

TE Bvwg Erkenntnis 2016/6/6 W131 2124054-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.06.2016

Entscheidungsdatum

06.06.2016

Norm

ABGB §914

AVG 1950 §39

AVG 1950 §52

BVergG 2006 §108 Abs1 Z1

BVergG 2006 §108 Abs1 Z2

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §127 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §129 Abs2

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs2

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §68 Abs1 Z7

BVergG 2006 §69 Z1

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §75 Abs1

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §76

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. AVG 1950 § 39 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991
1. AVG 1950 § 52 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 51/1991
2. AVG 1950 § 52 gültig von 01.09.1950 bis 31.12.1990
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W131 2124054-2/34E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Manfred Müllner (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren der Bundesimmobiliengesellschaft mbH (= BIG) "1140 Wien, Steinbruchstrasse 33, Sanierung und Erweiterung, AHS Wien West" und dem Los aus diesem Vergabeverfahren "Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutzdämmung" über den beim Bundesverwaltungsgericht zu W131 2124054-2 protokollierten Antrag der anwaltlich vertretenen XXXX vom 04.04.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidens- und einer Zuschlagsentscheidung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 09.05.2016 und fortgesetzt am 24.05.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Dr Walter FUCHS (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Manfred Müllner (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren der Bundesimmobiliengesellschaft mbH (= BIG) "1140 Wien, Steinbruchstrasse 33, Sanierung und Erweiterung, AHS Wien West" und dem Los aus diesem Vergabeverfahren "Wärme-, Kälte-, Schall- und Brandschutzdämmung" über den beim Bundesverwaltungsgericht zu W131 2124054-2 protokollierten Antrag der anwaltlich vertretenen römisch 40 vom 04.04.2016 auf Nichtigerklärung einer Ausscheidens- und einer Zuschlagsentscheidung nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 09.05.2016 und fortgesetzt am 24.05.2016 zu Recht erkannt:

A) Die Nichtigerklärungsbegehren der XXXX einerseits gegen die zu A) Die Nichtigerklärungsbegehren der römisch 40 einerseits gegen die zu

ihren Lasten ergangene Ausscheidensentscheidung vom 24.03.2016 und andererseits gegen die zu Gunsten der SWK Isolierungstechnik GmbH ergangene Zuschlagsentscheidung vom 24.03.2016 werden jeweils abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die BIG (= AG) führt aktuell das im Entscheidungskopf spezifizierte offene Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durch, wobei beim hier strittigen Unterschwellenbereichslos gemäß Entscheidungskopf die Angebotsöffnung am 11.02.2016, 10.00 Uhr stattfand.

1.1. Am 04.03.2016 verfasste die externe Angebotsprüfung der AG ein mail mit folgendem [hier interessierendem Inhalt an die Antragstellerin (= ASt):

... Feuerschutzarbeiten Folgendes anzubieten.

- -Strichaufzählung
832001 Begleitende Überprüfung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Feuerschutzarbeiten (FSA) während der Ausführung, einschließlich der Erstellung eines Abnahmeberichts über die erfolgten Ausführungen durch einen Sachverständigen für den Fachbereich - Vorbeugender baulicher Brandschutz.
- -Strichaufzählung
832002 Abschließende Überprüfung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Feuerschutzarbeiten (FSA) nach Fertigstellung und Erstellung eines objektspezifischen gutachterlichen Abnahmeberichts über die ordnungsgemäße Ausführung durch einen Sachverständigen für den Bereich - Vorbeugender baulicher

Brandschutz.

Die Überprüfung der Leistung hat daher durch einen Sachverständigen zu erfolgen. Ihrem Angebot lag kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern bei, in dem der für die betreffenden Leistungen vorgesehene Sachverständige genannt wurde.

[Ihr Unternehmen verfügt selbst nur.... Befugnisse ... GewO

Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG sind Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sind Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, auszuschneiden.

Wir sind daher zu dem Ergebnis gekommen, dass die Eignung Ihres Unternehmens nicht gegeben ist. Gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG [...] auszuschneiden. Wir sind daher zu dem Ergebnis gekommen, dass die Eignung Ihres Unternehmens nicht gegeben ist. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG [...] auszuschneiden.

Wir geben Ihnen Gelegenheit, zu diesem Ausscheidensgrund bis längstens 09.03.2016 Stellung zu nehmen.

Im Übrigen weisen wir darauf hin, dass eine nachträgliche Bekanntgabe von Subunternehmern nach ständiger Rechtsprechung nicht zulässig ist.

[...]

1.2. Am 09.03.2016 beantwortete der Geschäftsführer der ASt, Herr Ing XXXX (= EEE) dieses mail - soweit hier interessierend wie folgt: 1.2. Am 09.03.2016 beantwortete der Geschäftsführer der ASt, Herr Ing römisch 40 (= EEE) dieses mail - soweit hier interessierend wie folgt:

[...]

