

TE Verg Bescheid 2003/4/11 12N- 23/03-13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.04.2003

Norm

BVergG 2002 §70 Abs1

BVergG 2002 §70 Abs2

BVergG 2002 §83 Abs1 Z2

BVergG 2002 §98 Z1

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §166 Abs1 Z5

GewO 1994 §94 Z16

GewO 1994 §106 Abs1 Z1

GewO 1994 §106 Abs2 Z1

1. GewO 1994 § 94 heute
 2. GewO 1994 § 94 gültig ab 17.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
 3. GewO 1994 § 94 gültig von 29.03.2016 bis 16.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 155/2015
 4. GewO 1994 § 94 gültig von 28.12.2013 bis 28.03.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 212/2013
 5. GewO 1994 § 94 gültig von 14.09.2012 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 85/2012
 6. GewO 1994 § 94 gültig von 01.09.2012 bis 13.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2011
 7. GewO 1994 § 94 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 8. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2009
 9. GewO 1994 § 94 gültig von 27.02.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 10. GewO 1994 § 94 gültig von 01.01.2007 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 161/2006
 11. GewO 1994 § 94 gültig von 15.01.2005 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
 12. GewO 1994 § 94 gültig von 01.08.2002 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 13. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
 14. GewO 1994 § 94 gültig von 01.07.1996 bis 30.06.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/1997
 15. GewO 1994 § 94 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1996
-
1. GewO 1994 § 106 heute
 2. GewO 1994 § 106 gültig ab 01.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
 3. GewO 1994 § 106 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010
 4. GewO 1994 § 106 gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008
 5. GewO 1994 § 106 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
 6. GewO 1994 § 106 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

7. GewO 1994 § 106 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

1. GewO 1994 § 106 heute

2. GewO 1994 § 106 gültig ab 01.09.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012

3. GewO 1994 § 106 gültig von 19.08.2010 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2010

4. GewO 1994 § 106 gültig von 27.02.2008 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 42/2008

5. GewO 1994 § 106 gültig von 01.08.2002 bis 26.02.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002

6. GewO 1994 § 106 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997

7. GewO 1994 § 106 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, gemäß § 154 Abs. 1 Z 1 BVergG wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 12, Dr. Michael Etlinger, gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG wie folgt entschieden:

Spruch

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), BGBl. I Nr. 99/2002, betreffend die Auftragsvergabe "A2 - Südautobahn, KS 502135, Klagenfurt See - Pörschach Ost, ABSA - Kabelumlegung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, wird der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 19. März 2003, "das Bundesvergabeamt wolle die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren A2 - Südautobahn, KS 502135, Klagenfurt See - Pörschach Ost, ABSA - Kabelumlegung Zl. 17-A-502135/18-03 im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte für nichtig erklären", abgewiesen. Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend die Auftragsvergabe "A2 - Südautobahn, KS 502135, Klagenfurt See - Pörschach Ost, ABSA - Kabelumlegung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, wird der Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 19. März 2003, "das Bundesvergabeamt wolle die Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren A2 - Südautobahn, KS 502135, Klagenfurt See - Pörschach Ost, ABSA - Kabelumlegung Zl. 17-A-502135/18-03 im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte für nichtig erklären", abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 162 Abs. 2 Z 2, 98 Z 1 und 8 iVm 70 Abs. 2 und 83 Abs. 1 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 162, Absatz 2, Ziffer 2, 98, Ziffer eins und 8 in Verbindung mit 70 Absatz 2 und 83 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 19. März 2003 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte zur Begründung insbesondere vor, dass der Auftraggeber ihr Angebot deshalb ausgeschieden habe, da sie keine Befugnis gemäß Gewerbeordnung (GeWO) § 94 Z 16 "Elektrotechnik" vorweisen hätte können, weshalb diese Angebote entsprechend § 53 BVergG wegen fehlender Befugnis ausgeschieden worden seien. Diese Begründung sei jedoch nicht nachvollziehbar, da aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hervorgehe, dass eine derartige Befugnis zur Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung erforderlich gewesen wäre. In den technischen Vorbemerkungen seien zwar die technischen Vorbemerkungen vom Straßen- und Brückenbau vorhanden, elektrotechnische Arbeiten seien jedoch nicht erwähnt. Auch in dem am 7.3.2003 stattgefundenen Bietergespräch sei seitens des Auftraggebers nicht erwähnt worden, dass für die Zuschlagsentscheidung eine Gewerbeberechtigung für Elektrotechnik benötigt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig, da die der Antragstellerin ausgehändigten Ausschreibungsunterlagen unrichtig, unvollständig und mehrdeutig seien. Insbesondere sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich, dass die Gewerbeberechtigung Elektrotechnik für die Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung erforderlich sei. Vielmehr sei das Angebot auf Baufirmen, die über eine Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe verfügen, zugeschnitten. Die Antragstellerin stellte am 19. März 2003 das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte zur Begründung insbesondere vor, dass der Auftraggeber ihr Angebot deshalb ausgeschieden habe, da sie keine Befugnis gemäß Gewerbeordnung (GeWO) Paragraph 94, Ziffer 16, "Elektrotechnik" vorweisen hätte können, weshalb diese Angebote entsprechend Paragraph 53, BVergG wegen fehlender Befugnis ausgeschieden worden seien. Diese Begründung sei jedoch nicht nachvollziehbar, da aus den

