

TE Verg Bescheid 2003/12/18 17N-111/03-26

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.12.2003

Norm

BVergG 2002 §163 Abs1

BVergG 2002 §80 Abs2

BVergG 2002 §83 Abs1 Z2

BVergG 2002 §98 Z1

BVergG 2002 §98 Z8

AVG §13 Abs5

1. AVG § 13 heute
2. AVG § 13 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. AVG § 13 gültig von 01.01.2012 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011
4. AVG § 13 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
5. AVG § 13 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
6. AVG § 13 gültig von 01.07.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
7. AVG § 13 gültig von 01.03.2004 bis 30.06.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004
8. AVG § 13 gültig von 20.04.2002 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
9. AVG § 13 gültig von 01.01.2002 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
10. AVG § 13 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
11. AVG § 13 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Der Senat 17 des Bundesvergabeamtes hat am 11. Dezember 2003 durch Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden, Generalanwalt i.R. Dr. Peter Reindl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite wie folgt entschieden:

Spruch

Der Antrag der A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in dem Vergabeverfahren "Sonderkrankenanstalt - Rehabilitationszentrum (SKA-RZ) Gröbming-Aluminiumfassade" des Auftraggebers Pensionsversicherungsanstalt "das Bundesvergabeamt möge nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin für nichtig erklären" wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 163 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, BGBl I Nr. 99/2002
Rechtsgrundlage: Paragraph 163, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien:

Die A*** vertreten durch X***, Rechtsanwälte, in der Folge Antragstellerin genannt, beantragte am 11. November 2003, das Bundesvergabeamt möge nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Pensionsversicherungsanstalt (PVA) in der Folge Auftraggeberin genannt, in dem Vergabeverfahren "Sonderkrankenanstalt - Rehabilitationszentrum (SKA-RZ) Gröbming-Aluminiumfassade" für nichtig erklären und eine einstweilige Verfügung erlassen.

Begründet wurde der Antrag im Wesentlichen damit, dass die Antragstellerin in dem Vergabeverfahren Billigstbieterin gewesen sei. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich unter Zugrundelegung einer funktionalen Betrachtungsweise um einen Bauauftrag. Aus dem Auftrag könne ein Gewinn von Euro 65.000,-- erzielt werden. Bisher seien interne Kosten von Euro 2.000,-- für die Erstellung des Angebotes einschließlich der Korrespondenz mit der Auftraggeberin aufgewendet worden. Darüber hinaus entgehe der Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt. Sie erachte sich in dem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, diskriminierungsfreien Vergabeverfahren unter Beachtung der Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs, insbesondere in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Die Subunternehmerregelung des § 70 BVergG sei unrichtig angewendet worden und damit das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden. Sie habe lediglich sämtliche Montagearbeiten an Subunternehmer weitergegeben, diese würde lediglich 38 % der Gesamtangebotssumme betragen. Die übrigen Arbeiten erfolgten auf Grundlage der Gewerbeberechtigung als Immobilienreuhänderin nach § 225 GewO 1994 (nunmehr § 117 Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idF BGBl. I Nr. 109/2003) eingeschränkt auf Bauträger. Die Antragstellerin habe den Auftragsteil Montage der Fassadenelemente gesetzeskonform an Subunternehmer weitergeben müssen. Sie könne sich gegenüber den Auftraggebern auf die Leistungsfähigkeit Dritter berufen. Die Ausscheidung ihres Angebotes sei daher nicht vergaberechtskonform erfolgt. Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich innerhalb der Frist des § 100 Abs. 2 BVergG einzubringen sei und die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin am 31. Oktober 2003 per Telefax erfolgt sei, sei der Antrag rechtzeitig. Die Auftraggeberin sei vor Einbringen des Nachprüfungsantrages nachweislich verständigt worden. Ebenso sei die Pauschalgebühr eingezahlt worden. Begründet wurde der Antrag im Wesentlichen damit, dass die Antragstellerin in dem Vergabeverfahren Billigstbieterin gewesen sei. Bei den ausgeschriebenen Leistungen handle es sich unter Zugrundelegung einer funktionalen Betrachtungsweise um einen Bauauftrag. Aus dem Auftrag könne ein Gewinn von Euro 65.000,-- erzielt werden. Bisher seien interne Kosten von Euro 2.000,-- für die Erstellung des Angebotes einschließlich der Korrespondenz mit der Auftraggeberin aufgewendet worden. Darüber hinaus entgehe der Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt. Sie erachte sich in dem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen, diskriminierungsfreien Vergabeverfahren unter Beachtung der Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs, insbesondere in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt. Die Subunternehmerregelung des Paragraph 70, BVergG sei unrichtig angewendet worden und damit das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden. Sie habe lediglich sämtliche Montagearbeiten an Subunternehmer weitergegeben, diese würde lediglich 38 % der Gesamtangebotssumme betragen. Die übrigen Arbeiten erfolgten auf Grundlage der Gewerbeberechtigung als Immobilienreuhänderin nach Paragraph 225, GewO 1994 (nunmehr Paragraph 117, Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 109 aus 2003,) eingeschränkt auf Bauträger. Die Antragstellerin habe den Auftragsteil Montage der Fassadenelemente gesetzeskonform an Subunternehmer weitergeben müssen. Sie könne sich gegenüber den Auftraggebern auf die Leistungsfähigkeit Dritter berufen. Die Ausscheidung ihres Angebotes sei daher nicht vergaberechtskonform erfolgt. Da der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich innerhalb der Frist des Paragraph 100, Absatz 2, BVergG einzubringen sei und die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Antragstellerin am 31. Oktober 2003 per Telefax erfolgt sei, sei der Antrag rechtzeitig. Die Auftraggeberin sei vor Einbringen des Nachprüfungsantrages nachweislich verständigt worden. Ebenso sei die Pauschalgebühr eingezahlt worden.