Die Arbeiten für die beiden unten angeführten LV - Positionen werden von unserem Arbeitnehmer Herrn Ing XXXX (= LLL) vorgenommen, welcher unter anderem ein allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger ist. Die Arbeiten für die beiden unten angeführten LV - Positionen werden von unserem Arbeitnehmer Herrn Ing römisch 40 (= LLL) vorgenommen, welcher unter anderem ein allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger ist.

Dass Herr Ing LLL über die notwendige Qualifikation verfügt, können Sie den beigeschlossenen Unterlagen

- -Strichaufzählung
Ausweis für allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige

sowie

- -Strichaufzählung
Dekret (ausgestellt v d Republik Österreich, Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz)

entnehmen.

Demnach handelt es sich um eine Eigenleistung, weshalb auch keine Subunternehmergenehmigung ausgefüllt bzw beantragt wurde. Außerdem ist dem übermittelten LV nicht zu entnehmen, dass die erwähnten Überprüfungen lediglich durch Dritte vorzunehmen sind.

[Vertragsschablone ... § 915 ABGB ...] Hätte sich aus dem [Vertragsschablone ... Paragraph 915, ABGB ...] Hätte sich aus dem

übermittelten LV klar und eindeutig ergeben, dass die Überprüfungen lediglich durch Dritte durchgeführt werden dürfen, hätten wir selbstverständlich einen dementsprechenden Antrag ausgefüllt bzw gestellt.

Darüber hinaus ... im LV ... welcher Sachverständige damit

ausdrücklich gefordert wird. Ein Sachverständiger ist nach dem ABGB

bereits jemand, wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem

Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt. Unser Arbeitnehmer Ing

LLL ... gerichtlich beeideter SV im geforderten Fachbereich

Zudem wird ausdrücklich festgehalten, dass sich die Befugnis zur Ausstellung eines Gutachtens über selbst erbrachte Leistungen bzw sich die Befugnis zur Ausstellung der Bestätigung über die ordnungs- und fachgemäße Ausführung auch aus den sonstigen Rechten der Gewerbetreibenden (GewO 1994) ergibt und in weiterer Folge ableiten und subsumieren lässt.

Vor diesem Hintergrund hat man letzten Endes zum Ergebnis zu gelangen, dass unsere Eignung gegeben ist und wir als Bieter mit unserem Angebot nicht auszuscheiden sind.

[...]

1.3. Am 10.03.2016 forderte die externe Angebotsprüfung der AG bei der ASt eine Nachlieferung des Nachweises der Beschäftigung des Ing LLL bis 14.03.2016 an.

Die ASt legte daraufhin die Sozialversicherungsanmeldung des Ing LLL ab 08.03.2016 vor.

2. Dated mit 24.03.2016 teilte die AG der ASt per Fax mit, dass der Zuschlag der SWK Isolierungstechnik GmbH erteilt werden soll (Zuschlagsentscheidung) und dass das Angebot der ASt auszuscheiden gewesen ist.

[zu der Ausscheidensbegründung tlw maW:]

2.1. Gemäß der LV-Position [...] Begleitende Überprüfung von Feuerschutzarbeiten wäre Folgendes anzubieten gewesen:

- -Strichaufzählung
832001 Begleitende Überprüfung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Feuerschutzarbeiten (FSA) während der Ausführung, einschließlich der Erstellung eines Abnahmeberichts über die erfolgten Ausführungen durch einen Sachverständigen für den Fachbereich - Vorbeugender baulicher Brandschutz.
- -Strichaufzählung
832002 Abschließende Überprüfung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Feuerschutzarbeiten (FSA) nach Fertigstellung und Erstellung eines objektspezifischen gutachterlichen Abnahmeberichts über die ordnungsgemäße Ausführung durch einen Sachverständigen für den Bereich - Vorbeugender baulicher Brandschutz.

2.2. Die Überprüfung der Leistungen hätte daher durch einen Sachverständigen zu erfolgen.

2.3. Dem Angebot der ASt wäre kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern beigelegt gewesen, in dem der für die betreffenden Leistungen vorgesehene Sachverständige genannt worden wäre.

2.4. Die ASt würde über die Befugnisse der Stukkateure und Trockenausbauer (Handwerk) gemäß § 94 Z 67 GewO und Wärme,- Kälte,- Schall- und Branddämmung gemäß § 94 Z 79 GewO verfügen. 2.4. Die ASt würde über die Befugnisse der Stukkateure und Trockenausbauer (Handwerk) gemäß Paragraph 94, Ziffer 67, GewO und Wärme,- Kälte,- Schall- und Branddämmung gemäß Paragraph 94, Ziffer 79, GewO verfügen.

2.5. Mit mail vom 04.03.2016 wäre die ASt aufgefordert worden, zu diesem Ausscheidensgrund (fehlende Eignung) Stellung zu nehmen.

Mit mail vom 09.03.2016 habe die ASt der AG mitgeteilt, dass die [fraglichen] Arbeiten vom Arbeitnehmer der ASt, Herrn Ing LLL vorgenommen würden, welcher ua ein allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger wäre. Im Rahmen der Übermittlung des Sachverständigen - Dekrets etc habe die ASt mitgeteilt, dass die fraglichen Leistungen als Eigenleistung erbracht würden, weshalb kein [Subunternehmergenehmigungsformular gemäß Ausschreibung] ausgefüllt worden wäre.