Ausschreibungsunterlagen nicht hervorgehe, dass eine derartige Befugnis zur Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung erforderlich gewesen wäre. In den technischen Vorbemerkungen seien zwar die technischen Vorbemerkungen vom Straßen- und Brückenbau vorhanden, elektrotechnische Arbeiten seien jedoch nicht erwähnt. Auch in dem am 7.3.2003 stattgefundenen Bietergespräch sei seitens des Auftraggebers nicht erwähnt worden, dass für die Zuschlagsentscheidung eine Gewerbeberechtigung für Elektrotechnik benötigt werde. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig, da die der Antragstellerin ausgehändigten Ausschreibungsunterlagen unrichtig, unvollständig und mehrdeutig seien. Insbesondere sei aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich, dass die Gewerbeberechtigung Elektrotechnik für die Berücksichtigung in der Zuschlagsentscheidung erforderlich sei. Vielmehr sei das Angebot auf Baufirmen, die über eine Gewerbeberechtigung für das Baumeistergewerbe verfügen, zugeschnitten.

Der Auftraggeber erstattete am 25. März 2003 eine Stellungnahme und brachte zunächst die Unzulässigkeit des Hauptantrages vor, da keine Verständigung des Auftraggebers erfolgt sei, sondern lediglich die vergebende Stelle von der beabsichtigen Einleitung des Nachprüfungsverfahrens verständigt worden sei. Zudem hätte es die Antragstellerin unterlassen, die Ausscheidensentscheidung selbst anzufechten und deren Nichtigerklärung zu beantragen. Daher mangle es der Antragstellerin an der Antragslegitimation, weil ihr durch die bekämpfte angeblich rechtswidrige Entscheidung kein Schaden entstehen könne. Selbst mit einer Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wäre für die Antragstellerin "nichts gewonnen", weil sie selbst aufgrund der unterlassenen beantragten Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung jedenfalls nicht für eine Zuschlagsentscheidung in Betracht komme. Auch sei nach der Judikatur des VwGH die nachträgliche Namhaftmachung von Subunternehmen unzulässig und bewirke, dass das Angebot jedenfalls nicht berücksichtigt werden dürfe. Im Angebot der Antragstellerin seien auch nicht jene Teile angegeben, welche sie möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtige, obwohl eine diesbezügliche Verpflichtung des Auftragnehmers ausdrücklich statuiert sei. Das Angebot der Antragstellerin komme daher für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht.

Zur Gewerbeberechtigung "Elektrotechnik" brachte der Auftraggeber vor, dass die erforderliche Gewerbeberechtigung durch Subunternehmer nicht nachgewiesen werden könne. Im Übrigen gehe aus der Ausschreibung sehr wohl hervor, dass eine elektrotechnische Befugnis für die Arbeiten erforderlich sei. So sei unter Punkt 15 "Technischer Bericht" auf die einzelnen Bauteile der Ausschreibung eingegangen worden. In Punkt 15.1 sei auf die ABSA - Kabel - Anlage im Brückenbereich einerseits als auch im Freilandbereich eingegangen und auch auf die elektrotechnischen Arbeiten, insbesondere die Videostauüberwachungsanlagen hingewiesen worden. Dass eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik erforderlich sei, ergebe sich unzweifelhaft aus den Leistungen des Kapitel 37 der gegenständlichen Ausschreibung, da sämtliche elektromaschinelle Ausrüstungen mit 230 V bzw. 400 V angeschlossen und betrieben werden würden. Ausgenommen hiervon sei lediglich die Pos. 37.001 "Tag - Nacht - Kamera", welche mit 12 V betrieben werde. Zur Gewerbeberechtigung "Elektrotechnik" brachte der Auftraggeber vor, dass die erforderliche Gewerbeberechtigung durch Subunternehmer nicht nachgewiesen werden könne. Im Übrigen gehe aus der Ausschreibung sehr wohl hervor, dass eine elektrotechnische Befugnis für die Arbeiten erforderlich sei. So sei unter Punkt 15 "Technischer Bericht" auf die einzelnen Bauteile der Ausschreibung eingegangen worden. In Punkt 15.1 sei auf die ABSA - Kabel - Anlage im Brückenbereich einerseits als auch im Freilandbereich eingegangen und auch auf die elektrotechnischen Arbeiten, insbesondere die Videostauüberwachungsanlagen hingewiesen worden. Dass eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik erforderlich sei, ergebe sich unzweifelhaft aus den Leistungen des Kapitel 37 der gegenständlichen Ausschreibung, da sämtliche elektromaschinelle Ausrüstungen mit 230 römisch fünf bzw. 400 römisch fünf angeschlossen und betrieben werden würden. Ausgenommen hiervon sei lediglich die Pos. 37.001 "Tag - Nacht - Kamera", welche mit 12 römisch fünf betrieben werde.