Mit Schriftsatz vom 13. November 2003, beim Bundesvergabeamt am 14. November 2003 außerhalb der Amtsstunden eingebracht, gemäß § 13 Abs. 5 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51/1991 idF. BGBl. I Nr.

117/2002, am 17. November 2003 beim Bundesvergabeamt eingelangt, beantragte die Auftraggeberin die Abweisung des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf einstweilige Verfügung. Gleichzeitig legte sie Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Sie gab bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages Euro 666.966,-- exkl. USt. betrage. Bei dem Auftrag handle es sich nicht nur auf Grund einer funktionalen Betrachtung, sondern unmittelbar nach § 3 Abs. 1 Z 1 iVm Anh. I BVergG (Untergruppe und Position 501.5 - Restaurierung und Instandhaltung von Fassaden) um einen Bauauftrag. Das Überwiegen des Materialanteils bei der Durchführung des gegenständlichen Bauauftrages spiele bei der Beurteilung als Bauauftrag keine Rolle. Die Überlegungen in diese Richtung können jedoch dahin gestellt bleiben, da die Anfechtung der Ausschreibung des gegenständlichen Auftrages als Bauauftrag nicht fristgerecht erfolgt und damit präkludiert sei. Der gegenständliche Auftrag sei Teil eines Gesamtbauvorhabens mit einem geschätzten Auftragswert ohne USt. von rund Euro 26.160.000,--.

Mit Schriftsatz vom 13. November 2003, beim Bundesvergabeamt am 14. November 2003 außerhalb der Amtsstunden eingebracht, gemäß Paragraph 13, Absatz 5, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 117 aus 2002,, am 17. November 2003 beim Bundesvergabeamt eingelangt, beantragte die Auftraggeberin die Abweisung des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf einstweilige Verfügung. Gleichzeitig legte sie Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Sie gab bekannt, dass der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages Euro 666.966,-- exkl. USt. betrage. Bei dem Auftrag handle es sich nicht nur auf Grund einer funktionalen Betrachtung, sondern unmittelbar nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Anh. römisch eins BVergG (Untergruppe und Position 501.5 - Restaurierung und Instandhaltung von Fassaden) um einen Bauauftrag. Das Überwiegen des Materialanteils bei der Durchführung des gegenständlichen Bauauftrages spiele bei der Beurteilung als Bauauftrag keine Rolle. Die Überlegungen in diese Richtung können jedoch dahin gestellt bleiben, da die Anfechtung der Ausschreibung des gegenständlichen Auftrages als Bauauftrag nicht fristgerecht erfolgt und damit präkludiert sei. Der gegenständliche Auftrag sei Teil eines Gesamtbauvorhabens mit einem geschätzten Auftragswert ohne USt. von rund Euro 26.160.000,--.

Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei rechtsrichtig erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei im gegenständlichen Vergabeverfahren das billigste gewesen. Sie verfüge über die Befugnis als Immobilien-treuhänder eingeschränkt auf Bauträger mit der Befugnis zur bloßen organisatorischen und kommerziellen Abwicklung von Bauvorhaben auf eigene oder fremde Rechnung. Die Befugnis zur Erbringung einer Bauleistung sei allein nach der hierfür maßgeblichen Berechtigung zu beurteilen. Eine gänzliche Substitution der mangelnden Eignung durch die Befugnisse von Subunternehmen sei weder mit den Bedingungen der Ausschreibung noch mit dem Gesetz in Einklang zu bringen. Die gänzliche Weitergabe des gegenständlichen Auftrages an Subunternehmer sei nach § 70 BVergG und Punkt 1.8.2 der Ausschreibung untersagt. Organisatorische oder kommerzielle Leistungen seien im Leistungsverzeichnis nicht enthalten. Es müsse daher unbeschadet der überhaupt fehlenden Befugnis von einer unzulässigen Weitergabe des gesamten Auftrages ausgegangen werden. Mit der Weitergabe an Subunternehmer sei geradezu beabsichtigt gewesen, die mangelnde Eignung des Bieters zur Gänze zu substituieren. Das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden.