2.6. Nach einer ergänzenden Aufforderung der AG vom 10.03.2016 habe die Vorlage der Beschäftigungsbestätigung der Gebietskrankenkasse ergeben, dass Herr Ing LLL bei der ASt seit 08.03.2016 beschäftigt wäre.

2.7. Da die Eignung im offenen Verfahren gemäß § 69 Z 1 BVergG spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse und die Angebotsöffnung gegenständlich am 11.02.2016, 10.00 Uhr gewesen wäre, und weder Herr Ing LLL bereits am 11.02.2016 beschäftigt gewesen noch ein Subunternehmer für die strittigen Leistungen genannt worden wäre, wäre das Angebot der ASt mangels Eignung gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden. 2.7. Da die Eignung im offenen Verfahren gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse und die Angebotsöffnung gegenständlich am 11.02.2016, 10.00 Uhr gewesen wäre, und weder Herr

Ing LLL bereits am 11.02.2016 beschäftigt gewesen noch ein Subunternehmer für die strittigen Leistungen genannt worden wäre, wäre das Angebot der ASt mangels Eignung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden.

3. Am 04.04.2016 brachte die ASt einen gemäß § 320 Abs 2 BVergG verbundenen Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 24.3.2016 ein und stellte zur Absicherung der Nichtigerklärungsbegehren einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV). 3. Am 04.04.2016 brachte die ASt einen gemäß Paragraph 320, Absatz 2, BVergG verbundenen Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 24.3.2016 ein und stellte zur Absicherung der Nichtigerklärungsbegehren einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV).

Im Nachprüfungsantrag wird summarisch - insb wie folgt vorgebracht:

3.1. Die Ausscheidensentscheidung wäre rechtswidrig, weil die ASt die in den LV - Positionen 832001 und 832002 genannten Leistungen rechtlich als Eigenleistung im Rahmen ihrer gewerberechtlichen Berufsbefugnisse (samt Nebenrechten) erbringen dürfte.

3.2. Rücksichtlich der Zuschlagskriterien Preis einerseits und Gewährleistungsfristverlängerung andererseits müsste die ASt in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag ausgewählt werden.

Das BVwG untersagte entsprechend dem eV - Begehren antragsgemäß die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

4. Die BIG replizierte auf den Nachprüfungsantrag mit einer Stellungnahme vom 12.04.2016, in welcher vorerst va der Standpunkt der Ausscheidensentscheidung nochmals dargelegt wurde und va vorgebracht wurde:

4.1. Die Formulierung der strittigen LV - Positionen 832001 und 832002 wäre im Punkte des Sachverständigenanfordernisses sinnlos, wenn damit Eigenleistungen erbracht werden könnten.

4.2. Die ASt hätte bei den LV - Positionen 832001 und 832002 einen Lohnanteil von jeweils Null ausgepreist und wäre daher evident auch davon ausgegangen, dass diese Positionen von einem Dritten erbracht würden. Bei Erbringung dieser Positionen mit Eigenpersonal hätte die ASt hier nicht mit Null auspreisen dürfen.

5. Die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin (= MB) verfasste einen Einwendungsschriftsatz gemäß § 324 Abs 3 BVergG. 5. Die in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin (= MB) verfasste einen Einwendungsschriftsatz gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG.

Dortige Argumente insb:

5.1. Der Nachprüfungsantrag der ASt wäre wegen einer Unterschwellenbereichsvergabe verfristet.

5.2. In Auslegung der Ausschreibung wäre zwingend ein vom Bieter verschiedener Dritter als Sachverständiger iSd LV - Positionen 832001 und 832002 heranzuziehen.

6. Nach der Verhandlungsanberaumung für Montag, 09.05.2016 brachte die ASt am Freitag, 06.05.2016 eine Replik zu den Eingaben der AG und der MB ein, dies insb mit den nachstehenden Argumenten:

6.1. Die AG hätte bestandfest eine Vergabe im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

6.2. Die LV - Positionen 832001 und 832002 wären im Abgleich mit einer früheren Version der Leistungsbeschreibung Haustechnik (= LB-HT) dahin auszulegen, dass der in diesen Positionen gegenständlich erwähnte Sachverständige nicht zwingend ein Dritter (im Verhältnis zum Bieter) sein müsse.

Ein Telefonat mit dem BMWFJ als dem Ersteller der LB-HAT hätte ergeben, dass mit der aktuellen Fassung mit dem dortigen Sachverständigenbegriff sowohl Sachverständige nach dem SDG als auch ausführende Fachunternehmen gemeint wären.

6.3. Eine Eigenüberprüfung der eigenen Ausführungsleistung wäre die Regel wie zB beim Elektrobefund gemäß ÖVE/ÖNORM EN 62305, bzw bei Blitzschutzanlagen etc.