Die Antragstellerin erstattete am 8. April 2003 eine Replik zum Vorbringen des Auftraggebers und führte darin insbesondere aus, dass in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen die nachträglich namhaft gemachten Subunternehmer ohnehin enthalten seien. Das Vorbringen des Auftraggebers wurde weiters dahingehend bestritten, dass zur Ausführung der in Kapitel 35, 36 und 37 ausgeschriebenen Leistungen eine elektrotechnische Befugnis erforderlich sei. Die Antragstellerin habe sich auf Kabel- und Leitungsbau spezialisiert und mehrere vergleichbare Projekte eigenständig und erfolgreich durchgeführt. Die gesamte Ausschreibung sei auf Baufirmen zugeschnitten. Arbeiten bei gegenständlichem Bauvorhaben, die nicht den Kernbereich einer Baufirma betreffen, seien als geringfügig zu betrachten. Zudem seien im technischen Bericht (Punkt 15.1 des Angebots) ausschließlich Baumeisterarbeiten

angeführt. Die Antragstellerin erfülle die gewerberechtliche Befugnis laut Ausschreibungsunterlagen bzw. seien schon im Angebot potentielle Subunternehmen, die über weitere gewerberechtliche Befugnisse verfügen würden, genannt. Aus den Ausschreibungsunterlagen zu Kapitel 37 sei ebenfalls nicht ersichtlich, dass die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik erforderlich wäre.

In der am 9. April 2003 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten Verhandlung führte der Auftraggeber ergänzend aus, dass aus den Kapiteln 35, 36 und 37 jedenfalls hervorgehe, dass die Befugnis "Elektrotechnik" vorliegen müsse. Im ABSA - Kabel werde die Zuleitung für die Versorgung der Notrufsäulen geführt, die Versorgungsspannung würde 90 V Wechselspannung betragen. Eine Umlegung sei daher gemäß Elektrotechnikgesetz nur von einem konzessionierten Unternehmen möglich. Die Antragstellerin führte ergänzend aus, dass die Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf Baumeisterleistungen zugeschnitten seien. Der einzige Hinweis, dass auch elektrotechnische Arbeiten erforderlich seien, finde sich in Punkt 15.1, 2. Absatz der Ausschreibungsunterlagen. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe zudem nicht hervor, mit welcher Spannung das ABSA - Kabel sowie die elektromaschinellen Ausrüstungen betrieben und angeschlossen werden würden. Zum Vorbringen des Auftraggebers betreffend Versorgungsspannung 90 V Wechselspannung wurde ausgeführt, dass dies aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hervorgehe. In der am 9. April 2003 vor dem Bundesvergabeamt durchgeführten Verhandlung führte der Auftraggeber ergänzend aus, dass aus den Kapiteln 35, 36 und 37 jedenfalls hervorgehe, dass die Befugnis "Elektrotechnik" vorliegen müsse. Im ABSA - Kabel werde die Zuleitung für die Versorgung der Notrufsäulen geführt, die Versorgungsspannung würde 90 römisch fünf Wechselspannung betragen. Eine Umlegung sei daher gemäß Elektrotechnikgesetz nur von einem konzessionierten Unternehmen möglich. Die Antragstellerin führte ergänzend aus, dass die Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf Baumeisterleistungen zugeschnitten seien. Der einzige Hinweis, dass auch elektrotechnische Arbeiten erforderlich seien, finde sich in Punkt 15.1, 2. Absatz der Ausschreibungsunterlagen. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe zudem nicht hervor, mit welcher Spannung das ABSA - Kabel sowie die elektromaschinellen Ausrüstungen betrieben und angeschlossen werden würden. Zum Vorbringen des Auftraggebers betreffend Versorgungsspannung 90 römisch fünf Wechselspannung wurde ausgeführt, dass dies aus den Ausschreibungsunterlagen nicht hervorgehe.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen, Stellungnahmen der Parteien sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat die gegenständlichen Leistungen im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben.

