zu montieren. Der Anteil der entsprechenden Position sei mit Euro 411.175,85 die wertmäßig größte Position im Rahmen des Auftrages. Am 20. August 2004 nahm die Antragstellerin erneut Stellung und berief sich auf die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 6, in Verbindung mit Absatz 2, GewO 1994. Für die Frage, welche Gewerbeberechtigung erforderlich sei, käme es nicht auf den Anteil der Leistungen nach Einschätzung der Auftraggeberin, sondern auf das konkrete Angebot des Bieters an. Anhand der einzelnen Leistungsgruppen legte die Antragstellerin ihre Befugnis zur Erbringung dieser Leistungen dar. Die Antragstellerin beabsichtige, die Metallteile bei befugten Fachbetrieben zuzukaufen und lediglich zu montieren. Der Anteil der entsprechenden Position sei mit Euro 411.175,85 die wertmäßig größte Position im Rahmen des Auftrages.

Montagearbeiten machten lediglich Euro 33.564,--, somit 7,3 % des gesamten Nettoangebotspreises, aus. Zum Ankauf und zur Montage zugekaufter Teile sei die Antragstellerin berechtigt. Es liege auch kein Verstoß gegen § 70 Abs. 1 Satz 2 BVergG vor, da Kaufverträge ausgenommen seien. Die Antragstellerin beabsichtige, wesentliche Teile der Arbeiten, die in ihre Befugnis fallen, selbst auszuführen. Der gewerberechtlichen Stellungnahme des Magistrats der Stadt Wien liege ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde. Der geschätzte Auftragswert in Höhe von Euro 1.265.000,-- sei um das dreifache zu hoch angesetzt. Zudem komme den Gewerbebehörden keine Befugnis zu, über den Umfang gewerberechtlicher Befugnisse abzusprechen. Montagearbeiten machten lediglich Euro 33.564,--, somit 7,3 % des gesamten Nettoangebotspreises, aus. Zum Ankauf und zur Montage zugekaufter Teile sei die Antragstellerin berechtigt. Es liege auch kein Verstoß gegen Paragraph 70, Absatz eins, Satz 2 BVergG vor, da Kaufverträge ausgenommen seien. Die Antragstellerin beabsichtige, wesentliche Teile der Arbeiten, die in ihre Befugnis fallen, selbst auszuführen. Der gewerberechtlichen Stellungnahme des Magistrats der Stadt Wien liege ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde. Der geschätzte Auftragswert in Höhe von Euro 1.265.000,-- sei um das dreifache zu hoch angesetzt. Zudem komme den Gewerbebehörden keine Befugnis zu, über den Umfang gewerberechtlicher Befugnisse abzusprechen.

Am 25. August 2005 brachte die Auftraggeberin erneut eine Stellungnahme ein. Darin schloss sie aus der Bezeichnung des Auftrages mit CPV-Code 93950000-2, dass die Befähigung für "Schlosserdienste" vorliegen müsse. Es sei keine Rüge der Ausschreibung erfolgt. Die Antragstellerin habe nicht fristgerecht die geforderte Aufklärung geleistet. Bei der

Erstellung des Angebotes habe sich die Antragstellerin gemäß § 81 BVerG an die Ausschreibung zu halten. Die erforderliche Befugnis ergebe sich gemäß § 74 Abs. 2 BVerG aus der Beschreibung der Leistung. Die im Sinne des § 67 Abs. 2 BVerG geforderten Nachweise seien in der Ausschreibung aufgenommen und genau determiniert gewesen. Am 25. August 2005 brachte die Auftraggeberin erneut eine Stellungnahme ein. Darin schloss sie aus der Bezeichnung des Auftrages mit CPV-Code 93950000-2, dass die Befähigung für "Schlosserdienste" vorliegen müsse. Es sei keine Rüge der Ausschreibung erfolgt. Die Antragstellerin habe nicht fristgerecht die geforderte Aufklärung geleistet. Bei der Erstellung des Angebotes habe sich die Antragstellerin gemäß Paragraph 81, BVerG an die Ausschreibung zu halten. Die erforderliche Befugnis ergebe sich gemäß Paragraph 74, Absatz 2, BVerG aus der Beschreibung der Leistung. Die im Sinne des Paragraph 67, Absatz 2, BVerG geforderten Nachweise seien in der Ausschreibung aufgenommen und genau determiniert gewesen.

Am 8. September 2004, beim Bundesvergabeamt am 10. September 2004 per Post eingelangt, nahm die Antragstellerin in einem mit Replik und Antrag betitelten Schriftsatz zu dem Vorbringen der Auftraggeberin Stellung und brachte vor, dass die Auftraggeberin keine bestimmte Gewerbeberechtigung fordern könne. Die Stellungnahme des Magistrats der Stadt Wien sei vielleicht abstrakt richtig, stehe jedoch mit dem vorliegenden Sachverhalt in keinerlei Zusammenhang. Da der gesamte Verkehr zwischen Auftraggeberin und den Bietern brieflich zu erfolgen habe, könne ein per Telefax an die Antragstellerin gerichtetes Auskunftersuchen keine Rechtswirkung entfalten. Schließlich stellte sie, wie im Spruch unter II. wiedergegeben, den Antrag, gemäß § 349 GewO 1994 beim BMWA eine Anfrage hinsichtlich des Umfanges der Gewerbeberechtigung zu stellen. Sie beantragte darüber hinaus, wie im Spruch unter III. wiedergegeben, der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen. Am 8. September 2004, beim Bundesvergabeamt am 10. September 2004 per Post eingelangt, nahm die Antragstellerin in einem mit Replik und Antrag betitelten Schriftsatz zu dem Vorbringen der Auftraggeberin Stellung und brachte vor, dass die Auftraggeberin keine bestimmte Gewerbeberechtigung fordern könne. Die Stellungnahme des Magistrats der Stadt Wien sei vielleicht abstrakt richtig, stehe jedoch mit dem vorliegenden Sachverhalt in keinerlei Zusammenhang. Da der gesamte Verkehr zwischen Auftraggeberin und den Bietern brieflich zu erfolgen habe, könne ein per Telefax an die Antragstellerin gerichtetes Auskunftersuchen keine Rechtswirkung entfalten. Schließlich stellte sie, wie im Spruch unter römisch zwei. wiedergegeben, den Antrag, gemäß Paragraph 349, GewO 1994 beim BMWA eine Anfrage hinsichtlich des Umfanges der Gewerbeberechtigung zu stellen. Sie beantragte darüber hinaus, wie im Spruch unter römisch drei. wiedergegeben, der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren aufzuerlegen.

Am 17. September 2004 brachte die Auftraggeberin einen weiteren Schriftsatz ein. Für die Frage der Befugnis sei die Beschreibung des Leistungsgegenstandes in der Ausschreibung heranzuziehen. Der Bieter müsse die nötige Befugnis anhand der Ausschreibung beurteilen. Der CPV-Code diene der "Grobeinordnung". Schließlich verwies der Auftraggeber auf § 99 Abs. 2 GewO 1994. Entgegen der Bestimmung von Punkt 1.212 der Ausschreibungsunterlagen über den Informationstausch sehe § 22 BVerG den Informationstausch mittels Telefax vor. Daher könne das per Telefax übermittelte Auskunftersuchen sehr wohl Rechtswirkungen entfalten. Es sei auch unter Punkt 8.204 der Ausschreibungsunterlagen die zwingende Bekanntgabe einer Telefaxnummer verlangt gewesen. Die Antragstellerin habe sich auf die Informationsübermittlung mittels Telefax eingelassen. Schließlich beantragte sie, den Antrag auf Nachprüfung zurück- bzw. abzuweisen und den Antrag gemäß § 349 GewO 1994 zurück- bzw. abzuweisen. Am 17. September 2004 brachte die Auftraggeberin einen weiteren Schriftsatz ein. Für die Frage der Befugnis sei die Beschreibung des Leistungsgegenstandes in der Ausschreibung heranzuziehen. Der Bieter müsse die nötige Befugnis anhand der Ausschreibung beurteilen. Der CPV-Code diene der "Grobeinordnung". Schließlich verwies der Auftraggeber auf Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994. Entgegen der Bestimmung von Punkt 1.212 der Ausschreibungsunterlagen über den Informationstausch sehe Paragraph 22, BVerG den Informationstausch mittels Telefax vor. Daher könne das per Telefax übermittelte Auskunftersuchen sehr wohl Rechtswirkungen entfalten. Es sei auch unter Punkt 8.204 der Ausschreibungsunterlagen die zwingende Bekanntgabe einer Telefaxnummer verlangt gewesen. Die Antragstellerin habe sich auf die Informationsübermittlung mittels Telefax eingelassen. Schließlich beantragte sie, den Antrag auf Nachprüfung zurück- bzw. abzuweisen und den Antrag gemäß Paragraph 349, GewO 1994 zurück- bzw. abzuweisen.

Am 24. September 2004 brachte die Antragstellerin einen mit zweite Replik und Urkundenvorlage betitelten Schriftsatz ein und führte neuerlich aus, dass die notwendige Befugnis in der Ausschreibung anzugeben gewesen wäre. Sie legte ein Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. C*** vor, das die Antragstellerin als zur Ausführung der ausgeschriebenen

Leistungen befugt ansieht. Es nennt weder seinen Auftraggeber noch den Anlass, aus dem es erstellt wurde. Es begründet seine Rechtsansicht im Wesentlichen damit, dass Gewerbetreibende gemäß § 32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 auch kaufen dürfen. Unter Berufung auf den weiten Begriff des Handelskaufes zählt er die nach zivilrechtlichen Vorschriften als Werklieferungsvertrag zu beurteilende Herstellung der Metallteile auch dazu. Schließlich führt die Antragstellerin aus, dass das Bundesvergabeamt verpflichtet sei, gemäß § 349 GewO 1994 die Frage des Umfanges der Gewerbeberechtigung der Gewerbebehörde vorzulegen. Am 24. September 2004 brachte die Antragstellerin einen mit zweite Replik und Urkundenvorlage betitelten Schriftsatz ein und führte neuerlich aus, dass die notwendige Befugnis in der Ausschreibung anzugeben gewesen wäre. Sie legte ein Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. C*** vor, das die Antragstellerin als zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen befugt ansieht. Es nennt weder seinen Auftraggeber noch den Anlass, aus dem es erstellt wurde. Es begründet seine Rechtsansicht im Wesentlichen damit, dass Gewerbetreibende gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO 1994 auch kaufen dürfen. Unter Berufung auf den weiten Begriff des Handelskaufes zählt er die nach zivilrechtlichen Vorschriften als Werklieferungsvertrag zu beurteilende Herstellung der Metallteile auch dazu. Schließlich führt die Antragstellerin aus, dass das Bundesvergabeamt verpflichtet sei, gemäß Paragraph 349, GewO 1994 die Frage des Umfanges der Gewerbeberechtigung der Gewerbebehörde vorzulegen.