6.4. Ausweislich des Angebotsöffnungsprotokolls hätten nur die MB und eine weitere Bieterin Subunternehmer genannt, wobei die ASt davon ausgehe, dass die MB und die zweite Bieterin mit einem benannten Subunternehmer

keinen Sachverständigen nach dem SDG benannt hätten. Aus diesem Grund bzw wegen sonst bei den anderen Bietern fehlender Subunternehmerbenennung wären daher alle Bieter auszuschneiden.

6.5. Im LV wären in den Positionen 832001 und 832002 Pauschalen anzubieten gewesen. Eine Differenzierung in Lohn und sonstiges war insoweit dort nicht verlangt gewesen.

[Die ASt stellt mit dieser Eingabe allerdings nicht klar, warum sie dann dennoch in ihrem LV einen konkreten Lohnanteil von Null ausgepreist hat, wie seitens der AG vorgebracht.]

7. Am 09.05.2016 fand ein erster Verhandlungstermin statt, der soweit hier interessierend laut Niederschrift wie folgt verlief [R = vorsitzender Richter; FLR = fachkundiger Laienrichter; AStV = RA der ASt; MBV = RA der MB; AGV = Vertreterin des AG]:

R: Es wird um Klarlegung ersucht, warum die ASt vertritt, dass sie bereits zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung befugt und technisch leistungsfähig gewesen ist.

AStV: Die Befugnis bzw Leistungsfähigkeit der ASt ergibt sich daraus, dass diese aufgrund der bei ihr vorliegenden Befugnis des Wärme-Kälte-Schall- und Branddämmers auch das Recht mitumfasst [hat], Eigenleistungen nach deren Erbringung gegebenenfalls zu überprüfen. Dieses Recht ergibt sich nach Ansicht der ASt bereits unmittelbar aus dem Gewerbewortlaut, hilfsweise aus den Nebenrecht gem § 32 Abs 1 Zif 1 GewO. Bei den ausschreibungsgegenständlichen Überprüfungen handelt es sich entweder um eine Dienstleistung, die dazu dient die von ihr angebotenen Wärme, Kälte-,Schall- und Brandschutzdämmleistungen (XXXX -Leistungen) absatzfähig zu machen bzw handelt es sich um Leistungen, welche gegebenenfalls Leistungen anderer Gewerbe sinnvoll ergänzen. Aus Sicht der ASt wären beide Fälle des § 32 Abs. 1 Zif 1 GewO erfüllt. AStV: Die Befugnis bzw Leistungsfähigkeit der ASt ergibt sich daraus, dass diese aufgrund der bei ihr vorliegenden Befugnis des Wärme-Kälte-Schall- und Branddämmers auch das Recht mitumfasst [hat], Eigenleistungen nach deren Erbringung gegebenenfalls zu überprüfen. Dieses Recht ergibt sich nach Ansicht der ASt bereits unmittelbar aus dem Gewerbewortlaut, hilfsweise aus den Nebenrecht gem Paragraph 32, Absatz eins, Zif 1 GewO. Bei den ausschreibungsgegenständlichen Überprüfungen handelt es sich entweder um eine Dienstleistung, die dazu dient die von ihr angebotenen Wärme, Kälte-,Schall- und Brandschutzdämmleistungen (römisch 40 -Leistungen) absatzfähig zu machen bzw handelt es sich um Leistungen, welche gegebenenfalls Leistungen anderer Gewerbe sinnvoll ergänzen. Aus Sicht der ASt wären beide Fälle des Paragraph 32, Absatz eins, Zif 1 GewO erfüllt.

R: Behauptet die ASt, dass die MB definitiv aus einem bestimmten Grund auszuschneiden ist?

AStV: Ja, wir gehen davon aus, dass die MB für die Überprüfungsleistungen eine akkreditierte Prüfanstalt als Subunternehmerin nominiert hat, welche bei der strengen, von ihr selbst vorgetragenen Auslegung des Begriffes "Sachverständiger" nicht der von ihr selbst gegeben Definition entsprechen würde. Konkret meint die MB, dass mit dem Begriff Sachverständiger aus dem Fachbereich vorbeugender Brandschutz bei objektiver Auslegung nur ein Sachverständiger gem dem [SDG] gemeint sei. Ich verweise dazu auf Seite 8 der begründeten Einwendungen der MB. Diese Rechtsansicht als richtig unterstellt, wäre ein Angebot, welches eine akkreditierte Prüfanstalt als Subunternehmerin nominiert, ebenfalls auszuschneiden.

R: Hr Ing EEE (= Z) wird in den Zeugenstand gebeten und klargestellt, dass Geschäftsführer von GmbH's nach AVG als Zeugen einzuvernehmen sind.

[...]

R: Ist Ihnen erinnerlich, wann gegenständliche Angebotseröffnung war?

Z: Ich glaube am 04.02. Über Vorhalt der Beilage L: Es war am 11.02.2016 um 10.00 Uhr.

R: Welcher Person haben Sie nach dem E-Mail der [externen Angebotsprüfung] vom 04.03.2016 als Sachverständigen für den vorbeugenden baulichen Brandschutz benannt?