Pkt. 6 (Vergaberegeln), 6.5. (Vorzulegenden Nachweise) regelt insbesondere nachfolgendes:

Über Aufforderung sind folgende Nachweise vorzulegen:

.....

1. c) Litera c

gewerbliche Befugnis (Auszug aus dem Firmenbuch, Zeichnungsberechtigung der Verantwortlichen, Befähigungsnachweis, Konzessionsdekret, Gewerbeschein usw.)

Pkt. 10 (Allgemeine Vorbemerkung), 10.3 (Subunternehmerleistung) sieht vor:

Der überwiegende Teil der Leistung ist im eigenen Betrieb zu erstellen.

Wird dieser Forderung nicht entsprochen, behält sich der Auftraggeber vor, bei künftigen Bauvorhaben solche AN für die Zeit von 12 Monaten ab dem Ereignis nicht zu berücksichtigen. Vorgesehene Subunternehmer sind bereits im Angebot zu nennen. Eine allfällige Änderung der Subunternehmer nach Auftragsvergabe bedarf der schriftlichen Genehmigung des Auftraggebers.

Pkt 15 (Technischer Bericht, Planunterlagen), 15.1 (Technischer Bericht) regelt insbesondere nachfolgendes:

Im Rahmen der elektrotechnischen Arbeiten ist auch eine von der Autobahngendarmerie geforderte Video- und Stauüberwachungsanlage (für den Verflechtungsbereich nach dem Falkenbergstunnel FR Villach) auszuführen.

In Pkt. 17 (Angebotsschreiben), 17.3 (Vorgesehene Subunternehmer) wurden von der Antragstellerin nachfolgende Unternehmen namhaft gemacht:

B*** sowie C***

Am 14. Februar 2003 fand die Angebotsöffnung statt, in welcher insgesamt 9 Angebote abgegeben wurden.

In einem Schreiben vom 3. März 2003 betreffend "Angaben über Sublieferanten" wies die Antragstellerin den Auftraggeber insbesondere auf nachfolgendes hin:

1. 2.Ziffer 2

Die Spleißarbeiten an einem Autobahnkabel sowie FM-Kabel erfolgt durch die Ö***.

Am 11. März 2003 übermittelte die Antragstellerin dem Auftraggeber eine Bestätigung für Subunternehmerleistungen seitens der Ö***. In diesem Schreiben (11.03.2003) teilte die Ö*** der Antragstellerin mit, dass die Ö*** die Bauaufsicht für Kabelgrab- und verlegearbeiten sowie die Spleißarbeiten am Fkx 36 - Autobahnfernmeldekanal im Zuge des gegenständlichen Bauvorhabens nach Auftragserteilung durch die N*** durchführen könnten.

In einem Telefaxschreiben vom 12. März 2003 teilte die Antragstellerin dem Auftraggeber unter dem Titel "Angaben über Sublieferanten" neuerlich mit, dass die Spleißarbeiten an einem Autobahnkabel sowie FM- Kabel durch die Ö*** erfolgen werden.

Am 12. März 2003 erfolgte seitens des Auftraggebers mittels Telefax die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. In diesem Schreiben wies der Auftraggeber insbesondere auf nachfolgendes hin:

Die Firmen A***, D***, E***, F*** konnten keine Befugnis gemäß GeWO § 94, Z 16 "Elektrotechnik" vorweisen. Somit wurden diese Angebote entsprechend Bundesvergabegesetz § 53 "Fehlende Befugnis" ausgeschieden. Die Firmen A***, D***, E***, F*** konnten keine Befugnis gemäß GeWO Paragraph 94,, Ziffer 16, "Elektrotechnik" vorweisen. Somit wurden diese Angebote entsprechend Bundesvergabegesetz Paragraph 53, "Fehlende Befugnis" ausgeschieden.

Die Vergabe der Arbeiten wird nach rechnerischer und sachlicher Prüfung an die G*** erfolgen.