Am 27. September 2004 nahm die Auftraggeberin erneut in einem Schriftsatz Stellung und brachte vor, dass sie keineswegs ihre Ansicht hinsichtlich der nötigen Befugnis zur Durchführung des Auftrages geändert habe. Weiters trat sie dem Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. C*** insofern entgegen, als die zu montierenden Brückengeländer Spezialanfertigungen und keine Serienprodukte seien. Ein einfacher Zukauf - wie in dem zitierten Rechtsgutachten angeführt - käme nicht in Frage. Schließlich beantragte sie die Abweisung aller Anträge.

Am 27. September 2004 brachte die in Aussicht genommene Bestbieterin eine Stellungnahme ein, ohne jedoch einen Teilnahmeantrag zu stellen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass zur Erbringung der gegenständlichen Leistung die Gewerbeberechtigung eines Schlossers ebenfalls nötig sei. Dies habe jeder Bieter ungeachtet der Festlegungen in der Ausschreibung hinsichtlich notwendigerweise vorzulegender Nachweise anhand der Art und des Umfanges der zu erbringenden Leistung erkennen können und müssen.

Am 28. September 2004 fand vor dem erkennenden Senat des Bundesvergabeamtes eine mündliche Verhandlung statt.

1. 2. Ziffer 2

Sachverhalt

Die ÖSAG machte im Auftrag und namens der ASFINAG die gegenständliche Ausschreibung im Amtsblatt der EG,

Zahl 2004/S 70-059197, veröffentlicht am 8. April 2004, bekannt. Laut Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Die Ausschreibung erfolgt im offenen Verfahren. Gegenstand des Auftrags ist das Herstellen, Liefern und Versetzen einer beschichteten Sondergeländerkonstruktion, sogenannter "kinetischer Felder", an der S1 Wiener Außenring Schnellstraße im Bereich zwischen Vösendorf und Schwechat nach Entwürfen des Architekten (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die "kinetischen Felder" sind Gestaltungselemente der Brücken über die S1, die eine verkehrspsychologische Wirkung, nämlich eine Erhöhung der Aufmerksamkeit der Fahrzeuglenker erzielen sollen. Sie sind Spezialanfertigungen nach Entwürfen des Architekten (Aussage des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung).

In den Ausschreibungsunterlagen waren Systemskizzen sowie Angaben über die Beleuchtung, das Aussehen und die Farbe enthalten. Die "kinetischen Felder" sind nicht als fertiges System erhältlich. Die Bestandteile wie Riffelblech, Gitterrost oder Ankerschienen sind fertig erhältlich, müssen jedoch erst zugeschnitten, geformt, zusammengeschweißt und beschichtet werden. Es sind also noch Arbeiten durchzuführen, um die vorgesehene Form zu erreichen. Gegenstand der Ausschreibung ist die Herstellung der "kinetischen Felder". Das umfasst sowohl die Produktion als auch die Montage sowie die Ausführungsplanung. Die Bieter hatten bei Teilen der Konstruktion auch die Wahl des Materials. Sie mussten dem Angebot eine Ausführungsplanung und bei bestimmten Konstruktionen eine Statik anschließen (Ausschreibungsunterlagen, Aussagen des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung).

Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens S1 Wiener Außenring Schnellstraße beträgt laut Auskunft der ÖSAG Euro 426 Mio. Der geschätzte Auftragswert für das Baulos BL 10.4 beläuft sich auf Euro 1,265 Mio (Stellungnahme der Auftraggeberin).

Hinsichtlich der geforderten Nachweise zur wirtschaftlichen und finanziellen sowie zur technischen Leistungsfähigkeit verwies die Bekanntmachung der Ausschreibung ebenso wie hinsichtlich der Zuschlagskriterien auf die Ausschreibungsunterlagen. Der Beginn der Arbeiten ist mit 1. September 2004 festgelegt, das Ende mit 31. März 2006. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 25. Mai 2004, 11.00 Uhr, festgesetzt (Bekanntmachung der Ausschreibung).

Als Zuschlagskriterien sind der Preis mit einer Gewichtung von 97 % und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist bis zu drei Jahren mit einer Gewichtung von 3 % festgelegt. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten detaillierte Angaben zur Berechnung der Punkte zur Bewertung der Angebote (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Punkt 1,206 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1,206 Auftragnehmer/Bietergemeinschaften/Subunternehmer

Zum Nachweis der Eignung, sowie zur Deklaration der Subunternehmer sind vom Bieter die, gemäß §§ 52, 70, 83 ff BVergG 2002 verlangten Nachweise (Anhang B8-3.6 u.a.m.) beizubringen; soweit erforderlich sind vom Bieter diese Nachweise auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer beizubringen. Zum Nachweis der Eignung, sowie zur Deklaration der Subunternehmer sind vom Bieter die, gemäß Paragraphen 52, 70, 83, ff BVergG 2002 verlangten Nachweise (Anhang B8-3.6 u.a.m.) beizubringen; soweit erforderlich sind vom Bieter diese Nachweise auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer beizubringen.

Bietergemeinschaften werden nur zugelassen, wenn sie sich gem. § 83 (1) Ziff. 1 BVergG 2002 bereits mit dem gemeinsamen Angebot zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall verpflichten und die entsprechende ARGE-Erklärung gem. Teil B 8 abgeben. Bietergemeinschaften werden nur zugelassen, wenn sie sich gem. Paragraph 83, (1) Ziff. 1 BVergG 2002 bereits mit dem gemeinsamen Angebot zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft im Auftragsfall verpflichten und die entsprechende ARGE-Erklärung gem. Teil B 8 abgeben.

Die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer ist im Rahmen des § 70 BVergG 2002 grundsätzlich zulässig. Der Anteil eines einzelnen Subunternehmers darf jedoch 30 % der Angebotssumme nicht überschreiten. Die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer ist im Rahmen des Paragraph 70, BVergG 2002 grundsätzlich zulässig. Der Anteil eines einzelnen Subunternehmers darf jedoch 30 % der Angebotssumme nicht überschreiten.

Erfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. §§ 52 ff BVergG) im zulässigen Rahmen über Subunternehmer (Substituierung der Eignung), so muss dieses Unternehmen während der gesamten Bauzeit zur Verfügung stehen. Erfolgt der Eignungsnachweis des Bieters (gem. Paragraphen 52, ff BVergG) im zulässigen Rahmen über Subunternehmer (Substituierung der Eignung), so muss dieses Unternehmen während der gesamten Bauzeit zur Verfügung stehen.

Subunternehmer dürfen ohne vorherige Zustimmung des AG nicht ausgetauscht werden."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Vorzulegende Nachweise für die erforderliche Befugnis sind lediglich in Anhang B8-3.6 der Ausschreibungsunterlagen genannt (Aussage des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung).

Punkt 1,212 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"1,212 Informationsübermittlung

Unter Bezug auf § 22 BVergG 2002 wird festgelegt, dass wesentliche Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Bietern und der ausschreibenden Stelle ausschließlich brieflich zu erfolgen hat. Unter Bezug auf Paragraph 22, BVergG 2002 wird festgelegt, dass wesentliche Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Bietern und der ausschreibenden Stelle ausschließlich brieflich zu erfolgen hat.

Rechtlich nicht relevanter Schriftverkehr kann per Fax oder elektronisch an nachstehende Faxnummer oder elektronische Adresse übermittelt werden:

Fax: 0043/1/***.***.*****

e-mail: *****.****@*****.*** [...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 6,2 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"6,2 Besondere rechtliche Vertragsbestimmungen der ÖSAG

Anmerkung: nachfolgende Punkte sind als vorrangige Ergänzung zu den in Punkt 6,1 angeführten Vertragsbestimmungen (ÖNORM B 2117 zu verstehen. Die zugehörigen Bezugspunkte sind jeweils angeführt. Bei Fehlen von Bezugspunkten handelt es sich um freie Zusatzbestimmungen des Auftraggebers (AG).

Ferner gilt folgende Rangordnung der rechtlichen Vertragsbestandteile in absteigender Reihenfolge:

1. 1.)eins,
Schlussbrief
2. 2.)2,
Die Vertragsbestimmungen der Ausschreibung
Bei Widersprüchen gelten die Ausschreibungskapitel in folgender Reihenfolge B8, B7, B6, B5, B4, B3, B2, B1
Sämtliche Verweise (Hinweise) in den Leistungspositionstexten sind nachrangig zum Bauvertrag.
3. 3.)3,
ÖNORM B 2117
4. 4.)4,
Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Leistungsbereich 10 des Leistungsverzeichnisses enthielt die Positionen zur Herstellung und Montage der "kinetischen Felder" (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Punkt 8,204 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"8,204 Nachstehend geben wir im Sinne des § 22 (5) BVergG 2002 folgende Faxnummer bekannt, an die Informationen rechtsgültig übermittelt werden können:"8,204 Nachstehend geben wir im Sinne des Paragraph 22, (5) BVergG 2002 folgende Faxnummer bekannt, an die Informationen rechtsgültig übermittelt werden können:

Firma: _____

Anschrift: _____

Faxnummer: _____ "

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 8/1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"8/1 Angekreuzte, oder gesetzlich geforderte wesentliche Unterlagen, die mit dem Angebot abzugeben sind (sofortige Ausscheidenssanktion): [...]