Z: Als zertifizierten Sachverständigen Hrn Ing LLL.

R: Wann wurde der Dienstvertrag mit dieser Person angeschlossen und wann hat das Arbeitsverhältnis begonnen?

Z: Ich kann den genauen Tag nicht sagen. Es war aber nach dem 11.02.2016.

R: Wissen Sie noch, wann Sie Ihr Angebot abgegeben haben?

Z: Das dürfte am selben Tag sein, also am 11.02.2016.

R: Welche Personen hätten zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in Ihrem Unternehmen als Mitarbeiter oder als Subunternehmer jenes besondere Fachwissen gehabt, welches einen Sachverständigen für den vorbeugenden baulichen Brandschutz ausmacht?

Z: Meine Wenigkeit.

R: Die Zeugeneinvernahme wird vorerst beendet.

[...]

AGV: [...]

Uns hat Hr. Ing. RRR vom Wirtschaftsministerium am 05.04.2016 auf telefonische Anfrage mitgeteilt, dass die Überprüfungsleistungen durch einen Dritten zu erbringen sind, um eine unabhängige Kontrolle für den Auftraggeber sicher stellen zu können. Die Leistungsbeschreibung ist jedenfalls nicht so auszulegen, dass ausführende Fachunternehmen die Überprüfung ihrer ausgeführten Leistungen selbst übernehmen. Dass die ASt selbst der Meinung war, dass die Leistungen der Pos. 832001 und 832002 durch einen Dritten zu erbringen sind, zeigt auch eine andere Ausschreibung der Auftraggeberin, nämlich zum BG/BRG PLPLPL, Isolierung und Brandschutz, wo die ASt für die beiden Positionen Subunternehmer benannt hat.

R richtet nunmehr an ASt die Frage, ob die ASt am 04.03.2016 namens der [AG] vorgehalten worden ist, dass sie mangels Eignung im Zusammenhang mit dem diskutierten Sachverständigenthema auszuschneiden wäre.

AStV: Dies wird nicht bestritten.

R: Ist das E-Mail vom 09.03.2016, 13:46 Uhr das Antwortmail der ASt?

AStV: Ja, das ist das Antwortmail, allerdings wird darin - entgegen dem Vorbringen der [...] - nicht Hr Ing LLL "nachnominiert", sondern wird bloß mitgeteilt, dass der Arbeitnehmer Ing. LLL über eine Zertifizierung als gerichtlich beeideter SV im geforderten Fachbereich verfüge.

D.h. es ist inhaltlich zu keiner Angebotsänderung gekommen, weil auch die Rechtsposition der ASt die bestätigten Leistungen auch vom handelsrechtlichen wie auch gewerberechtlichen Geschäftsführer Ing EEE erbracht werden können.

R: Ist das Verständnis richtig, dass Hr Ing EEE in diesem Mail nicht als die fraglichen Leistungen künftig Erbringender genannt ist?

AStV: Das ist richtig.

R: Unter Hinweis auf VwGH Zlen2007/04/0012 und 2008/04/0083 wird der ASt vorgehalten, dass sie mangels Benennung des Hr Ing EEE in diesem Mail vom 09.03.2016 eignungsbezügliche Auskünfte gegenüber der AG unterlassen haben könnte und daher gem. § 67 Abs. 1 Zif 7 B-VergG auszuschließen gewesen sein könnte sowie § 129 Abs. 1 Zif 1 B-VergG auszuschneiden gewesen zu sein könnte. R: Unter Hinweis auf VwGH Zlen2007/04/0012 und 2008/04/0083 wird der ASt vorgehalten, dass sie mangels Benennung des Hr Ing EEE in diesem Mail vom 09.03.2016 eignungsbezügliche Auskünfte gegenüber der AG unterlassen haben könnte und daher gem. Paragraph 67, Absatz eins, Zif 7 B-VergG auszuschließen gewesen sein könnte sowie Paragraph 129, Absatz eins, Zif 1 B-VergG auszuschneiden gewesen zu sein könnte.

Die Antragstellerin wird insoweit auch unter Berücksichtigung des § 43 Abs 5 AVG um Beantwortung dieses Vorhalts nach einer Verhandlungspause ersucht. Die Antragstellerin wird insoweit auch unter Berücksichtigung des Paragraph 43, Absatz 5, AVG um Beantwortung dieses Vorhalts nach einer Verhandlungspause ersucht.

[...]

AStV bringt zum gemachten Vorhalt vor:

Der AStV ersucht den R um Präzisierung des Vorhalts, weil es bei der Entscheidung 2008/04/0083 darum gegangen ist, dass der dortige Bieter das Aufklärungsersuchen der dortigen ASt verspätete bzw. überhaupt nicht beantwortet hat, was hier offenkundig nicht der Fall ist, und dass im Zusammenhang mit der Entscheidung 2007/04/0012, wo es um

eine "erprobte Lösung" gegangen ist, die anzubieten und zu erläutern war. Der AStV sieht momentan den Zusammenhang noch nicht.