Am 13. März 2003 übermittelte die Antragstellerin dem Auftraggeber ein Telefaxschreiben betreffend Einspruch der Zuschlagsentscheidung vom 12.3.2003. Darin führte die Antragstellerin insbesondere aus, dass der überwiegende oder wesentliche Teil von der Baufirma durchgeführt werde. Die Ö*** Spleißarbeiten würden 20% betragen. Hingewiesen wurde weiters darauf, dass die von der Antragstellerin genannten Subfirmen die jeweilige notwendige Konzession hätten; auch liege eine Befugnis für Elektrotechnik seitens der Ö*** vor.

In einer Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Sektion I/7, Gewerberecht, vom 3. April 2003 wurde insbesondere auf folgendes hingewiesen:

Die gegenständlichen Leistungen umfassen unter anderem auch die Herstellung der Verbindungen zwischen Kabeln, die im Betriebszustand Starkstrom führen (Spleißungen). Für die Ausführung solcher Spleißungen ist nach ho. Auffassung jedenfalls eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik (§ 94 Z 16 GewO 1994) erforderlich. Die gegenständlichen Leistungen umfassen unter anderem auch die Herstellung der Verbindungen zwischen Kabeln, die im Betriebszustand Starkstrom führen (Spleißungen). Für die Ausführung solcher Spleißungen ist nach ho. Auffassung jedenfalls eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik (Paragraph 94, Ziffer 16, GewO 1994) erforderlich.

Als elektrotechnische Arbeit ist weiters die Installation einer Video- und Stauüberwachungsanlage anzusehen.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert Euro 550.000,-, sodass es sich gemäß § 9 Abs. 2 BVergG um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt und das Bundesvergabeamt daher durch ein einzelnes Mitglied iSv § 154 Abs. 1 Z 1 BVergG zu entscheiden hat. Zur Zulässigkeit des Antrages wird auf die Ausführungen im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 25. März 2003 (12N-23/03- 4) verwiesen. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zu qualifizieren. Nach den Angaben des Auftraggebers beträgt der geschätzte Auftragswert Euro 550.000,-, sodass es sich gemäß Paragraph 9, Absatz 2, BVergG um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt und das

Bundesvergabeamt daher durch ein einzelnes Mitglied iSv Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG zu entscheiden hat. Zur Zulässigkeit des Antrages wird auf die Ausführungen im Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 25. März 2003 (12N-23/03- 4) verwiesen.

II. Inhaltliche Beurteilung:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung:

Gemäß § 98 Z 1 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote von Bietern, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, auszuschneiden.

Gemäß § 106 Abs. 1 Z 1 GewO bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Elektrotechnik (§ 94 Z 16) für die Installation elektrischer Starkstromanlagen und -einrichtungen ohne Einschränkung hinsichtlich der Leistung oder der Spannung. Gemäß Abs. 2 Z 1 leg. cit. gelten als elektrische Starkstromanlagen und -einrichtungen im Sinne des Abs. 1 Anlagen und Einrichtungen für Spannungen über 42 Volt oder Leistungen über 100 Watt. Gemäß Paragraph 106, Absatz eins, Ziffer eins, GewO bedarf es einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe Elektrotechnik (Paragraph 94, Ziffer 16,) für die Installation elektrischer Starkstromanlagen und -einrichtungen ohne Einschränkung hinsichtlich der Leistung oder der Spannung. Gemäß Absatz 2, Ziffer eins, leg. cit. gelten als elektrische Starkstromanlagen und -einrichtungen im Sinne des Absatz eins, Anlagen und Einrichtungen für Spannungen über 42 Volt oder Leistungen über 100 Watt.