X8/1.9 Subunternehmererklärung gemäß § 83 BVergG unterX8/1.9 Subunternehmererklärung gemäß Paragraph 83, BVergG unter

Verwendung des Anhanges B 8 - 3.7"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 8/3 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"8/3 Auf Anforderung innerhalb 7 Kalendertagen nachzureichende

Unterlagen ("nachträgliche" Ausscheidenssanktion):

[...]

8/3.6 Verlangte Nachweise gem. den §§ 53, 54, 56 und 57 BVergG8/3.6 Verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 BVergG

2002 (Anhang B8-3.6)

[...]"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Anhang B8-3.6 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"Anhang B8-3.6: Verlangte Nachweise gemäß §§ 53, 54, 56 und 57

BVergG

§ 53: - alle Nachweise gemäß BVergG

§ 54: - alle Nachweise gemäß BVergG

§ 56 - alle Nachweise gemäß BVergG

§ 57 - alle Nachweise gemäß BVergG

Das Alter der Nachweise darf 6 Monate vor Angebotsabgabe nicht überschreiten."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot. Sie verfügt über die Gewerbeberechtigungen für das Gewerbe "Baumeister" und das Gewerbe "Elektrotechniker". Nachweise dafür lagen dem Angebot bei. Die Gesamtangebotssumme ohne USt. beträgt Euro 462.617,72. Der Leistungsbereich 10, bestehend aus den Leistungsgruppen 10.2, Brückenausrüstung und 10.7, Sonstige Brückenausrüstung, bot die Antragstellerin mit Euro 411.176,85 ohne USt. an (Angebot der Antragstellerin vom 25. Mai 2004).

Der Kostenbestandteil Sonstiges umfasst die Herstellung der einzelnen Elemente der kinetischen Felder, Materialien für die Montage wie Schrauben und Dübel, die Anlieferung auf die Baustelle sowie allfällige für die Montage erforderliche Gerätschaften wie Hebebühnen, Kräne o.ä. Das Brückengeländer soll zugekauft werden. Organisation, Planung und Montage sollen vom eigenen Personal der Antragstellerin durchgeführt werden. Bei der Montage ist Schweißen wegen der anzubringenden Beschichtung nicht möglich. Die Befestigung erfolgt ausschließlich mit Schrauben und Klemmverbindungen. Die Herstellung der Elemente der kinetischen Felder sollte nach der Ausführungsplanung der Antragstellerin durch einen Dritten erfolgen. Über bestehende Rahmenverträge mit Stahlbauunternehmen wäre dies jederzeit möglich. Die Antragstellerin verfügt über eine interne Planungsabteilung mit ca. 120 Mitarbeitern, die über große Erfahrung im Stahlbau verfügt. Teile des Materials wären mit einer weiteren Verarbeitung für andere Aufträge zu verwenden gewesen. Auch ein Verkauf wäre denkbar. Im K7 - Blatt der Antragstellerin ist die Herstellung der kinetischen Felder ausschließlich als Sachaufwand kalkuliert. Die in diesem Zusammenhang angeführten Lohnkosten betreffen ausschließlich die Montage (Aussage des Vertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung).

Mit Wirksamkeit ab 1. Mai 1997 verfügt die Antragstellerin über das Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Elektrotechniker". Dieses war mit Wirksamkeit von 1. Mai 1997 ein Handwerk, mit Wirksamkeit ab 25. September 1997 ein bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe und mit Wirksamkeit ab 1. August 2002 ein reglementiertes Gewerbe. Mit Wirksamkeit ab 29. Dezember 2000 verfügt die Antragstellerin über das Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gem. § 127 Z 4 GewO 1994". Dieses war ab 29. Dezember 2000 ein bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe, ab 1. August 2002 ein reglementiertes Gewerbe. Mit Wirksamkeit ab 3. April 2002 verfügt die Antragstellerin über das freie Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Vermittlung von Verträgen zwischen Liegenschaftseigentümern und Netzbetreibern". Mit Wirksamkeit ab 11. Juni 2004 verfügt die Antragstellerin über das reglementierte Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Kälte- und Klimatechnik (Handwerk)". Mit Wirksamkeit ab 21. Juli 2004 verfügt die Antragstellerin über das reglementierte Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Schlosser (Handwerk)" (amtswegig eingeholte Auszüge aus dem zentralen Gewerberegister). Mit Wirksamkeit ab 1. Mai 1997 verfügt die Antragstellerin über das Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Elektrotechniker". Dieses war mit Wirksamkeit von 1. Mai 1997 ein Handwerk, mit Wirksamkeit ab 25. September 1997 ein bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe und mit Wirksamkeit ab 1. August 2002 ein reglementiertes Gewerbe. Mit Wirksamkeit ab 29. Dezember 2000 verfügt die Antragstellerin über das Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Baumeister gem. Paragraph 127, Ziffer 4, GewO 1994".

Dieses war ab 29. Dezember 2000 ein bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe, ab 1. August 2002 ein reglementiertes Gewerbe. Mit Wirksamkeit ab 3. April 2002 verfügt die Antragstellerin über das freie Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Vermittlung von Verträgen zwischen Liegenschaftseigentümern und Netzbetreibern". Mit Wirksamkeit ab 11. Juni 2004 verfügt die Antragstellerin über das reglementierte Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Kälte- und Klimatechnik (Handwerk)". Mit Wirksamkeit ab 21. Juli 2004 verfügt die Antragstellerin über das reglementierte Gewerbe mit dem Gewerbewortlaut "Schlosser (Handwerk)" (amtswegig eingeholte Auszüge aus dem zentralen Gewerberegister).

Am 25. Mai 2004 fand von 11.00 Uhr bis 11.35 Uhr die Angebotsöffnung statt. Es wurden fünf Angebote abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin war mit Euro 462.617,72 ohne USt das billigste. Sie bot keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist an. Das Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin war mit Euro 486.320,38 das zweitbilligste. Sie bot eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist im Ausmaß von drei Jahren an (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Mit Telefax vom 16. Juni 2004 teilte die D***, eine Arbeitsgemeinschaft bestehend aus den drei Ziviltechnikerbüros E***/F***/G***, die die Auftraggeberin bei der Abwicklung der Ausschreibung vertritt, mit, dass im Zuge der Angebotsprüfung festgestellt worden sei, dass die Antragstellerin keine Befugnis zur Durchführung der ausgeschriebenen Schlosserarbeiten besitze und daher zum gegenständlichen Verfahren nicht zugelassen sei. Sie ersuchte die Antragstellerin um Aufklärung dieses Umstandes bis zum 23. Juni 2004. Mit Schreiben vom 22. Juni 2004 teilte die Antragstellerin mit, dass sie eine gewerberechtliche Befugnis als Baumeister besitze und im Rahmen dieser Befugnis - ihrer Ansicht nach - auch berechtigt sei, Metallbauarbeiten auszuführen. Zur Stützung dieser Rechtsansicht legte die Antragstellerin ihrem Schreiben ein Schreiben der Wirtschaftskammer Oberösterreich, Landesinnung Bau, vom 21. Juni 2004 bei. Nach Ansicht der Wirtschaftskammer Oberösterreich ist die Ausführung von Metallbauarbeiten Teil der, einem Baumeister vorbehaltenen, "Befugnis andere verwandte Bauten auszuführen". Den Nachweis für eine Gewerbeberechtigung als Schlosser schloss die Antragstellerin dem Schreiben nicht an. Mit Telefax vom 30. Juni 2004 ersuchte die D*** um Vorlage einer Bestätigung der Gewerbebehörde für die notwendige Befugnis zur Durchführung der Arbeiten bis 8. Juli 2004. Mit Schreiben vom 5. Juli 2004 teilte die Antragstellerin der D*** mit, dass eine solche Bestätigung nicht zu erlangen sei und übermittelte den Bescheid des Magistrats der Stadt Linz über die Erteilung der Gewerbeberechtigung als Baumeister. Am selben Tag sandte sie den bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen Schriftverkehr in Kopie an die ÖSAG. Mit Telefax vom 13. Juli 2004 forderte die ÖSAG unter Androhung des Ausscheidens die Antragstellerin "letztmalig" auf, bis zum 19. Juli 2004, 12.00 Uhr, per Telefax Aufklärung betreffend ihre mangelnde Befugnis zu bringen. Mit E-Mail vom 14. Juli 2004 wies die Auftraggeberin die Antragstellerin auf Referenzen im Stahlbau hin. Mit Schreiben vom 19. Juli 2004 verwies die Antragstellerin auf die bis zu diesem Zeitpunkt vorgelegten Nachweise für ihre Befugnis und stellte für den Fall des Ausscheidens ihres Angebotes einen Nachprüfungsantrag in Aussicht. Im Prüfbericht der D*** vom 26. Juli 2004 ist das Ausscheiden der Antragstellerin wegen mangelnder Befugnis festgehalten sowie die in Aussicht genommene Bestbieterin für die Zuschlagserteilung vorgeschlagen. Mit Schreiben vom 28. Juli 2004 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung, lautend auf die B***, bekannt. Dieses Schreiben wurde allen Bietern am 2. August 2004 per Telefax übermittelt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 4. August 2004 erteilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Auskunft nach § 100 Abs. 3 BVergG und teilte mit, dass die Nettovergabesumme von Euro 485.320,38 zu dem Bewertungsergebnis geführt habe. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen fehlender Befugnis, Unterlassens der verlangten Aufklärung sowie Widerspruchs des Angebotes zu den Ausschreibungsbestimmungen ausgeschieden worden. Mit Schreiben vom 16. August 2004 verständigte die Antragstellerin die ASFINAG und die ÖSAG von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (Unterlagen des Vergabeverfahrens). Am 4. August 2004 erteilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Auskunft nach Paragraph 100, Absatz 3, BVergG und teilte mit, dass die Nettovergabesumme von Euro 485.320,38 zu dem Bewertungsergebnis geführt habe. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen fehlender Befugnis, Unterlassens der verlangten Aufklärung sowie Widerspruchs des Angebotes zu den Ausschreibungsbestimmungen ausgeschieden worden. Mit Schreiben vom 16. August 2004 verständigte die Antragstellerin die ASFINAG und die ÖSAG von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühr (Einzahlungsbestätigung als Antragsbeilage).