R teil hinsichtlich ZI2007/04/0012 mit, dass der VwGH dieses Erkenntnis in ZI 2011/04/0125 authentisch interpretiert hat, dass der Bescheid des Bundesvergabeamts zu ZI. 2007/04/0012 nur deshalb aufgehoben worden ist, weil nach einem amtswegigen Vorhalt nicht 10 Tage zugewartet worden ist.

Zur zusätzlichen Frage wird klargestellt, dass es darum geht, dass allenfalls ein Ausscheidungsgrund deshalb abgeleitet werden könnte, weil Hr Ing EEE heute selbst zeugenschaftlich angegeben hat, dass er unternehmensintern jene Person gewesen wäre, die vom Zeitpunkt der Angebotseröffnung bis zum Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsvertrags von Hr[n] Ing LLL die technische Leistungsfähigkeit gewährleistet hätte.

AStV bringt wie folgt vor: Die ASt hat mit dem E-Mail vom 09.03.2016 zunächst mitgeteilt, dass sie die hier strittige Leistung als Eigenleistung erbringen wird und deshalb auch keine Formular für die Subunternehmer-Genehmigung ausgefüllt.

Dh die im VwGH 2008/04/0083 gegebenen Situation, wo das Aufklärungsersuchen verspätet bzw gar nicht beantwortet wurde, hier nicht vorliegt. Weiters ist zu sagen, dass im E-Mail vom 04.03.2016 die AGV ([externer Anbotsprüfer]) nur den Vorhalt gemacht hat, dass die Positionen 83001 und 832002 durch einen SV zu erfolgen hätten und dem Angebot kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen beigelegt wäre. Sie verweist dabei auf den Ausscheidungsgrund § 129 Abs 1 Zif 2 B-VergG, woraus im Hinblick auf den weiteren Inhalt des E-Mails davon auszugehen ist, dass sie nur gefragt hat, ob die AG glaube, dass sie trotz dieses Vorhaltes befugt sei. Im Hinblick auf die in Beilage F gegebene Antwort, dass es sich um eine Eigenleistung handle, hätte sie - wenn sie der Meinung gewesen wäre, dass sie sich hier eine konkrete Person nennen lassen will - gegebenenfalls nachzufragen gehabt. Die ASt geht davon aus, dass die Überprüfungsleistungen durch die bei der ASt als Rechtsperson vorliegende Befugnis gedeckt ist und das deren Geschäftsführer die entsprechende Befugnis im Sinne der Gewerbeordnung einbringt. Der Geschäftsführer verantwortet damit sowohl die ordnungsgemäße Erbringung der ausführenden Leistungen wie auch der ausgeschriebenen Überprüfungsleistungen. Dh die im VwGH 2008/04/0083 gegebenen Situation, wo das Aufklärungsersuchen verspätet bzw gar nicht beantwortet wurde, hier nicht vorliegt. Weiters ist zu sagen, dass im E-Mail vom 04.03.2016 die AGV ([externer Anbotsprüfer]) nur den Vorhalt gemacht hat, dass die Positionen 83001 und 832002 durch einen SV zu erfolgen hätten und dem Angebot kein Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen beigelegt wäre. Sie verweist dabei auf den Ausscheidungsgrund Paragraph 129, Absatz eins, Zif 2 B-VergG, woraus im Hinblick auf den weiteren Inhalt des E-Mails davon auszugehen ist, dass sie nur gefragt hat, ob die AG glaube, dass sie trotz dieses Vorhaltes befugt sei. Im Hinblick auf die in Beilage F gegebene Antwort, dass es sich um eine Eigenleistung handle, hätte sie - wenn sie der Meinung gewesen wäre, dass sie sich hier eine konkrete Person nennen lassen will - gegebenenfalls nachzufragen gehabt. Die ASt geht davon aus, dass die Überprüfungsleistungen durch die bei der ASt als Rechtsperson vorliegende Befugnis gedeckt ist und das deren Geschäftsführer die entsprechende Befugnis im Sinne der Gewerbeordnung einbringt. Der Geschäftsführer verantwortet damit sowohl die ordnungsgemäße Erbringung der ausführenden Leistungen wie auch der ausgeschriebenen Überprüfungsleistungen.

Der AStV trägt unter Vorlage des ausschreibungsgegenständlichen Leistungsverzeichnisses vor, dass in den Pos. 832001 A und 832002 A bestandfest von der Auftraggeberin nur verlangt wird, dass der Preis für eine "Pauschale" angegeben wird und das diese in weiterer Folge mit der Anzahl der angeführten Überprüfungsleistungen zu multiplizieren ist (3 Pauschalen für die begleitende Überprüfung und eine Pauschale für die abschließenden Überprüfung). Dass das von der Antragstellerin verwendete Kalkulationsprogramm "KOKOKO" eine Pauschale möglicherweise oder offenbar elektronisch einer Position "Sonstiges" zuweist, ändert das bestandfest Leistungsverzeichnis und die nicht erforderliche Aufgliederung in "Lohn" und "Sonstiges" nicht. Die von der AG und MB behauptete notwendige Aufgliederung in diese beiden Preisfaktoren wäre im Anwendungsbereich der ÖNORM B 2061 bei einer Pauschale nur dann notwendig, wenn die AG dies ausdrücklich verlangt hätte.