Die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin sei rechtsrichtig erfolgt. Das Angebot der Antragstellerin sei im gegenständlichen Vergabeverfahren das billigste gewesen. Sie verfüge über die Befugnis als Immobilien-treuhänder eingeschränkt auf Bauträger mit der Befugnis zur bloßen organisatorischen und kommerziellen Abwicklung von Bauvorhaben auf eigene oder fremde Rechnung. Die Befugnis zur Erbringung einer Bauleistung sei allein nach der hierfür maßgeblichen Berechtigung zu beurteilen. Eine gänzliche Substitution der mangelnden Eignung durch die Befugnisse von Subunternehmen sei weder mit den Bedingungen der Ausschreibung noch mit dem Gesetz in Einklang zu bringen. Die gänzliche Weitergabe des gegenständlichen Auftrages an Subunternehmer sei nach Paragraph 70, BVergG und Punkt 1.8.2 der Ausschreibung untersagt. Organisatorische oder kommerzielle Leistungen seien im Leistungsverzeichnis nicht enthalten. Es müsse daher unbeschadet der überhaupt fehlenden Befugnis von einer unzulässigen Weitergabe des gesamten Auftrages ausgegangen werden. Mit der Weitergabe an Subunternehmer sei geradezu beabsichtigt gewesen, die mangelnde Eignung des Bieters zur Gänze zu substituieren. Das Angebot der Antragstellerin sei zu Recht ausgeschieden worden.

In der Replik vom 9. Dezember 2003 brachte die Antragstellerin vor, dass keine Weitergabe des gesamten Auftrags erfolgt sei. Die sonstigen Rechte von Gewerbetreibenden nach § 32 Abs. 1 GewO 1994 seien nicht beachtet worden. Nach § 32 Abs. 1 Z 10 GewO 1994 sei die Antragstellerin befugt, Aluminiumfassadenelemente samt Unterbau von Lieferanten zu zukaufen und auf eigene Rechnung und im eigenen Namen anzubieten. Sie könne diese sogar im Rahmen des § 32 Abs. 1 Z 6 GewO 1994 montieren. Vergaberechtlich seien gemäß § 70 Abs. 1 Satz 2 BVergG

Kaufverträge ausdrücklich aus den Subunternehmerleistungen ausgenommen. Durch den Zukauf der Fassadenelemente habe der Bauauftrag eine erhebliche Lieferkomponente, die im Angebot der Antragstellerin 68 % des Auftragsvolumens ausmache. Daraus ergebe sich, dass insgesamt der gesamte Auftrag durch die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden abgedeckt sei. Bei Auslegung des Umfangs der Gewerbeberechtigung und der Berücksichtigung der Auslegungsvorschrift des § 29 GewO 1994 ergebe sich, dass die Antragstellerin sehr wohl befugt sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. In der Replik vom 9. Dezember 2003 brachte die Antragstellerin vor, dass keine Weitergabe des gesamten Auftrags erfolgt sei. Die sonstigen Rechte von Gewerbetreibenden nach Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994 seien nicht beachtet worden. Nach Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 10, GewO 1994 sei die Antragstellerin befugt, Aluminiumfassadenelemente samt Unterbau von Lieferanten zu zukaufen und auf eigene Rechnung und im eigenen Namen anzubieten. Sie könne diese sogar im Rahmen des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 6, GewO 1994 montieren. Vergaberechtlich seien gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Satz 2 BVergG Kaufverträge ausdrücklich aus den Subunternehmerleistungen ausgenommen. Durch den Zukauf der Fassadenelemente habe der Bauauftrag eine erhebliche Lieferkomponente, die im Angebot der Antragstellerin 68 % des Auftragsvolumens ausmache. Daraus ergebe sich, dass insgesamt der gesamte Auftrag durch die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden abgedeckt sei. Bei Auslegung des Umfangs der Gewerbeberechtigung und der Berücksichtigung der Auslegungsvorschrift des Paragraph 29, GewO 1994 ergebe sich, dass die Antragstellerin sehr wohl befugt sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen.

Am 10. Dezember 2003 erstattete die Auftraggeberin eine ergänzende Stellungnahme. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin gemäß Punkt 1.8.2 der Ausschreibungsunterlagen im Zusammenhang mit § 70 Abs. 2 BVergG schon im Angebot jene Teilleistung zu bezeichnen hätte, die sie an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt habe. Ebenso sei dies nach § 83 Abs. 1 Z 2 BVergG gefordert. Wie im Angebot nannte die Antragstellerin keine an Subunternehmer zu vergebende Leistungen. Da diese Angabe unaufgefordert zu erfolgen habe, sei das Angebot auszuschneiden. Am 10. Dezember 2003 erstattete die Auftraggeberin eine ergänzende Stellungnahme. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Antragstellerin gemäß Punkt 1.8.2 der Ausschreibungsunterlagen im Zusammenhang mit Paragraph 70, Absatz 2, BVergG schon im Angebot jene Teilleistung zu bezeichnen hätte, die sie an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt habe. Ebenso sei dies nach Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG gefordert. Wie im Angebot nannte die Antragstellerin keine an Subunternehmer zu vergebende Leistungen. Da diese Angabe unaufgefordert zu erfolgen habe, sei das Angebot auszuschneiden.