Am 23. August 2004 erließ das Bundesvergabeamt zur Zahl 17N-81/04-14 antragsgemäß eine einstweilige Verfügung und untersagte der ASFINAG bzw. der vergebenden Stelle ÖSAG bis zum Abschluss dieses Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis Ablauf des 16. Oktober 2004, im betreffenden Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Am 28. September 2004 fand eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat des Bundesvergabeamtes statt.

Der Sachverhalt gründet sich auf die jeweils in Klammern angeführten Beweismittel. Er ergibt sich zweifels- und widerspruchsfrei aus den genannten Beweismitteln.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag ist Teil des Gesamtvorhabens "Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße im Abschnitt Vösendorf-Schwechat". Gegenstand des Auftrags sind die im Sachverhalt genannten Arbeiten zur Herstellung der "kinetischen Felder" im Baulos BL 10.4. Diese sind besonders gestaltete Brückengeländer. Sie sind mit der Brücke fest verbunden und für die Funktion einer Brücke unbedingt erforderlich. Es handelt sich daher um einen Bauauftrag gemäß § 3 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist Teil des Gesamtvorhabens "Errichtung der S1 Wiener Außenring Schnellstraße im Abschnitt Vösendorf-Schwechat". Gegenstand des Auftrags sind die im Sachverhalt genannten Arbeiten zur Herstellung der "kinetischen Felder" im Baulos BL 10.4. Diese sind besonders gestaltete Brückengeländer. Sie sind mit der Brücke fest verbunden und für die Funktion einer Brücke unbedingt erforderlich. Es handelt sich daher um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 3, BVergG.

Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als ihr Unternehmensgegenstand ist nach Art. II § 2 Abs. 1 ASFINAG-Gesetz, BGBl. Nr. 591/1982 idF BGBl. I Nr. 133/2003, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des hochrangigen Straßennetzes in Österreich, einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Art. II § 5 des ASFINAG -Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191 a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Art. II § 1 ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Art. II § 9 Abs. 2 ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung im Sinne von § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Art. 14b Abs. 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes im Sinne des § 135 Abs. 2 BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben ist. Auftraggeberin ist die ASFINAG. Als ihr Unternehmensgegenstand ist nach Artikel römisch zwei, Paragraph 2, Absatz eins, ASFINAG-Gesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 591 aus 1982, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 2003,, im Wesentlichen die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung des hochrangigen Straßennetzes in Österreich, einschließlich der dazu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur, die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren von den Nutzern dieser Straßen sowie die Bedienung der von ihr gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 5, des ASFINAG -Gesetzes zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes eingegangenen Verbindlichkeiten. Sie ist eine Aktiengesellschaft und ist unter FN 92191 a im Firmenbuch eingetragen. Sie genießt daher Rechtspersönlichkeit. Ihre Anteile sind gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph eins, ASFINAG-Gesetz zu 100 % dem Bund vorbehalten. Gemäß Artikel römisch zwei, Paragraph 9, Absatz 2, ASFINAG-Gesetz sind der ASFINAG umfangreiche Auskunftspflichten gegenüber dem Bund auferlegt. Es handelt sich bei der ASFINAG daher um eine öffentliche Einrichtung im Sinne von Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse fällt sie nach Artikel 14 b, Absatz 2, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes im Sinne des Paragraph 135, Absatz 2, BVergG, sodass eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben ist.

Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ÖSAG im Auftrag und im Namen der ASFINAG. Sie ist daher vergebende Stelle nach § 20 Z 36 BVergG. Das gegenständliche Vergabeverfahren führt die ÖSAG im Auftrag und im Namen der ASFINAG. Sie ist daher vergebende Stelle nach Paragraph 20, Ziffer 36, BVergG.

Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt Euro 264 Mio. ohne USt. Er überschreitet den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG bei Weitem. Nach der Regel des § 13 Abs. 1 BVergG ist bei Bauwerken, die aus mehreren Losen bestehen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, als geschätzter Auftragswert der

geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Das gegenständliche Vergabeverfahren findet daherDer geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt Euro 264 Mio. ohne USt. Er überschreitet den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bei Weitem. Nach der Regel des Paragraph 13, Absatz eins, BVergG ist bei Bauwerken, die aus mehreren Losen bestehen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Das gegenständliche Vergabeverfahren findet daher

Im Oberschwellenbereich statt. Von der Losregelung nach § 16 Abs. 6 BVergG hat die Auftraggeberin nicht Gebrauch gemacht. Für die Rechtslage ist daher § 16 Abs. 1 BVergG maßgeblich.Im Oberschwellenbereich statt. Von der Losregelung nach Paragraph 16, Absatz 6, BVergG hat die Auftraggeberin nicht Gebrauch gemacht. Für die Rechtslage ist daher Paragraph 16, Absatz eins, BVergG maßgeblich.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Da das Angebot der Antragstellerin bei Zutreffen der Behauptungen im Nachprüfungsantrag nicht ausgeschieden würde, müsste es für den Zuschlag ausgewählt werden. Die Antragstellerin hat daher ein Interesse am Vertragsabschluss im Sinne von § 163 Abs. 1 BVergG. Auch würde der glaubhaft gemachte Schaden eintreten. Die Auftraggeberin hat die Zuschlagsentscheidung am 28. Juli 2004 getroffen. Der Antragstellerin ist diese Zuschlagsentscheidung per Fax jedoch erst am 2. August 2004 und postalisch am 4. August 2004 zugegangen. Den Angaben der Antragstellerin zu Folge, ist in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass betreffend die Kommunikation zwischen den Bietern und der Auftraggeberin, welche rechtlich relevante Angelegenheiten betrifft, eine Fax- oder E-Mail-Übertragung ausgeschlossen ist. Der Nachprüfungsantrag wurde am 16. August 2004 jedenfalls rechtzeitig im Sinne des § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG eingebracht. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Es liegt kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 166 Abs. 2 BVergG vor. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt und das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Der Antrag ist daher zulässig.Da das Angebot der Antragstellerin bei Zutreffen der Behauptungen im Nachprüfungsantrag nicht ausgeschieden würde, müsste es für den Zuschlag ausgewählt werden. Die Antragstellerin hat daher ein Interesse am Vertragsabschluss im Sinne von Paragraph 163, Absatz eins, BVergG. Auch würde der glaubhaft gemachte Schaden eintreten. Die Auftraggeberin hat die Zuschlagsentscheidung am 28. Juli 2004 getroffen. Der Antragstellerin ist diese Zuschlagsentscheidung per Fax jedoch erst am 2. August 2004 und postalisch am 4. August 2004 zugegangen. Den Angaben der Antragstellerin zu Folge, ist in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass betreffend die Kommunikation zwischen den Bietern und der Auftraggeberin, welche rechtlich relevante Angelegenheiten betrifft, eine Fax- oder E-Mail-Übertragung ausgeschlossen ist. Der Nachprüfungsantrag wurde am 16. August 2004 jedenfalls rechtzeitig im Sinne des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG eingebracht. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Es liegt kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG vor. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt und das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Der Antrag ist daher zulässig.

3.3 Inhaltliche Beurteilung

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständigGemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig

1. 1.Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügung sowie
2. 2.Ziffer 2
zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Grundsätzlich müssen Bieter nach § 21 Abs. 1 BVergG befugt sein. Der Auftraggeber kann nach § 52 Abs. 1 Z 1 BVergG von Unternehmern, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, Nachweise verlangen, dass sie nach Maßgabe der Rechtsvorschriften ihres Herkunftslandes in einem in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen sind oder eine der in Anhang VII genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzen. Nach § 52 Abs. 5 Z 1 BVergG muss, sofern im BVergG nicht anderes vorgesehen ist, die Befugnis, Leistungsfähigkeit

und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Nach § 53 BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die Befugnis gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 und 5 BVergG eine beglaubigte Abschrift eines in Anhang VII zum BVergG angeführten Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmers oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung verlangen. Grundsätzlich müssen Bieter nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG befugt sein. Der Auftraggeber kann nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG von Unternehmern, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, Nachweise verlangen, dass sie nach Maßgabe der Rechtsvorschriften ihres Herkunftslandes in einem in Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen sind oder eine der in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzen. Nach Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG muss, sofern im BVergG nicht anderes vorgesehen ist, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Nach Paragraph 53, BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die Befugnis gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins und 5 BVergG eine beglaubigte Abschrift eines in Anhang römisch sieben zum BVergG angeführten Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmers oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung verlangen.

Nach § 67 Abs. 2 BVergG sind die als erforderlich erachteten Nachweise gemäß den §§ 53, 54, 56 und 57 in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen. Nach Paragraph 67, Absatz 2, BVergG sind die als erforderlich erachteten Nachweise gemäß den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen.

Nach § 83 Abs. 1 Z 2 BVergG muss jedes Angebot insbesondere Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen enthalten, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt. Dabei sind die jeweils in Frage kommenden Unternehmer, an die Teile der Leistung weiterzugeben beabsichtigt ist, bzw. die allenfalls bereits ausgewählten Unternehmer zu nennen. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist möglich. Nach Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG muss jedes Angebot insbesondere Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen enthalten, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt. Dabei sind die jeweils in Frage kommenden Unternehmer, an die Teile der Leistung weiterzugeben beabsichtigt ist, bzw. die allenfalls bereits ausgewählten Unternehmer zu nennen. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist möglich.