Sowohl aufgrund der Unterlagen des Auftraggebers als auch der Ausführungen der Antragstellerin (vgl. insbesondere Antrag vom 19. März 2003, Seite 5, 3. Absatz) ergibt sich, dass die Antragstellerin über keine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik verfügt. Die Antragstellerin hat zwar mehrfach die Erforderlichkeit der elektrotechnischen Befugnis für die gegenständlichen Leistungen bestritten, jedoch es gleichzeitig unterlassen, plausibel und nachvollziehbar darzulegen, warum eine derartige Befugnis nicht notwendig sei. Soweit die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen darauf hinweist, dass in den Ausschreibungsunterlagen elektrotechnische Arbeiten nicht erwähnt seien, verkennt sie, dass Punkt 15.1 (Technischer Bericht) ausdrücklich auf die elektrotechnischen Arbeiten Bezug nimmt. In der mündlichen Verhandlung wurde dieser Umstand nunmehr auch von der Antragstellerin bestätigt (vgl. Verhandlungsschrift vom 9. April 2003). Sowohl aufgrund der Unterlagen des Auftraggebers als auch der Ausführungen der Antragstellerin vergleiche insbesondere Antrag vom 19. März 2003, Seite 5, 3. Absatz) ergibt sich, dass die Antragstellerin über keine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik verfügt. Die Antragstellerin hat zwar mehrfach die Erforderlichkeit der elektrotechnischen Befugnis für die gegenständlichen Leistungen bestritten, jedoch es gleichzeitig unterlassen, plausibel und nachvollziehbar darzulegen, warum eine derartige Befugnis nicht notwendig sei. Soweit die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen darauf hinweist, dass in den Ausschreibungsunterlagen elektrotechnische Arbeiten nicht erwähnt seien, verkennt sie, dass Punkt 15.1 (Technischer Bericht) ausdrücklich auf die elektrotechnischen Arbeiten Bezug nimmt. In der mündlichen Verhandlung wurde dieser Umstand nunmehr auch von der Antragstellerin bestätigt vergleiche Verhandlungsschrift vom 9. April 2003).

Für die Beurteilung der Frage, ob die Befugnis der Elektrotechnik eine unabdingbare Voraussetzung für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen ist, war insbesondere das Vorbringen des Auftraggebers im Schriftsatz vom 25. März 2003 (vgl. Seite 6, 3. Absatz, lit. a) als auch jenes in der mündlichen Verhandlung vom 9. April 2003 von Bedeutung. In der mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber aus, dass im ABSA- Kabel die Zuleitung für die Notrufsäulen geführt werde, wobei die Versorgungsspannung 90 V Wechselspannung betrage. Gemäß Elektrotechnikgesetz sei daher eine Umlegung nur von einem konzessionierten Unternehmen möglich. Die Antragstellerin konnte dieses Vorbringen nicht entkräften, da sie lediglich darauf hingewiesen hat, dass diese Angaben aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich seien. Ein substantiiertes Vorbringen (etwa durch Vorlage entsprechender Bescheinigungen), welches geeignet gewesen wäre, die Ausführungen des Auftraggebers inhaltlich zu entkräften, fehlte jedoch gänzlich. Aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Schaltplan für das ABSA- Kabel ergibt sich zudem, dass die Notrufsäulen für diesen Teilbereich mit 60 V Wechselstrom betrieben werden und somit auch dieser Wert deutlich über dem in § 106 Abs. 2 Z 1 GewO festgesetzten Grenzwert von 42 Volt liegt (vgl. die in der Verhandlung vorgelegten Urkunden). Auch dieses Vorbringen konnte von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung inhaltlich nicht entkräftet werden. Schließlich ist auf die Anfragebeantwortung des Bundesministeriums für Wirtschaft und

Arbeit, Sektion I/7, Gewerberecht, hinzuweisen, in welcher ausdrücklich festgehalten wurde, dass für die Ausführung der in den Leistungspositionen vorzunehmenden Spleißungen jedenfalls eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik (§ 94 Z 16 GewO 1994) erforderlich ist. Auch die Installation einer Video -und Stauüberwachungsanlage ist als elektrotechnische Arbeit anzusehen (vgl. Schreiben vom 3. April 2003). Für die Beurteilung der Frage, ob die Befugnis der Elektrotechnik eine unabdingbare Voraussetzung für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen ist, war insbesondere das Vorbringen des Auftraggebers im Schriftsatz vom 25. März 2003 (vergleiche Seite 6, 3. Absatz, Litera a,) als auch jenes in der mündlichen Verhandlung vom 9. April 2003 von Bedeutung. In der mündlichen Verhandlung führte der Auftraggeber aus, dass im ABSA- Kabel die Zuleitung für die Notrufsäulen geführt werde, wobei die Versorgungsspannung 90 römisch fünf Wechselspannung betrage. Gemäß Elektrotechnikgesetz sei daher eine Umlegung nur von einem konzessionierten Unternehmen möglich. Die Antragstellerin konnte dieses Vorbringen nicht entkräften, da sie lediglich darauf hingewiesen hat, dass diese Angaben aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich seien. Ein substantiiertes Vorbringen (etwa durch Vorlage entsprechender Bescheinigungen), welches geeignet gewesen wäre, die Ausführungen des Auftraggebers inhaltlich zu entkräften, fehlte jedoch gänzlich. Aus dem vom Auftraggeber vorgelegten Schaltplan für das ABSA- Kabel ergibt sich zudem, dass die Notrufsäulen für diesen Teilbereich mit 60 römisch fünf Wechselstrom betrieben werden und somit auch dieser Wert deutlich über dem in Paragraph 106, Absatz 2, Ziffer eins, GewO festgesetzten Grenzwert von 42 Volt liegt (vergleiche die in der Verhandlung vorgelegten Urkunden). Auch dieses Vorbringen konnte von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung inhaltlich nicht entkräftet werden. Schließlich ist auf die Anfragebeantwortung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Sektion I/7, Gewerberecht, hinzuweisen, in welcher ausdrücklich festgehalten wurde, dass für die Ausführung der in den Leistungspositionen vorzunehmenden Spleißungen jedenfalls eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Elektrotechnik (Paragraph 94, Ziffer 16, GewO 1994) erforderlich ist. Auch die Installation einer Video -und Stauüberwachungsanlage ist als elektrotechnische Arbeit anzusehen (vergleiche Schreiben vom 3. April 2003).