1. 2. Ziffer 2 Sachverhalt

Die PVA führt den Um- und Neubau der Sonderkrankenanstalt - Rehabilitationszentrum (SKA-RZ) Gröbming durch. Als Teil dieses Umbaus wurde die Herstellung einer Aluminiumunterkonstruktion (rund 3.200 m²) einschließlich Wärmedämmung und Montieren von Alu-Verbundplatten als Fassadenverkleidung ausgeschrieben.

Der geschätzte Auftragswert ohne USt. des Gesamtvorhabens beträgt Euro 26.162.220,28, des gegenständlichen Auftrags Euro 666.966,--.

Eine Vorinformation erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 11. Jänner 2003, 2003/S 8-005701, im Lieferanzeiger vom 11. Jänner 2003, L113072.

Die Ausschreibung der gegenständlichen Leistung erfolgte im beschleunigten, offenen Verfahren nach den Bestimmungen für den Oberschwellenbereich. Als Grund für die Wahl des beschleunigten Verfahrens wurde die zügige Abwicklung des Bauvorhabens angegeben.

Im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 6. August 2003, 2003/S 149-135358, und im Lieferanzeiger vom 28. Juli 2003, L131761, wurde der gegenständliche Auftrag bekannt gemacht.

Gegenstand der Ausschreibung ist die Herstellung einer Aluminiumunterkonstruktion (rd. 3.100 m²) einschließlich Wärmedämmung und Montieren von Alu-Verbundplatten als Fassadenverkleidung im Zusammenhang mit dem Um- und Neubau der Sonderkrankenanstalt - Rehabilitationszentrum (SKA-RZ) Gröbming.

Als Art des Bauauftrags war die Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mittel, gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen angegeben.

Nach dem gemeinsamen Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) war Hauptteil mit 28112300-3 (Konstruktionen aus Eisen, Stahl oder Aluminium und Teile davon), der Zusatzteil mit 28112330-2 (Aluminiumkonstruktionen) bezeichnet.

In Punkt 34.00.010 Z der Ausschreibungsunterlagen war das System ALUCOBOND oder Gleichwertiges für die Aluminiumkonstruktion ausgeschrieben.

Die Bekanntmachung wurde am 25. Juli 2003 abgesandt. Die Angebotsfrist endete am 19. August 2003, 13.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand am 19. August 2003, 13.30 Uhr statt. Die Bindungsfrist beträgt fünf Monate ab dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote, also bis zum 19. Jänner 2004.

1.8 der Ausschreibung legt Bestimmungen für die Ausführung des Auftrages durch Subunternehmer fest und lautet:

"1.8 Subunternehmer

1.8.1 Die Heranziehung von Subunternehmern ist nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig.

1.8.2 Der Bieter hat schon im Angebot jene Teilleistungen, die er an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt, und tunlichst gleichfalls schon im Angebot, jedenfalls aber unverzüglich nach Erhalt des Zuschlags, die in Aussicht genommenen Subunternehmer bzw die allenfalls bereits ausgewählten Unternehmer mit Name (Firma) und Anschrift bekanntzugeben. Personalüberlassungsunternehmer werden Subunternehmern gleichgehalten. Die Weitergabe des gesamten Auftrags an Subunternehmer ist untersagt; ausgenommen hievon sind die Weitergabe an verbundene Unternehmen sowie Kaufverträge, zu deren Erfüllung sich der Auftragnehmer eines Zulieferers bedient.

1.8.3 Der Bieter hat, soweit nach der Ausschreibung Eignungsnachweise zu erbringen sind, gleichzeitig mit der Bekanntgabe der Subunternehmer nachzuweisen, dass diese die erforderliche Eignung zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistungen besitzen.

1.8.4 Die Weitergabe des überwiegenden Teils derjenigen Leistungen, die den Unternehmensgegenstand bilden, ist unzulässig. Bei Baumeisterleistungen sind der Beurteilung des Unternehmensgegenstands die dem Baumeister gemäß § 202 Gewerbeordnung 1994 (BGBl 1994/194) allein vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten zugrunde zu legen."1.8.4 Die Weitergabe des überwiegenden Teils derjenigen Leistungen, die den Unternehmensgegenstand bilden, ist unzulässig. Bei Baumeisterleistungen sind der Beurteilung des Unternehmensgegenstands die dem Baumeister gemäß Paragraph 202, Gewerbeordnung 1994 (BGBl 1994/194) allein vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten zugrunde zu legen."

In der Bekanntmachung der Ausschreibung war festgelegt, dass der Zuschlag nach den Kriterien der Ausschreibung erfolgen sollte. In den - übermittelten - Ausschreibungsunterlagen finden sich versteckt Bestimmungen, dass das Angebot mit dem billigsten Preis für den Zuschlag ausgewählt werden soll.

Zwölf Bewerber holten Ausschreibungsunterlagen ab. Sieben Bieter gaben Angebote ab. Aus der Niederschrift über die Angebotsöffnung vom 19. August 2003 ergibt sich, dass die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro 641.741,94 ohne USt. das billigste Angebot legte.