Nach § 83 Abs. 1 Z 6 BVergG muss jedes Angebot insbesondere sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte, ferner die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen Unterlagen, jener Nachweise, die gemäß den §§ 53, 54, 56 und 57 BVergG verlangt wurden, sowie jener Nach Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG muss jedes Angebot insbesondere sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen, besondere Erklärungen oder Vorbehalte, ferner die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen Unterlagen, jener Nachweise, die gemäß den Paragraphen 53, 54, 56 und 57 BVergG verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (z.B. Proben, Muster), enthalten.

Nach § 91 Abs. 2 Z 1, 2 und 5 BVergG ist im Einzelnen zu prüfen, ob den in § 21 Abs. 1 BVergG angeführten Grundsätzen entsprochen wurde, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters sowie, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Varianten- oder Alternativangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist nach § 94 Abs. 1 BVergG, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Hierfür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Nach § 94 Abs. 2 BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze gemäß den §§ 21 Abs. 1, 96 und 97 BVergG nicht verletzen. Nach Paragraph 91, Absatz 2, Ziffer eins, 2 und 5 BVergG ist im Einzelnen zu prüfen, ob den in Paragraph 21, Absatz eins, BVergG angeführten Grundsätzen entsprochen wurde, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters sowie, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Varianten- oder Alternativangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist nach Paragraph 94, Absatz eins, BVergG, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Hierfür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die

vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Nach Paragraph 94, Absatz 2, BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze gemäß den Paragraphen 21, Absatz eins, 96 und 97 BVergG nicht verletzen.

Nach § 98 Z 1 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Nach § 98 Z 5 BVergG Angebote von Bieter hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Nach § 98 Z 8 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuscheiden. Nach Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Nach Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG Angebote von Bieter hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bieter auszuscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuscheiden.

Die Antragstellerin wurde wegen fehlender Gewerbeberechtigung als Schlosser ausgeschieden.

Befugt im Sinne von § 21 Abs. 1 BVergG kann nur bedeuten, dass die Bieter nach den Vorschriften für die Berufsausübung berechtigt sind, die ausgeschriebenen Arbeiten auch tatsächlich auszuführen. Maßstab ist das objektive Vorliegen der Berufsausübungsbefugnis, die zur Erbringung der Leistung nach den einschlägigen Vorschriften erforderlich ist. Der Umfang dieser Leistungen ist aus der Beschreibung der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen erkennbar. Die Befugnis muss sich auf den gesamten ausgeschriebenen Auftrag beziehen. Da die Antragstellerin Gewerbetreibende mit Sitz in Österreich ist, ergibt sich die notwendige Befugnis aus der GewO 1994. Die Antragstellerin berief sich in ihrem Angebot zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auf die Gewerbeberechtigungen als Baumeister und als Elektrotechniker. Da sie die Gewerbeberechtigung als Schlosser erst mit Wirksamkeit vom 21. Juli 2004 erwarb, lag diese zum Zeitpunkt Angebotsöffnung noch nicht vor und ist nach § 52 Abs. 5 Z 1 BVergG für die gegenständliche Ausschreibung nicht beachtlich. Befugt im Sinne von Paragraph 21, Absatz eins, BVergG kann nur bedeuten, dass die Bieter nach den Vorschriften für die Berufsausübung berechtigt sind, die ausgeschriebenen Arbeiten auch tatsächlich auszuführen. Maßstab ist das objektive Vorliegen der Berufsausübungsbefugnis, die zur Erbringung der Leistung nach den einschlägigen Vorschriften erforderlich ist. Der Umfang dieser Leistungen ist aus der Beschreibung der Leistung in den Ausschreibungsunterlagen erkennbar. Die Befugnis muss sich auf den gesamten ausgeschriebenen Auftrag beziehen. Da die Antragstellerin Gewerbetreibende mit Sitz in Österreich ist, ergibt sich die notwendige Befugnis aus der GewO 1994. Die Antragstellerin berief sich in ihrem Angebot zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung auf die Gewerbeberechtigungen als Baumeister und als Elektrotechniker. Da sie die Gewerbeberechtigung als Schlosser erst mit Wirksamkeit vom 21. Juli 2004 erwarb, lag diese zum Zeitpunkt Angebotsöffnung noch nicht vor und ist nach Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG für die gegenständliche Ausschreibung nicht beachtlich.

Unstrittig sind Projektierung, Baustellenbetrieb, Vor- und Abbrucharbeiten, Regiearbeiten sowie die Montagearbeiten des Brückengeländers von der Gewerbeberechtigung des Baumeisters abgedeckt. Die Montage der Geländerelemente ist von der Gewerbeberechtigung als Baumeister, der Anschluss der zu errichtenden Beleuchtung der "kinetischen Felder" von der Befugnis des Elektrikers abgedeckt. Für die Herstellung der "kinetischen Felder" ist jedoch - ebenfalls unstrittig - die Befugnis eines Schlossers erforderlich. Ebenso unstrittig ist der Baumeister nach § 99 Abs. 2 GewO 1994

berechtigt, die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen, zu berechnen und zu leiten. Da das reglementierte Gewerbe des Schlossers in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich genannt ist, hat sich der Baumeister dabei zur Ausführung der in den Bereich eines anderen reglementierten Gewerbes fallenden Arbeiten eines befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. § 32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 erlaubt ihm das Aufstellen, die Montage, den Austausch schadhaft gewordener Bestandteile, die Nachfüllung von Behältern, das Anbringen von Zubehör und die regelmäßige Wartung der hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenstände. § 32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 erlaubt ihm, Waren zurückzunehmen, zu kaufen, zu verkaufen, zu vermieten und zu vermitteln, soweit diese Tätigkeiten nicht Gegenstand eines reglementierten Gewerbes sind. Das Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. C*** legt im Wesentlichen dar, dass der Baumeister gewerberechtlich befugt ist, zugekaufte Bestandteile zu montieren. Unter Verweis auf den wegen der Kaufmannseigenschaft der Antragstellerin anzuwendenden Handelskauf subsumiert es auch den gegenständlichen Werklieferungsvertrag, nämlich die Anfertigung der "kinetischen Felder", darunter. Auf die speziellen vergaberechtlichen Aspekte geht es dabei nicht ein. Unstrittig sind Projektierung, Baustellenbetrieb, Vor- und Abbrucharbeiten, Regiearbeiten sowie die Montagearbeiten des Brückengeländers von der Gewerbeberechtigung des Baumeisters abgedeckt. Die Montage der Geländerelemente ist von der Gewerbeberechtigung als Baumeister, der Anschluss der zu errichtenden Beleuchtung der "kinetischen Felder" von der Befugnis des Elektrikers abgedeckt. Für die Herstellung der "kinetischen Felder" ist jedoch - ebenfalls unstrittig - die Befugnis eines Schlossers erforderlich. Ebenso unstrittig ist der Baumeister nach Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 berechtigt, die Arbeiten anderer Gewerbe im Rahmen seiner Bauführung zu übernehmen, zu planen, zu berechnen und zu leiten. Da das reglementierte Gewerbe des Schlossers in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich genannt ist, hat sich der Baumeister dabei zur Ausführung der in den Bereich eines anderen reglementierten Gewerbes fallenden Arbeiten eines befugten Gewerbetreibenden zu bedienen. Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO 1994 erlaubt ihm das Aufstellen, die Montage, den Austausch schadhaft gewordener Bestandteile, die Nachfüllung von Behältern, das Anbringen von Zubehör und die regelmäßige Wartung der hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenstände. Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO 1994 erlaubt ihm, Waren zurückzunehmen, zu kaufen, zu verkaufen, zu vermieten und zu vermitteln, soweit diese Tätigkeiten nicht Gegenstand eines reglementierten Gewerbes sind. Das Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. C*** legt im Wesentlichen dar, dass der Baumeister gewerberechtlich befugt ist, zugekaufte Bestandteile zu montieren. Unter Verweis auf den wegen der Kaufmannseigenschaft der Antragstellerin anzuwendenden Handelskauf subsumiert es auch den gegenständlichen Werklieferungsvertrag, nämlich die Anfertigung der "kinetischen Felder", darunter. Auf die speziellen vergaberechtlichen Aspekte geht es dabei nicht ein.

Gegenstand der Ausschreibung ist die Herstellung, Lieferung und Montage der "kinetischen Felder". Mit umfasst ist auch die Oberflächenbeschichtung. Der Leistungsbereich 10, Brückenausrüstung, des Leistungsverzeichnisses der gegenständlichen Ausschreibung, der die Herstellung Lieferung und Montage der "kinetischen Felder" beinhaltet, macht im Angebot der Antragstellerin 88,88 % der Angebotssumme aus. 91,84 % davon entfallen auf herzustellende und zu liefernde Teile. Das sind 81,62 % der Gesamtangebotssumme.

Die zu liefernden Metallteile sind nach Entwürfen des Architekten anzufertigen. Die Bieter haben eigene Ausführungspläne, so genannte Werkstattpläne, anzufertigen und ihrem Angebot anzuschließen. In der Wahl des Materials haben sie dabei teilweise freie Wahl. Aussehen, Form und Farbe der "kinetischen Felder" sind jedoch vorgegeben. Ebenso sind zu erfüllende Eigenschaften wie Reflexion oder Beleuchtung vorgegeben. Die Ausführungspläne haben daher in Verantwortung des Bieters die handwerkliche Ausführung der "kinetischen Felder" festzulegen. Sie können daher nicht fertig zugekauft werden und sind Spezialanfertigungen nach den Vorgaben der Auftraggeberin. Die zu verarbeitenden Einzelteile können zugekauft werden, müssen jedoch erst zu den "kinetischen Feldern" zusammengebaut werden. Die notwendige Beschichtung ist ebenfalls vom Werkunternehmer nach genauen Vorgaben hinsichtlich Farbe und Beständigkeit vom Auftragnehmer anzubringen. Allenfalls nicht verwendete Teile können allgemein nur teilweise weiter verwendet werden und bedürfen jedenfalls einer neuerlichen Bearbeitung. Der notwendige Anteil an Arbeit macht daher einen wesentlichen Anteil aus. Der Bieter hat sowohl das Material zu liefern als auch die nötige Bearbeitung durchzuführen. Er schuldet die "kinetischen Felder" als Werk. In der mündlichen Verhandlung hat sich jedoch ergeben, dass die Antragstellerin in der Kalkulation ihres Angebotes die Herstellung und Anlieferung der kinetischen Felder nicht selbst erbringen wollte, sondern als Materialkosten, also als Kauf betrachtete.