Aufgrund der obigen Ausführungen geht das Bundesvergabeamt somit davon aus, dass für die Ausführung von wesentlichen Leistungspositionen der Ausschreibung die Befugnis "Elektrotechnik" jedenfalls erforderlich ist und die Ausscheidung somit zu Recht erfolgte. Selbst wenn man jedoch - sowie die Antragstellerin - davon ausgeht, dass für die Erbringung der Leistungen die Befugnis gemäß GewO § 94 Z 16 "Elektrotechnik" nicht erforderlich ist, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, da die seitens des Auftraggebers vorgenommene Ausscheidung - im Ergebnis - jedenfalls zu Recht erfolgte. Dies aus nachfolgenden Gründen: Aufgrund der obigen Ausführungen geht das Bundesvergabeamt somit davon aus, dass für die Ausführung von wesentlichen Leistungspositionen der Ausschreibung die Befugnis "Elektrotechnik" jedenfalls erforderlich ist und die Ausscheidung somit zu Recht erfolgte. Selbst wenn man jedoch - sowie die Antragstellerin - davon ausgeht, dass für die Erbringung der Leistungen die Befugnis gemäß GewO Paragraph 94, Ziffer 16, "Elektrotechnik" nicht erforderlich ist, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, da die seitens des Auftraggebers vorgenommene Ausscheidung - im Ergebnis - jedenfalls zu Recht erfolgte. Dies aus nachfolgenden Gründen:

Wie schon im Bescheid über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (12N-23/03-4) festgehalten, hat die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung deshalb bekämpft, da - nach dem Vorbringen der Antragstellerin - die seitens des Auftraggebers vorgenommene Ausscheidung ihres Angebotes rechtswidrig erfolgt sei. Gemäß § 166 Abs. 1 Z 5 BVergG hat ein Antrag gemäß § 163 Abs. 1 die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, zu enthalten. Die Antragstellerin hat hiezu vorgebracht, dass sie sich in ihrem Recht auf Aushändigung einer ordnungsgemäßen und vollständigen Ausschreibungsunterlage, in ihrem Recht auf Berücksichtigung auf Zuschlagsentscheidung bei Erfüllung sämtlicher Zuschlagskriterien, in ihrem Recht auf Reihung als Bestbieterin in der Zuschlagsentscheidung sowie schließlich in dem der Antragstellerin vorweggenommenem Recht auf Zuschlagserteilung als verletzt erachtet. Wie schon im Bescheid über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (12N-23/03-4) festgehalten, hat die Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung deshalb bekämpft, da - nach dem Vorbringen der Antragstellerin - die seitens des Auftraggebers vorgenommene Ausscheidung ihres Angebotes rechtswidrig erfolgt sei. Gemäß Paragraph 166, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG hat ein Antrag gemäß Paragraph 163, Absatz eins, die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, zu enthalten. Die Antragstellerin hat hiezu vorgebracht, dass sie sich in ihrem Recht auf Aushändigung einer ordnungsgemäßen und vollständigen Ausschreibungsunterlage, in ihrem Recht auf Berücksichtigung auf Zuschlagsentscheidung bei Erfüllung sämtlicher Zuschlagskriterien, in ihrem Recht auf Reihung als Bestbieterin in der Zuschlagsentscheidung sowie

schließlich in dem der Antragstellerin vorweggenommenem Recht auf Zuschlagserteilung als verletzt erachtet.

Gemäß § 70 Abs. 1 BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Gemäß Abs. 2 leg. cit. hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Gemäß Paragraph 70, Absatz eins, BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen. Gemäß Absatz 2, leg. cit. hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt.