Die Antragstellerin verfügt über die Gewerbeberechtigung des Immobilitentreuhänders (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) gemäß § 225 GewO 1994 (jetzt § 117 GewO 1994) eingeschränkt auf Bauträger, erteilt mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien am 8. März 2000, GZ MA 63 - T 263/99, wirksam ab 8. März 2003. Die Antragstellerin verfügt über die Gewerbeberechtigung des Immobilitentreuhänders (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger) gemäß Paragraph 225, GewO 1994 (jetzt Paragraph 117, GewO 1994) eingeschränkt auf Bauträger, erteilt mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien am 8. März 2000, GZ MA 63 - T 263/99, wirksam ab 8. März 2003.

Unter Punkt "34.00.020 Z Gewährleistung" findet sich im Angebot der Antragstellerin die Aufgliederung der Arbeitsvorgänge für eventuelle Gewährleistungsarbeiten in LM-Konstruktion ca. 32 % und Montage ca. 68 %. Die Überprüfung durch die Auftraggeberin ergab, dass der Lohnanteil 38,15 % einschließlich Regiestunden 38,95 % der Angebotssumme netto ausmacht.

Das Angebot der Antragstellerin enthält keinen Hinweis auf eine Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer.

Mit Schreiben vom 9. September 2003 wurde die Antragstellerin um Bekanntgabe der Gesamtzahl der eigenen

Arbeitskräfte sowie der Anzahl der voraussichtlich im Auftragsfall zum Einsatz kommenden bzw. erforderlichen Arbeitskräfte ersucht. Mit Telefax vom 11. September 2003 gab die Antragstellerin bekannt, dass die Montagearbeiten ausschließlich durch "Partnerfirmen" ausgeführt werden und übermittelte eine Referenzliste. Mit Schreiben vom 12. September 2003 wurde sie erneut um Bekanntgabe der Gesamtzahl der eigenen Arbeitskräfte sowie der Anzahl der voraussichtlich im Auftragsfall zum Einsatz kommenden bzw. erforderlichen Arbeitskräfte ersucht. Mit Telefax vom 17. September 2003 gab die Antragstellerin bekannt, dass drei näher bezeichnete Unternehmen für die Montage in Frage kommen.

Im Prüfbericht vom 26. September 2003 ist zum Angebot der Antragstellerin angeführt, dass die Vorgangsweise, ausschließlich firmenfremdes Montagepersonal zu verwenden, nicht den Vertragsbedingungen der PVA entspricht und das Angebot auszuschneiden ist.

Mit Telefax vom 31. Oktober 2003 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. In der Verständigung der Antragstellerin war weiter ausgeführt, dass die Ausführung der gegenständlichen Leistung als Bauauftrag ausgeschrieben war. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 9. September und vom 17. September 2003 mitgeteilt, dass sämtliche Montagearbeiten von Subunternehmern durchgeführt werden. Da das Angebot den Vergabebestimmungen der vergebenden Stelle in Verbindung mit dem BVergG widerspreche, müsse es gemäß § 98 Z 1 und 8 BVergG ausgeschieden werden. Mit Telefax vom 31. Oktober 2003 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben. In der Verständigung der Antragstellerin war weiter ausgeführt, dass die Ausführung der gegenständlichen Leistung als Bauauftrag ausgeschrieben war. Die Antragstellerin habe mit Schreiben vom 9. September und vom 17. September 2003 mitgeteilt, dass sämtliche Montagearbeiten von Subunternehmern durchgeführt werden. Da das Angebot den Vergabebestimmungen der vergebenden Stelle in Verbindung mit dem BVergG widerspreche, müsse es gemäß Paragraph 98, Ziffer eins und 8 BVergG ausgeschieden werden.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich ohne Widersprüche aus dem Vorbringen der Parteien, den übermittelten Unterlagen des Vergabeverfahrens und dem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag umfasst die Montage einer Aluminiumfassade als Teil des Gesamtvorhabens des Um- und Neubaus einer Sonderkrankenanstalt. Es handelt sich um einen Bauauftrag. Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Leistungen der Pensionsversicherung, sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG, die nach § 135 Abs. 2 BVergG iVm Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Der gegenständliche Auftrag ist Teil eines Gesamtvorhabens, der den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG überschreitet. Nach § 13 Abs. 1 BVergG sind die geschätzten Auftragswerte aller gesondert vergebenen Lose zusammen zu rechnen. Da die Auftraggeberin bei der Vergabe des gegenständlichen Auftrages von der Losregelung des § 16 Abs. 6 BVergG keinen Gebrauch gemacht hat, sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Der gegenständliche Auftrag umfasst die Montage einer Aluminiumfassade als Teil des Gesamtvorhabens des Um- und Neubaus einer Sonderkrankenanstalt. Es handelt sich um einen Bauauftrag. Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Leistungen der Pensionsversicherung, sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt. Der gegenständliche Auftrag ist Teil eines Gesamtvorhabens, der den Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG überschreitet. Nach Paragraph 13, Absatz eins, BVergG sind die geschätzten Auftragswerte aller gesondert vergebenen Lose zusammen zu rechnen. Da die Auftraggeberin bei der Vergabe des gegenständlichen Auftrages von der Losregelung des Paragraph 16, Absatz 6, BVergG keinen Gebrauch gemacht hat, sind auf das gegenständliche Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG anzuwenden.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

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 zuständig. Gemäß 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 Verfügungen sowie
2. 2.Ziffer 2
zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachte Beschwerdepunkte.