Da der Auftragnehmer sowohl das Material liefert, als auch die Bearbeitung nach den besonderen Wünschen des Auftraggebers durchführt, handelt sich um einen Werkvertrag. (OGH 27.6.1951, 3 Ob 318/51, SZ 24/171; Krejci in

Rummel, ABGB3 [2000] § 1165, 1166 ABGB, Rz 7; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² II [2001] 243). Da beide Vertragsparteien - die Antragstellerin ist eine Kommanditgesellschaft, somit eine Personengesellschaft des Handelsrechts, die Auftraggeberin ist eine Aktiengesellschaft - Kaufleute im Sinne des HGB sind, ist das HGB anzuwenden. Da der Unternehmer sowohl das zu verarbeitende Material beistellt als auch die Bearbeitung nach den Vorgaben der Auftraggeberin durchführt, handelt es sich bei der Herstellung der "kinetischen Felder" um einen Werklieferungsvertrag nach § 381 Abs. 2 HGB (OGH 1.4.1992, 1 Ob 547/92, EvBl 1992/155 S 656 = RdW 1992, 269). Auf ihn sind die Regeln der §§ 373 ff HGB über den Handelskauf anzuwenden. Dies nimmt ihnen - entgegen der in dem vorgelegten Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. C*** geäußerten Rechtsansicht - jedoch nicht den Charakter als Werkverträge im Sinne der §§ 1165 ff ABGB (Krejci, Handelsrecht² [2001], 237). Die Vorschriften über den Handelskauf sind eben bloß auch auf Werklieferungsverträge anzuwenden, machen jedoch nicht einen Werklieferungsvertrag zu einem Handelskauf. Da der Auftragnehmer sowohl das Material liefert, als auch die Bearbeitung nach den besonderen Wünschen des Auftraggebers durchführt, handelt es sich um einen Werkvertrag. (OGH 27.6.1951, 3 Ob 318/51, SZ 24/171; Krejci in Rummel, ABGB3 [2000] Paragraph 1165, 1166, ABGB, Rz 7; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² römisch zwei [2001] 243). Da beide Vertragsparteien - die Antragstellerin ist eine Kommanditgesellschaft, somit eine Personengesellschaft des Handelsrechts, die Auftraggeberin ist eine Aktiengesellschaft - Kaufleute im Sinne des HGB sind, ist das HGB anzuwenden. Da der Unternehmer sowohl das zu verarbeitende Material beistellt als auch die Bearbeitung nach den Vorgaben der Auftraggeberin durchführt, handelt es sich bei der Herstellung der "kinetischen Felder" um einen Werklieferungsvertrag nach Paragraph 381, Absatz 2, HGB (OGH 1.4.1992, 1 Ob 547/92, EvBl 1992/155 S 656 = RdW 1992, 269). Auf ihn sind die Regeln der Paragraphen 373, ff HGB über den Handelskauf anzuwenden. Dies nimmt ihnen - entgegen der in dem vorgelegten Rechtsgutachten von Univ. Prof. Dr. C*** geäußerten Rechtsansicht - jedoch nicht den Charakter als Werkverträge im Sinne der Paragraphen 1165, ff ABGB (Krejci, Handelsrecht² [2001], 237). Die Vorschriften über den Handelskauf sind eben bloß auch auf Werklieferungsverträge anzuwenden, machen jedoch nicht einen Werklieferungsvertrag zu einem Handelskauf.

Für die Herstellung der "kinetischen Felder" ist jedenfalls die Gewerbeberechtigung eines Schlossers nach § 94 Z 59 GewO 1994 erforderlich. Die Bestimmung des § 32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 kommt mangels Vorliegens eines Kaufes nicht zur Anwendung. Ebenso wenig kommt § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994 zur Anwendung, da die Antragstellerin die "kinetischen Felder" weder herzustellen, in obigem Sinne zu kaufen oder zu vermieten beabsichtigt. Für die Herstellung der "kinetischen Felder" ist jedenfalls die Gewerbeberechtigung eines Schlossers nach Paragraph 94, Ziffer 59, GewO 1994 erforderlich. Die Bestimmung des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO 1994 kommt mangels Vorliegens eines Kaufes nicht zur Anwendung. Ebenso wenig kommt Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 6, GewO 1994 zur Anwendung, da die Antragstellerin die "kinetischen Felder" weder herzustellen, in obigem Sinne zu kaufen oder zu vermieten beabsichtigt.

"War der Bieter verpflichtet, (bereits) im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden (wobei nach Pkt. 3.2.5 Abs. 3 letzter Satz ÖNORM A 2050 Personalüberlassungsfirmen Subunternehmern gleichzusetzen sind) 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 zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich auch nicht um einen behebbaren. Ist der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (aus diesem Grund vertreten auch Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts, S. 170, die Auffassung, dass ein "Nachschieben" eines Subunternehmers nach Angebotseröffnung "grundsätzlich unzulässig" sei)." (VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023)" War der Bieter verpflichtet, (bereits) im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrages möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden (wobei nach Pkt. 3.2.5 Absatz 3, letzter Satz ÖNORM A 2050 Personalüberlassungsfirmen Subunternehmern gleichzusetzen sind) 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 zu führen. Bei diesem Mangel des Angebotes handelt es sich auch nicht um einen behebbaren. Ist der Auftraggeber verpflichtet, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, so muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der

Angebotseröffnung bereits namentlich feststehen (aus diesem Grund vertreten auch Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts, S. 170, die Auffassung, dass ein "Nachschieben" eines Subunternehmers nach Angebotseröffnung "grundsätzlich unzulässig" sei)." (VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023)

Anders als handelsübliche, in Serie gefertigte Waren sind die ausgeschriebenen "kinetischen Felder" Spezialanfertigungen nach Entwurf eines Architekten und einer Ausführungsplanung des Bieters. Ihre Herstellung ist zumindest nach dem Wert der Leistung Hauptgegenstand der ausgeschriebenen Leistung. Zu ihrer Herstellung bedarf es eines Schlossers. Dafür spricht auch, dass die Ausschreibung auf die Nennung angebotener Produkte gänzlich verzichtet. Um den Auftrag insgesamt zu erfüllen, ist daher ebenfalls die Gewerbeberechtigung eines Schlossers erforderlich. Auch wenn ein Baumeister nach § 99 Abs. 2 GewO 1994 - ohne an dieser Stelle Untersuchungen über die Beschränkungen der Beschäftigung von Subunternehmern nach § 70 Abs. 1 BVergG und Punkt 1,206 der Ausschreibungsunterlagen anzustellen - einen Auftrag insgesamt auch ohne Heranziehung der Nebenrechte jedes Gewerbetreibenden übernehmen darf, hat er sich doch bei seiner Ausführung, im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren der Herstellung der Geländerteile, eines Schlossers zu bedienen. Die fehlende eigene Befugnis zur Ausführung von Schlosserarbeiten kann der Baumeister durch die Heranziehung eines Subunternehmers ersetzen (Siehe dazu Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] § 52 Rz 7). Da es sich im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung bei den Schlosserarbeiten um einen wesentlichen Leistungsteil handelt, ist ein Bieter nach § 83 Abs. 1 Z 2 BVergG verpflichtet, diesen Leistungsteil in seinem Angebot zu bezeichnen und allenfalls bereits ausgewählte Subunternehmer zu nennen. Insbesondere soll dem Auftraggeber dabei ermöglicht werden, die Eignung und die Leistungsfähigkeit des Subunternehmers gemäß § 91 Abs. 3 BVergG zu überprüfen (Siehe dazu auch zur Beiziehung eines Gas- und Sanitärtechnikers zur Verlegung von Wasserleitungen durch einen Baumeister BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15). Ein Baumeister hat daher in derartigen Fällen die Möglichkeit, einen entsprechend befugten Subunternehmer für die Ausführung namhaft zu machen. Der Anteil der an Subunternehmer zu vergebenden Leistungen ist gemäß § 70 Abs. 2 BVergG, die an Subunternehmer zu vergebenden Teilleistungen und die Namen der Subunternehmer gemäß § 83 Abs. 1 Z 2 BVergG zwingend im Angebot zu nennen. Nach Punkt 1,206 der Ausschreibungsunterlagen ist die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer mit 30 % der Angebotssumme beschränkt. Subunternehmer sind im Angebot der Antragstellerin nicht genannt. Ganz im Gegenteil geht die Antragstellerin offensichtlich davon aus, dass sie die "kinetischen Elemente", den Hauptteil der zu erbringenden Leistung, zukaufen kann, ohne Produkt, Lieferant, Hersteller oä bekanntzugeben. Die Antragstellerin hat daher zwingende Angaben im Angebot unterlassen (siehe dazu auch BVA 18.12.2003, 17N-111/03-26).