Zum Vorhalt, dass die ASt selbst von der Notwendigkeit der Nominierung eines Subunternehmers ausgegangen sei, weil sie bei der Ausschreibung betreffend des BG/BRGT PIPLPL in diesem Vergabeverfahren einen entsprechenden Subunternehmer nominiert habe, ist zu entgegnen, dass dieses Vergabeverfahren zeitlich dem hier strittigen Vergabeverfahren nach der erfolgten Ausscheidungsentscheidung nachgelagert ist. Das heißt also, die ASt hat vorderhand (bis zur abschließenden Klärung der Rechtsfrage durch das erkennende Gericht) der Rechtsmeinung der

AG für alle nachfolgenden Vergabeverfahren entsprochen. Im Übrigen ist anzumerken, dass die AG die ASt beim Vergabeverfahren BRG TITITI beauftragt hat, obwohl damals die ASt auch keinen Subunternehmer für Überprüfungsleistungen nominiert hat, was rechtens ist, kann von faktischen Umständen nicht abgeleitet werden. Die ASt hat hinsichtlich der gegebenenfalls erforderlichen (amtswegigen) Ausscheidung der übrigen Bieter auch insofern kein unsubstantiiertes Vorbringen erstattet, weil aus dem Angebotsöffnungsprotokoll Beilage L, ohne weiteres ersichtlich ist, dass nur zwei Bieter, nämlich die LILILI GmbH und die präsuntive Zuschlagsempfängerin Subunternehmererklärungen abgegeben haben. Daher wären bei Zutreffen der AG-seitigen Rechtsmeinung die letzten 4 Angebote jedenfalls auszuschneiden gewesen. Hinsichtlich der nun verbleibenden Angebote ist ebenfalls ein ganz konkretes Vorbringen in die Richtung erstattet, dass diese Angebote, sollten sie für die Überprüfungsleistungen eine akkreditierte Prüfungsanstalt als Subunternehmen genannt haben und sollten die strittigen Bestimmungen dahin gehend zu verstehen sein, dass damit nur "Sachverständige nach dem SDG" zu nominieren gewesen wären, ebenfalls auszuschneiden wären.

FLR(2) ersucht um Konkretisierung der Sachverhaltsbehauptungen betreffend das Aufgliederungsgebot über B2061.

[...]

FLR(2): Haben Sie vor dem gegenständlichen Verfahren jemals vergleichbare Leistungen ausgeschrieben, wo ein Auftragnehmer eine begleitende Überprüfung durchgeführt hat

AGV: Mir ist so etwas nicht bekannt.

Hr STSTST: Als Projektleiter ist es mir nicht bekannt. Es ist nicht üblich.

[...]

R ersucht Ing EEE um kurze Angabe zu wie vielen Prozent er an der ASt beteiligt ist.

Ing EEE: Zu 100% der Geschäftsanteile der GmbH. Die Gesellschaft steht zu 100% in der EEE Holding GmbH und diese gehört zu 100% mir.

AStV bringt vor, dass die AG in ihrer Stellungnahme vom 12.04.2016 auf Seite 2 ausdrücklich vorgebracht hat, dass sie bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses sich an die standardisierte Leistungsbeschreibung für Haustechnik, Version 10, gehalten habe und insbesondere die dort enthaltenen Positionen aus der Leistungsbeschreibung gleichlautend übernommen habe. Wie sich aus der Beilg./C ergibt, verlangt die LB-HT Version 10 in den Positionen 832001A und 832002A jeweils die Auspreisung einer Pauschale (PA). Wenn nun nachträglich behauptet wird, dass hier keine Pauschalauspreisung gefordert gewesen sei, so eine Aufgliederung in die Teile "Lohn" und "Sonstiges", weil dafür beispielsweise der elektronische Datenträger maßgeblich sei, ist sie in ihrem eigenen Vorbringen im Widerspruch. Zu dem kann aus den Pkt. 7 und 9 eine Verpflichtung zur Preisaufgliederung ebenfalls nicht entnommen werden. Pkt. 9 regelt nur die Umrechnung veränderlicher Preise und Pkt. 7 stellt den Ersatz für das K3-Blatt dar und bezieht sich nur auf den Bruttomittelohnpreis und sonstige Teile.

Zur Nennung der [IBIBIB] Technisches Büro GmbH durch die MB wird ergänzend vorgebracht, dass auch hier nicht erkennbar ist, wer die konkrete Überprüfungsleistung im Auftragsfall durchführen würde. Wenn also dieser Subunternehmer hinsichtlich seiner Befugnis (bezogen auf die Gesellschaft) als ausreichend befugt angesehen werden sollte, so meint die ASt, im Hinblick auf den heutigen richterlichen Vorhalt und die informelle geäußerte Meinung der AG, wonach es ihr Recht wäre, zu wissen, wer die konkrete Überprüfungsleistung dann tatsächlich durchführe, dass dies auch für die [IBIBIB] GmbH gelten müsse.