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 31. Oktober 2003 mitgeteilt, der Antrag wurde am 11. November 2003 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrags nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrags lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl eines anderen Zuschlagsempfängers zu erwarten. Nach § 170 Abs. 2 BVergG war daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 31. Oktober 2003 mitgeteilt, der Antrag wurde am 11. November 2003 eingebracht und ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrags nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrags lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl eines anderen Zuschlagsempfängers zu erwarten. Nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG war daher ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG einzuleiten.

3.3 Inhaltliche Beurteilung

§ 70 Abs. 2 BVergG besagt, dass der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben hat, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt. Paragraph 70, Absatz 2, BVergG besagt, dass der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben hat, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.

Der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass dieser Bestimmung die Verpflichtung des Bieters gemäß § 83 Abs. 1 Z 2 BVergG korrespondiert. (1118 BlgNR 21. GP 47). Der Bericht des Verfassungsausschusses führt dazu aus, dass dieser Bestimmung die Verpflichtung des Bieters gemäß Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG korrespondiert. (1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 47).

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

Punkt 1.8.2 der Ausschreibung fordert ebenfalls bereits im Angebot die Nennung jener Teilleistungen, die an Subunternehmer weiter zu geben beabsichtigt sind.

Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot keine Teilleistungen des gegenständlichen Auftrages genannt, die sie an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt.

Die Ausschreibung ist eine Ausschreibung nach dem Billigstbieterprinzip. Dies ergibt sich aus dem versteckt in der Ausschreibung enthaltenen Prinzip für die Ermittlung des Angebotes für den Zuschlag. In der Bekanntmachung der Ausschreibung war lediglich auf die Angaben in den Unterlagen verwiesen und diese in den Ausschreibungsunterlagen versteckt. Eine deutlichere Kennzeichnung wäre wünschenswert.

Ob die Montage der Aluminiumfassadenteile den gesamten Auftrag ausmacht oder nur einen Teil der Leistung

ausmacht, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Jedenfalls stellt die Montage einen wesentlichen Leistungsteil dar, da sie einerseits im Angebot der Antragstellerin einen Anteil von 38 % der Auftragssumme, - nach den unbestritten gebliebenen Angaben der Auftraggeberin - im Angebot der in Aussicht genommenen Bestbieterin in einen Anteil von etwas über 50 % der Auftragssumme ausmacht. Andererseits ist die Montage der wesentliche handwerklich zu leistende Teil des Auftrages, da ohne die Montage der - unbestritten - zuzukaufenden Fassadenteile die Herstellung der Fassade undenkbar ist.

Die Verpflichtung zur Nennung zumindest jener Leistungsteile, die von Subunternehmen ausgeführt werden sollten, besteht jedenfalls nach Punkt 1.8.2 der Ausschreibung, entsprechend den gesetzlichen Verpflichtungen nach §§ 80 Abs. 2 und 83 Abs. 1 Z 2 BVergG. Dem Angebot fehlte daher eine wesentliche Angabe. Unzweifelhaft erfolgte die Bekanntgabe, dass überhaupt beabsichtigt ist, die Montage durch Subunternehmer durchführen zu lassen, erst mit dem Telefax vom 11. September 2003 in Beantwortung der Anfrage um Bekanntgabe der Gesamtzahl der eigenen Arbeitskräfte, sowie die Anzahl der Arbeitnehmer, welche voraussichtlich im Auftragsfall zum Einsatz kommen bzw. der Anzahl der erforderlichen Arbeitskräfte. Die bis 10. September 2003 erbetene Antwort erfolgte am 11. September 2003. Mit Schreiben vom 12. September 2003 erneuerte der prüfende Ziviltechniker die Anfrage. Mit Fax vom 17. September 2003 nannte die Antragstellerin drei Firmen, die für die Montage in Frage kommen und verwies auf eine langjährige Zusammenarbeit mit diesen. Konkrete Erklärungen, dass diese Firmen die Arbeiten im Auftragsfall übernehmen würden, lagen nicht bei. Eine Bekanntgabe der Zahl der Arbeitskräfte erfolgte nicht. Die Verpflichtung zur Nennung zumindest jener Leistungsteile, die von Subunternehmen ausgeführt werden sollten, besteht jedenfalls nach Punkt 1.8.2 der Ausschreibung, entsprechend den gesetzlichen Verpflichtungen nach Paragraphen 80, Absatz 2 und 83 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Dem Angebot fehlte daher eine wesentliche Angabe. Unzweifelhaft erfolgte die Bekanntgabe, dass überhaupt beabsichtigt ist, die Montage durch Subunternehmer durchführen zu lassen, erst mit dem Telefax vom 11. September 2003 in Beantwortung der Anfrage um Bekanntgabe der Gesamtzahl der eigenen Arbeitskräfte, sowie die Anzahl der Arbeitnehmer, welche voraussichtlich im Auftragsfall zum Einsatz kommen bzw. der Anzahl der erforderlichen Arbeitskräfte. Die bis 10. September 2003 erbetene Antwort erfolgte am 11. September 2003. Mit Schreiben vom 12. September 2003 erneuerte der prüfende Ziviltechniker die Anfrage. Mit Fax vom 17. September 2003 nannte die Antragstellerin drei Firmen, die für die Montage in Frage kommen und verwies auf eine langjährige Zusammenarbeit mit diesen. Konkrete Erklärungen, dass diese Firmen die Arbeiten im Auftragsfall übernehmen würden, lagen nicht bei. Eine Bekanntgabe der Zahl der Arbeitskräfte erfolgte nicht.