Anders als handelsübliche, in Serie gefertigte Waren sind die ausgeschriebenen "kinetischen Felder" Spezialanfertigungen nach Entwurf eines Architekten und einer Ausführungsplanung des Bieters. Ihre Herstellung ist zumindest nach dem Wert der Leistung Hauptgegenstand der ausgeschriebenen Leistung. Zu ihrer Herstellung bedarf es eines Schlossers. Dafür spricht auch, dass die Ausschreibung auf die Nennung angebotener Produkte gänzlich verzichtet. Um den Auftrag insgesamt zu erfüllen, ist daher ebenfalls die Gewerbeberechtigung eines Schlossers erforderlich. Auch wenn ein Baumeister nach Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 - ohne an dieser Stelle Untersuchungen über die Beschränkungen der Beschäftigung von Subunternehmern nach Paragraph 70, Absatz eins, BVergG und Punkt 1,206 der Ausschreibungsunterlagen anzustellen - einen Auftrag insgesamt auch ohne Heranziehung der Nebenrechte jedes Gewerbetreibenden übernehmen darf, hat er sich doch bei seiner Ausführung, im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren der Herstellung der Geländerteile, eines Schlossers zu bedienen. Die fehlende eigene Befugnis zur Ausführung von Schlosserarbeiten kann der Baumeister durch die Heranziehung eines Subunternehmers ersetzen (Siehe dazu Schwartz, Bundesvergabegesetz [2003] Paragraph 52, Rz 7). Da es sich im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung bei den Schlosserarbeiten um einen wesentlichen Leistungsteil handelt, ist ein Bieter nach Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG verpflichtet, diesen Leistungsteil in seinem Angebot zu bezeichnen und allenfalls bereits ausgewählte Subunternehmer zu nennen. Insbesondere soll dem Auftraggeber dabei ermöglicht werden, die Eignung und die Leistungsfähigkeit des Subunternehmers gemäß Paragraph 91, Absatz 3, BVergG zu überprüfen (Siehe dazu auch zur Beiziehung eines Gas- und Sanitärtechnikers zur Verlegung von Wasserleitungen durch einen Baumeister BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15). Ein Baumeister hat daher in derartigen Fällen die Möglichkeit, einen entsprechend befugten Subunternehmer für die Ausführung namhaft zu machen. Der Anteil der an Subunternehmer zu vergebenden Leistungen ist gemäß Paragraph 70, Absatz 2, BVergG, die an Subunternehmer zu vergebenden Teilleistungen und die Namen der Subunternehmer gemäß Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zwingend im Angebot zu nennen. Nach Punkt 1,206 der Ausschreibungsunterlagen ist die Weitergabe von Leistungen an

Subunternehmer mit 30 % der Angebotssumme beschränkt. Subunternehmer sind im Angebot der Antragstellerin nicht genannt. Ganz im Gegenteil geht die Antragstellerin offensichtlich davon aus, dass sie die "kinetischen Elemente", den Hauptteil der zu erbringenden Leistung, zukaufen kann, ohne Produkt, Lieferant, Hersteller oä bekanntzugeben. Die Antragstellerin hat daher zwingende Angaben im Angebot unterlassen (siehe dazu auch BVA 18.12.2003, 17N-111/03-26).

Zuzugestehen ist der Antragstellerin jedoch, dass die Ausschreibung nicht ausdrücklich eine bestimmte Gewerbeberechtigung forderte. Der Beschreibung der Arbeiten war jedoch zu entnehmen, dass Metallbauteile zu planen und herzustellen sind. In der mündlichen Verhandlung ergab sich auch, dass der Zukauf der Metallteile im Angebot der Antragstellerin den überwiegenden Teil des Angebotspreises ausmacht. Als Gewerbetreibende muss die Antragstellerin Bescheid wissen, welche Arbeiten sie im Rahmen ihrer Befugnis ausführen darf. Im Hinblick auf § 99 Abs. 2 GewO 1994 musste ihr bewusst sein, dass sie zwar den Auftrag als solchen übernehmen dürfe, zur Ausführung jedoch einen Schlosser als Subunternehmer benötigen würde. Insofern ist die nötige Gewerbeberechtigung aus dem Leistungsgegenstand abzuleiten. Vor allem im Hinblick auf Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten scheint eine konkrete Vorgabe des Nachweises nicht praktikabel. Zuzugestehen ist der Antragstellerin jedoch, dass die Ausschreibung nicht ausdrücklich eine bestimmte Gewerbeberechtigung forderte. Der Beschreibung der Arbeiten war jedoch zu entnehmen, dass Metallbauteile zu planen und herzustellen sind. In der mündlichen Verhandlung ergab sich auch, dass der Zukauf der Metallteile im Angebot der Antragstellerin den überwiegenden Teil des Angebotspreises ausmacht. Als Gewerbetreibende muss die Antragstellerin Bescheid wissen, welche Arbeiten sie im Rahmen ihrer Befugnis ausführen darf. Im Hinblick auf Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 musste ihr bewusst sein, dass sie zwar den Auftrag als solchen übernehmen dürfe, zur Ausführung jedoch einen Schlosser als Subunternehmer benötigen würde. Insofern ist die nötige Gewerbeberechtigung aus dem Leistungsgegenstand abzuleiten. Vor allem im Hinblick auf Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten scheint eine konkrete Vorgabe des Nachweises nicht praktikabel.

Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin erfolgte daher nach § 99 Z 1 BVergG zu Recht. Das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin erfolgte daher nach Paragraph 99, Ziffer eins, BVergG zu Recht.

Nach § 22 Abs. 1 BVergG kann die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern, sofern der Auftraggeber ausnahmsweise nicht anderes festlegt, wahlweise brieflich, per Fax oder elektronisch erfolgen. Minder bedeutsame Mitteilungen, Aufforderungen, Benachrichtigungen und Informationen können auch mündlich oder telefonisch übermittelt werden. Nach Paragraph 22, Absatz eins, BVergG kann die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern, sofern der Auftraggeber ausnahmsweise nicht anderes festlegt, wahlweise brieflich, per Fax oder elektronisch erfolgen. Minder bedeutsame Mitteilungen, Aufforderungen, Benachrichtigungen und Informationen können auch mündlich oder telefonisch übermittelt werden.

Die Auftraggeberin hat in Punkt 1,212 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich briefliche Kommunikation vorgesehen. Dies ist nach § 22 Abs. 1 BVergG zulässig. Lediglich bei der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach § 100 Abs. 1 BVergG ist ungeachtet der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ausschließlich Telefax oder E-Mail zulässig. Die Auftraggeberin hat daher scheinbar das ihr zustehende Wahlrecht hinsichtlich der Form der Kommunikation mit den Bietern ausgeübt. Die Auftraggeberin hat in Punkt 1,212 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich briefliche Kommunikation vorgesehen. Dies ist nach Paragraph 22, Absatz eins, BVergG zulässig. Lediglich bei der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach Paragraph 100, Absatz eins, BVergG ist ungeachtet der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ausschließlich Telefax oder E-Mail zulässig. Die Auftraggeberin hat daher scheinbar das ihr zustehende Wahlrecht hinsichtlich der Form der Kommunikation mit den Bietern ausgeübt.

Allerdings hat die Auftraggeberin in Punkt 8,204 der Ausschreibungsunterlagen die Angabe einer Telefaxnummer verlangt, an die sie rechtsverbindlich zustellen kann. Diese beiden Bestimmungen scheinen in Widerspruch zu einander zu stehen. In Punkt 6,2 2) der Ausschreibungsunterlagen legt die Auftraggeberin eine Rangordnung der einzelnen Kapitel der Ausschreibung für den Fall fest, dass Widersprüche auftreten. Nach dieser Regel geht der in Kapitel B8 enthaltene Punkt 8,204 dem in Kapitel B1 enthaltenen Punkt 1,212 vor.

Bei der Aufforderung zur Aufklärung bediente sich die Auftraggeberin des Telefax. Der Antragstellerin ist

zugestehen, dass die Antragstellerin einander widersprechende Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hat, sodass die geltende Regelung erst bei genauem Studium der Ausschreibungsunterlagen zu ermitteln ist. Die Auftraggeberin hat allerdings auch eine Zweifelsregel aufgestellt, anhand der sich dieser Widerspruch lösen lässt. Das von der Antragstellerin vorgebrachte Argument, dass die Aufforderungen zur Rechtfertigung nicht rechtsverbindlich gewesen seien, geht wegen des Vorranges der Namhaftmachung einer Faxnummer, an die rechtsverbindlich zugestellt werden kann, vor der brieflichen Kommunikation ins Leere. Der angegebenen Faxnummer hat sich schließlich die Auftraggeberin auch bedient. Angemerkt sei lediglich, dass die Antragstellerin diese per Telefax übermittelten Aufforderungen akzeptiert, nicht auf eine briefliche Zustellung bestanden und versucht hat, den Aufklärungsersuchen inhaltlich nachzukommen. Der Vorwurf wurde schließlich erst im Nachprüfungsverfahren erhoben.

Die Ausschreibungsunterlagen verweisen hinsichtlich der vorzulegenden Unterlagen über die Befugnis lediglich auf § 53 BVergG. Dem Gesetz ist zu entnehmen, dass die Auftraggeberin eine beglaubigte Abschrift aus den in Anhang VII zum BVergG genannten Registern, in Österreich dem Firmenbuch, dem GewerbeRegister oder den Mitgliederverzeichnissen der Landeskammern verlangen kann. Die Angaben in der Ausschreibung sind zweifellos nicht sehr ausführlich. Anhand der Beschreibung der Arbeiten nach CPV-Code 93950000-2 als Schlosserarbeiten lässt sich bestenfalls eine grobe Einstufung des Auftrages vornehmen. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin ist die Abfrage des CPV-Codes ohne weiteres zumutbar, da diese über Internet jederzeit rasch verfügbar sind. Ob ein Bieter die zur Ausführung des Auftrages nötige Befugnis selbst besitzt, muss er bei jedem Auftrag - gleichgültig ob dieser von der öffentlichen Hand oder von einem Privatunternehmen erteilt wird - anhand der Beschreibung der zu erbringenden Leistung selbst überprüfen. Da - wie oben dargelegt - auch eine Befugnis als Schlosser zur Ausführung des Auftrages nötig ist, entspricht die Anforderung einer Abschrift aus dem GewerbeRegister zum Nachweis dieser Befugnis §§ 52 Abs. 1 Z 1 und 53 BVergG. Die Ausschreibungsunterlagen verweisen hinsichtlich der vorzulegenden Unterlagen über die Befugnis lediglich auf Paragraph 53, BVergG. Dem Gesetz ist zu entnehmen, dass die Auftraggeberin eine beglaubigte Abschrift aus den in Anhang römisch sieben zum BVergG genannten Registern, in Österreich dem Firmenbuch, dem GewerbeRegister oder den Mitgliederverzeichnissen der Landeskammern verlangen kann. Die Angaben in der Ausschreibung sind zweifellos nicht sehr ausführlich. Anhand der Beschreibung der Arbeiten nach CPV-Code 93950000-2 als Schlosserarbeiten lässt sich bestenfalls eine grobe Einstufung des Auftrages vornehmen. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin ist die Abfrage des CPV-Codes ohne weiteres zumutbar, da diese über Internet jederzeit rasch verfügbar sind. Ob ein Bieter die zur Ausführung des Auftrages nötige Befugnis selbst besitzt, muss er bei jedem Auftrag - gleichgültig ob dieser von der öffentlichen Hand oder von einem Privatunternehmen erteilt wird - anhand der Beschreibung der zu erbringenden Leistung selbst überprüfen. Da - wie oben dargelegt - auch eine Befugnis als Schlosser zur Ausführung des Auftrages nötig ist, entspricht die Anforderung einer Abschrift aus dem GewerbeRegister zum Nachweis dieser Befugnis Paragraphen 52, Absatz eins, Ziffer eins und 53 BVergG.