§ 83 Abs. 1 Z 2 BVergG regelt nachfolgendes: Paragraph 83, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG regelt nachfolgendes:

Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

Bekanntgabe jener wesentlicher Teilleistungen, 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.

Gemäß § 83 Abs. 2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet. Gemäß Paragraph 83, Absatz 2, BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Annahme des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens (vgl. dazu insbesondere Vergabeakt des Auftraggebers als auch die schriftlichen Ausführungen der Antragstellerin) steht unstrittig fest, dass ein nicht unwesentlicher Teil der gegenständlichen Leistungen (Spleißarbeiten betragen 20%) durch die Ö*** durchgeführt werden soll, diese Subunternehmerin jedoch nicht bereits im Angebot der Antragstellerin, sondern erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt - nach Angebotsöffnung - namhaft gemacht worden ist (vgl. Sachverhaltsfeststellung). Aus den Ausschreibungsunterlagen geht jedoch hervor, dass die in Aussicht genommenen Subunternehmer bereits im Angebot zu nennen sind (vgl. Punkt 10.3, Subunternehmerleistungen). Im Übrigen hat nunmehr der Bieter - 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 (vgl. dazu Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, K.6. zu § 70). Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens vergleiche dazu insbesondere Vergabeakt des Auftraggebers als auch die schriftlichen Ausführungen der Antragstellerin) steht unstrittig fest, dass ein nicht unwesentlicher Teil der gegenständlichen Leistungen (Spleißarbeiten betragen 20%) durch die Ö*** durchgeführt werden soll, diese Subunternehmerin jedoch nicht bereits im Angebot der Antragstellerin, sondern erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt - nach Angebotsöffnung - namhaft gemacht worden ist (vergleiche Sachverhaltsfeststellung). Aus den Ausschreibungsunterlagen geht jedoch hervor, dass die in Aussicht genommenen Subunternehmer bereits im Angebot zu nennen sind (vergleiche Punkt 10.3, Subunternehmerleistungen). Im Übrigen hat nunmehr der Bieter - 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 (vergleiche dazu Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002, K.6. zu Paragraph 70.).

Da bei Angebotsabgabe die Antragstellerin die in Aussicht genommene Subunternehmerin ÖBB Telekom Villach nicht angegeben hat, handelt es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein unvollständiges im Sinne des § 98 Z 8 BVergG. Nach der Rechtsprechung des VwGH 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. VwGH 29.5.2002, Zl. 2002/04/0023). Auch nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollorgane ist ein solcher Mangel nicht verbesserungsfähig, da er den Inhalt des Angebotes selbst betrifft. Soweit nämlich eine Festlegung besteht, ist der Bieter zwar nicht verpflichtet diesen Bereich an Subunternehmer zu vergeben, aber doch verbunden, diese Subaufträge nur an die im Angebot angeführten und für den jeweiligen Bereich spezialisierten Personen zu vergeben (BVKK 24.5.2002, Da bei Angebotsabgabe die Antragstellerin die in Aussicht genommene Subunternehmerin ÖBB

Telekom Villach nicht angegeben hat, handelt es sich beim Angebot der Antragstellerin um ein unvollständiges im Sinne des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG. Nach der Rechtsprechung des VwGH 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 VwGH 29.5.2002, Zl. 2002/04/0023). Auch nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollorgane ist ein solcher Mangel nicht verbesserungsfähig, da er den Inhalt des Angebotes selbst betrifft. Soweit nämlich eine Festlegung besteht, ist der Bieter zwar nicht verpflichtet diesen Bereich an Subunternehmer zu vergeben, aber doch verbunden, diese Subaufträge nur an die im Angebot angeführten und für den jeweiligen Bereich spezialisierten Personen zu vergeben (BVKK 24.5.2002,

S-41/02-12, BVA 11.7.2002, F-25/01-10).

Aufgrund obiger Ausführungen kann somit die Antragstellerin in ihrem "Recht auf Reihung als Bestbieterin in der Zuschlagsentscheidung" bzw. in dem "vorweggenommenen Recht auf Zuschlagserteilung" nicht verletzt sein, da sie ein unvollständiges Angebot gelegt hat, welches zudem nicht verbesserungsfähig ist. Die Ausscheidung des Angebotes wäre somit bereits aus diesem Grunde vorzunehmen gewesen und erfolgte daher im Ergebnis jedenfalls zu Recht.

Schlagworte

Befugnis, Gewerbeberechtigung, Elektrotechnik, Subunternehmer, unbehebbarer Mangel;

Dokumentnummer

VERGT_20030411_12N_23_03_13_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