Fest steht somit, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Antragstellerin nicht bekannt gegeben hatte, dass sie beabsichtigte, wesentliche Teile der Arbeiten durch Subunternehmer ausführen zu lassen. Auch war nicht dargelegt, dass die in dem Telefax vom 17. September 2003 genannten Unternehmer im Auftragsfall die Montage der Fassadenelemente durchführen würden, somit war die Verfügbarkeit der Mittel dieser Unternehmen für die Durchführung des gegenständlichen Auftrages nicht nachgewiesen.

"Der Bieter hat nunmehr im Gegensatz zu § 31 Abs. 2 BVergG 1997 unaufgefordert die Teile des Angebotes, die er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, in seinem Angebot anzugeben (§ 70 Abs. 2 und § 83 Abs. 1 Z 2)" (Hahnl, BVergG 2002 [2002] § 70 K 6). "Der Bieter hat nunmehr im Gegensatz zu Paragraph 31, Absatz 2, BVergG 1997 unaufgefordert die Teile des Angebotes, die er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, in seinem Angebot anzugeben (Paragraph 70, Absatz 2 und Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2,)" (Hahnl, BVergG 2002 [2002] Paragraph 70, K 6).

Bei dem Angebot der Antragstellerin handelt es sich daher um ein unvollständiges iSd § 98 Z 8 BVergG. Nach der Rechtsprechung des VfGH ist ein solcher Mangel auch als unbehebbar zu qualifizieren, da der Auftraggeber die Eignung eines konkreten Subunternehmers spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung überprüfen muss (vgl. VfGH 29.5.2002, 2002/04/0023). Es handelt sich daher um einen unbehebbar Mangel. Das Angebot wäre aus diesem Grund nach § 98 Z 8 BVergG auszuschneiden (so auch BVA 11.4.2003, 12N-23/03-13). Bei dem Angebot der Antragstellerin handelt es sich daher um ein unvollständiges iSd Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG. Nach der Rechtsprechung des VfGH ist ein solcher Mangel auch als unbehebbar zu qualifizieren, da der Auftraggeber die Eignung eines konkreten Subunternehmers spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung überprüfen muss (vergleiche VfGH 29.5.2002, 2002/04/0023). Es handelt sich daher um einen unbehebbar Mangel. Das Angebot wäre aus diesem Grund nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden (so auch BVA 11.4.2003, 12N-23/03-13).

Der VfGH sprach aus, dass ein Nachprüfungsverfahren der Durchsetzung objektiver Interessen und daraus

resultierender Teilnahmerechte eines Bieters - und eben auch eines Bewerbers - dienen soll, nicht aber der Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren (VfGH B 405/99, VfSlg 16.391).

Der VfGH sieht in einem Erkenntnis zum insofern vergleichbaren OÖ LVergG 1994 unter Berufung auf VfGH 23.1.2002, 2001/04/0041 als "Sache" des Nachprüfungsverfahrens immer die Prüfung der Frage, ob der Antragstellerin durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden ist. Eine Rechtsverletzung durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers liegt daher nur dann vor, wenn der betreffende Bieter bei rechtskonformer Entscheidung eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (VfGH 9.4.2002, 2000/04/0181).

§ 163 Abs. 1 BVergG besagt, dass ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Paragraph 163, Absatz eins, BVergG besagt, dass ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers kann daher nur bei Vorliegen eines Antrages in Entsprechung dieses Antrages erfolgen. Innerhalb dieser Grenzen geht das Bundesvergabeamt von Amts wegen vor. Die Prüfung der Antragsvoraussetzung ist amtswegig vorzunehmen. Unter Berücksichtigung, dass Nachprüfungsverfahren dem subjektiven Rechtsschutz dienen, ergibt sich, dass es dem Bundesvergabeamt verwehrt ist, losgelöst von der Stattgabe des Antrages von Amts wegen Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären. Der Prüfung der angefochtenen Entscheidung hat daher die Prüfung der Antragsvoraussetzungen voran zu gehen. Eine inhaltliche Entscheidung trotz des Fehlens der Antragsvoraussetzungen würde die Entscheidung mit Rechtswidrigkeit belassen.

Wie bereits dargelegt, wäre das Angebot der Antragstellerinnen auszuschneiden gewesen. Für den Standpunkt der Antragstellerinnen wäre daher durch eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nichts zu gewinnen, da der von den Antragstellerinnen geltend gemachte Schaden aus diesem Grund nicht eintreten kann.