Zusammenfassend ist daher zu sagen, dass das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgte.

3.4 Zu dem Antrag nach § 349 GewO 1994. 4 Zu dem Antrag nach Paragraph 349, GewO 1994

Die Antragstellerin beantragte die amtswegige Antragstellung nach § 349 GewO 1994. Nach § 349 Abs. 3 GewO 1994 hätte das Bundesvergabeamt bei Vorliegen der übrigen in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen einen solchen Antrag von Amts wegen zu stellen. Das als Antrag betitelte Begehren der Antragstellerin ist daher als Anregung einer amtswegigen, dem Bundesvergabeamt bei Vorliegen der Voraussetzungen ohnehin obliegenden Vorgangsweise zu verstehen. Diesbezüglich jedoch kommt der Antragstellerin kein Antragsrecht zu (Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*³ [2004], 138). Vielmehr verfügt die Antragstellerin über ein selbständiges Antragsrecht nach § 349 Abs. 2 Z 1 GewO 1994. Die Antragstellerin beantragte die amtswegige Antragstellung nach Paragraph 349, GewO 1994. Nach Paragraph 349, Absatz 3, GewO 1994 hätte das Bundesvergabeamt bei Vorliegen der übrigen in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen einen solchen Antrag von Amts wegen zu stellen. Das als Antrag betitelte Begehren der Antragstellerin ist daher als Anregung einer amtswegigen, dem Bundesvergabeamt bei Vorliegen der Voraussetzungen ohnehin obliegenden Vorgangsweise zu verstehen. Diesbezüglich jedoch kommt der Antragstellerin kein Antragsrecht zu (Thienel, *Verwaltungsverfahrensrecht*³ [2004], 138). Vielmehr verfügt die Antragstellerin über ein selbständiges Antragsrecht nach Paragraph 349, Absatz 2, Ziffer eins, GewO 1994.

Der Antrag nach § 349 GewO 1994 kann nach den obigen Ausführungen nicht zur weiteren Klärung des Sachverhaltes beitragen. Gegenstand eines Antrages nach § 349 GewO 1994 ist die Entscheidung über den Umfang einer

Gewerbeberechtigung (§ 29 GewO 1994) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung. Grundsätzlich stellt die Frage des Berechtigungsumfanges des Gewerbes des Baumeisters im Verhältnis zu jenem des Schlossers eine Vorfrage für die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin dar. Wie oben dargelegt, ist der Umfang des Gewerbes des Baumeisters klar von jenem des Schlossers unterschieden. Überschneidungen sind nicht erkennbar. Die zu Grunde liegende gewerberechtliche Frage ist nur so weit für die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu klärende vergaberechtliche Frage, der Zulässigkeit des Angebotes, von Belang, als die Antragstellerin zur Ausführung des gesamten Auftrages befugt sein muss. Dass ein Baumeister niemals zur Herstellung der einem Schlosser vorbehaltenen Geländerkonstruktionen aus Metall berechtigt ist, ist unstrittig. Dass ein Baumeister allerdings zur Übernahme eines Gesamtauftrages im Rahmen des Generalunternehmerprivilegs nach § 99 Abs. 2 GewO 1994 berechtigt ist, ist ebenso unstrittig wie, dass er sich dabei zur Ausführung eines befugten Gewerbetreibenden bedienen muss. Schließlich wird - wie oben ausgeführt - die Herstellung der nötigen Elemente der "kinetischen Felder" nicht von den Rechten nach § 32 Abs. 1 GewO 1994 erfasst. Ernsthafte Zweifel hinsichtlich des Umfangs einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung sind somit nicht aufgetreten. Einem Antrag nach § 349 GewO 1994 fehlt daher die Grundlage (VwGH 22.2.1994, 93/04/0224). Der Antrag nach Paragraph 349, GewO 1994 kann nach den obigen Ausführungen nicht zur weiteren Klärung des Sachverhaltes beitragen. Gegenstand eines Antrages nach Paragraph 349, GewO 1994 ist die Entscheidung über den Umfang einer Gewerbeberechtigung (Paragraph 29, GewO 1994) im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung. Grundsätzlich stellt die Frage des Berechtigungsumfanges des Gewerbes des Baumeisters im Verhältnis zu jenem des Schlossers eine Vorfrage für die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin dar. Wie oben dargelegt, ist der Umfang des Gewerbes des Baumeisters klar von jenem des Schlossers unterschieden. Überschneidungen sind nicht erkennbar. Die zu Grunde liegende gewerberechtliche Frage ist nur so weit für die im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zu klärende vergaberechtliche Frage, der Zulässigkeit des Angebotes, von Belang, als die Antragstellerin zur Ausführung des gesamten Auftrages befugt sein muss. Dass ein Baumeister niemals zur Herstellung der einem Schlosser vorbehaltenen Geländerkonstruktionen aus Metall berechtigt ist, ist unstrittig. Dass ein Baumeister allerdings zur Übernahme eines Gesamtauftrages im Rahmen des Generalunternehmerprivilegs nach Paragraph 99, Absatz 2, GewO 1994 berechtigt ist, ist ebenso unstrittig wie, dass er sich dabei zur Ausführung eines befugten Gewerbetreibenden bedienen muss. Schließlich wird - wie oben ausgeführt - die Herstellung der nötigen Elemente der "kinetischen Felder" nicht von den Rechten nach Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 erfasst. Ernsthafte Zweifel hinsichtlich des Umfangs einer Gewerbeberechtigung im Verhältnis zu einer anderen Gewerbeberechtigung sind somit nicht aufgetreten. Einem Antrag nach Paragraph 349, GewO 1994 fehlt daher die Grundlage (VwGH 22.2.1994, 93/04/0224).

Da das Bundesvergabeamt aus obigen Erwägungen von der Anregung, einen Antrag nach § 349 GewO 1994 zu stellen, absah, war die als Antrag betitelte diesbezügliche Anregung zurückzuweisen (Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht⁸ [2003], Rz 264). Da das Bundesvergabeamt aus obigen Erwägungen von der Anregung, einen Antrag nach Paragraph 349, GewO 1994 zu stellen, absah, war die als Antrag betitelte diesbezügliche Anregung zurückzuweisen (Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht⁸ [2003], Rz 264).

3.6. Zu dem Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr

Ohne jede Begründung beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühr durch die Antragsgegnerin wie im Spruch unter III. wiedergegeben. Ohne jede Begründung beantragte die Antragstellerin den Ersatz der Pauschalgebühr durch die Antragsgegnerin wie im Spruch unter römisch drei. wiedergegeben.

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

§ 162 Abs. 1 BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist. § 162 Abs. 2 bis 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der §§ 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über

Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Abs. 5 vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag (1118 BlgNR XXI GP 65). Daraus ist der eindeutige Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass das Bundesvergabeamt nicht zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr berufen ist. Auch lehnte das Bundesvergabeamt eine Zuständigkeit für die Entscheidung über Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung ab (z.B. BVA 24.2.2003, 06N-5/03-13; Paragraph 162, Absatz eins, BVergG legt fest, dass das Bundesvergabeamt auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig ist. Paragraph 162, Absatz 2 bis 5 legen die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen fest. Die Bestimmungen der Paragraphen 164, 171, 174 und 175 BVergG legen die Entscheidungsbefugnisse des Bundesvergabeamtes fest. Darin findet sich kein Hinweis auf eine Befugnis zur Entscheidung über Kostenersatzansprüche. Auch der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass der in Absatz 5, vorgesehene Gebührenersatz ein zivilrechtlicher Ersatzanspruch ist und mit Mahnklage bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann. Wer Antragsgegner ist, ergibt sich aus dem Antrag bzw. aus dem Teilnahmeantrag (1118 BlgNR römisch 21 Gesetzgebungsperiode 65). Daraus ist der eindeutige Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass das Bundesvergabeamt nicht zur Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr berufen ist. Auch lehnte das Bundesvergabeamt eine Zuständigkeit für die Entscheidung über Kostenersatzansprüche in ständiger Rechtsprechung ab (z.B. BVA 24.2.2003, 06N-5/03-13;

BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17;

BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15; BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31;

BVA 30.6.2003, 14N-53/03-12; BVA 28.8.2003, 07N-73/03-20;

BVA 15.9.2003, 07N-92/03-11; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30;

BVA 28.5.2004, 04N-41/04-26). Daraus ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt zur Entscheidung über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr nicht zuständig ist. Schließlich wäre für die Antragstellerin mangels auch zumindest teilweisen Obsiegens aus einer Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes im Hinblick auf ihren Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren nichts zu gewinnen.

Dokumentnummer

VERGT_20041006_17N_81_04_34_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