Gegenstand des Antrages ist die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Gründe betrafen im Wesentlichen das fehlerhafte Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin. Im Zuge des Verfahrens ergab sich auf Grund der Stellungnahme der Auftraggeberin, dass das Angebot der Antragstellerin aus einem anderen Grund als dem von der Auftraggeberin heran gezogenen auszuschneiden gewesen wäre und daher der geltend gemachte Schaden gar nicht vorliegen kann. In der mündlichen Verhandlung wurde dieser Grund erörtert und der Antragstellerin ausreichend Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen.

Der Verwaltungsgerichtshof setzte in einem Erkenntnis zum insofern vergleichbaren Stmk VergG 1995 für die Möglichkeit eines eingetretenen oder drohenden Schadens durch eine mit einer Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens belastete Zuschlagserteilung für einen anderen, nicht den Zuschlag erhaltenden Bieter zumindest voraus, dass sein Anbot für die Wahl zum Zuschlag geeignet gewesen wäre, für dieses somit auf Grund seiner Form und des Inhaltes zumindest die Möglichkeit für eine Zuschlagserteilung in Betracht gezogen zu werden gegeben war. Daraus zog er unter Verweis auf BVA 18.6.1998, F-3/98-12, den Schluss, dass die Antragslegitimation zu verneinen sei, wenn das Angebot auszuschneiden und aus diesem Grund nicht für den Zuschlag in Betracht gezogen werden könne (VfGH 27.9.2000, 2000/04/0050).

Der Verfassungsgerichtshof äußerte unter dem Aspekt der Rechtsmittelrichtlinie Bedenken gegen diese Ansicht (VfGH B 707/00, VfSlg 16.118). In seinem Urteil vom 19. Juni 2003 (Rs C-249/01, Hackermüller) sah der EuGH - in Bestätigung der Rechtssprechung des Bundesvergabeamtes - keinen Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, wenn das Bundesvergabeamt von Amts wegen für den Antragsteller nachteilige Gründe aufgreift und aus diesem Grund die Behandlung des Nachprüfungsantrages ablehnt, sofern der Antragsteller Gelegenheit hatte, sich zu diesen Gründen zu äußern. Wenn nun die Gründe nicht einmal von Amts wegen aufgegriffen werden, sondern von einer Verfahrenspartei im Zuge des Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden, ist das Bundesvergabeamt sogar verpflichtet, auf diese einzugehen und nach Erörterung mit den Parteien seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerin ist unter anderem ein

behaupteter, drohender oder eingetretener Schaden für die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung. Erfolg kann diesem Antrag jedoch nur beschieden sein, wenn ihr Angebot für die Zuschlagserteilung in Frage kommt. Wie oben ausgeführt wäre dieses jedoch auszuscheiden gewesen, sodass es für den Zuschlag nicht in Betracht kommt und der geltend gemachte Schaden nicht eintreten kann. Die Erfüllung der Antragsvoraussetzungen stellt eine Voraussetzung für eine Entscheidung in der Sache dar. Erfüllt der Antragsteller diese Voraussetzung nicht, kann über den Nachprüfungsantrag selbst gar nicht mehr entschieden werden und der Antrag ist zurückzuweisen. Wie bereits dargestellt kann der geltend gemachte Schaden für die Antragstellerin nicht eintreten, da ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Somit liegt eine notwendige Voraussetzung der Antragstellung nach § 163 Abs. 1 BVergG nicht vor und der Nachprüfungsantrag ist zurückzuweisen. Ein Eingehen auf die geltend gemachten Gründe für das Ausscheiden auf Grund einer falschen Beurteilung der Befugnis der Antragstellerin kann daher dahin stehen. Voraussetzung für die Stellung eines Nachprüfungsantrages durch die Antragstellerin ist unter anderem ein behaupteter, drohender oder eingetretener Schaden für die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung. Erfolg kann diesem Antrag jedoch nur beschieden sein, wenn ihr Angebot für die Zuschlagserteilung in Frage kommt. Wie oben ausgeführt wäre dieses jedoch auszuscheiden gewesen, sodass es für den Zuschlag nicht in Betracht kommt und der geltend gemachte Schaden nicht eintreten kann. Die Erfüllung der Antragsvoraussetzungen stellt eine Voraussetzung für eine Entscheidung in der Sache dar. Erfüllt der Antragsteller diese Voraussetzung nicht, kann über den Nachprüfungsantrag selbst gar nicht mehr entschieden werden und der Antrag ist zurückzuweisen. Wie bereits dargestellt kann der geltend gemachte Schaden für die Antragstellerin nicht eintreten, da ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre. Somit liegt eine notwendige Voraussetzung der Antragstellung nach Paragraph 163, Absatz eins, BVergG nicht vor und der Nachprüfungsantrag ist zurückzuweisen. Ein Eingehen auf die geltend gemachten Gründe für das Ausscheiden auf Grund einer falschen Beurteilung der Befugnis der Antragstellerin kann daher dahin stehen.

Dokumentnummer

VERGT_20031218_17N_111_03_26_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