AGV: Es liegt jedenfalls kein Widerspruch zur LB-HT vor. Der Text wurde 1:1 übernommen. Würde von der Standardleistungsbeschreibung würde dies als "Z-Position" gekennzeichnet werden. Zu den Ausführungen betreffend Mittelohn ist auszuführen, dass dieser

[...]

Der Vorhalt der AGV([externer Angebotsprüfer]) im E-Mail 04.03.2016 war konkret genug, es wurde der ASt konkret die fehlende Befugnis und damit mangelnde Eignung vorgehalten. Eine namentliche Nennung der Person des SV war weder gefordert noch geboten. Zumal eine nachträgliche Subunternehmensnennung ohnehin nicht zulässig ist.

Dass die ASt nunmehr vorbringt, dass der Geschäftsführer diese Leistungen selbst erbracht hätte, ist eine nachträgliche unzulässige Angebotsänderung bzw stellt einen zusätzlichen Ausscheidungsgrund dar, da dem

Aufklärungsersuchen der AG nicht nachgekommen wurde.

Dazu wird wie bereits vom R vorgehalten, auf §§ 68 Abs 1 Zif 7 und 129 Abs 1 Zif 1 B-VergG verwiesen. Dazu wird wie bereits vom R vorgehalten, auf Paragraphen 68, Absatz eins, Zif 7 und 129 Absatz eins, Zif 1 B-VergG verwiesen.

Das Vorbringen der ASt, dass die AG in einem anderen Vergabeverfahren einen Ausscheidungsgrund nicht aufgegriffen hat, macht das Angebot der ASt nicht zu einem Angebot dem der Zuschlag erteilt werden kann. Es liegt hier auch kein Ermessen der AG vor.

MBV: Zum Vorhalt der ASt, dass der MB keinen Sachverständigen namentlich angeführt hat, ist auszuführen, dass dies in der Ausschreibung nicht verlangt wurde. Die AG hat offenkundig in Ermangelung einer Angabe eines Subunternehmers im Angebot der ASt Aufklärungen zu diesen Positionen verlangt.

Ergänzend ist weiters vorzubringen, dass die Ausübung eines gewerblichen Nebenrechtes gemäß 32 Abs 2 GewO eine fachkundige Person erfordert, die diese Tätigkeit ausübt. Ergänzend ist weiters vorzubringen, dass die Ausübung eines gewerblichen Nebenrechtes gem Paragraph 32, Absatz 2, GewO eine fachkundige Person erfordert, die diese Tätigkeit ausübt.

Es wird bezweifelt, dass es im Unternehmen der ASt eine solche Person gibt, anderenfalls hätte man nicht versucht, Hr Ing LLL nachträglich einzustellen.

Es ist auch nicht bekannt, in wie weit Hr Ing EEE über eine einschlägige Ausbildung im Zusammenhang mit dem vorbeugenden Brandschutz verfügt (z.B. ein Zertifikat).

[...]

In Anbetracht der fortgeschrittenen Zeit wird die ASt aufgefordert, binnen 10 Tagen zum heute gemachten richterlichen Vorhalt und zu den sonst zu ihren Lasten angezogenen Gründen für eine allfällige Ausscheidung Stellung zu nehmen. Alle anderen Parteien mögen binnen gleicher Frist nochmals ihre Standpunkte, falls gewünscht, schriftlich darlegen. Ersucht wird insbesondere um Mitteilung, ob [...]; [Protokollseinwendungen].

Klargestellt wird auch, dass aus heutiger Sicht ein weiterer Verhandlungstermin am 24.05.2016 von 14.00 bis 17.00 Uhr in Aussicht genommen wird.

8. Nach der Verhandlung am 09.05.2016 langten rechtlich als Einwendungen zu qualifizierende Eingaben gegen die Niederschrift vom 09.05.2016 ein.

Danach überreichten die Parteien noch weitere inhaltliche Schriftsätze.

8.1. Die AG brachte neben bisher bekannten Standpunkten zu bereits relevierten Themenbereichen insb auch vor, dass die ASt bei ihrem Standpunkt, dass Herr Ing EEE, ihr Geschäftsführer, von Angebotsöffnung bis zum Beschäftigungsbeginn des Ing LLL bei der ASt zwecks Eignungsnachweise als Subunternehmer benannt hätte werden müssen. Dazu wurde auf die Entscheidung des BVA N/0105-BVA/04/2009-39 verwiesen.

8.2. Die MB unterstrich gleichfalls ihre bekannten Positionen mit ergänzendem Vorbringen, wobei insb betont wurde, dass der Sachverständige iSd strittigen LV - Positionen objektiv ein vom Bieter verschiedener Dritter sein müsse.

8.3. Die ASt nahm insb zum richterlichen Vorhalt gemäß Verhandlungstermin vom 09.05.2016 Stellung, wobei insoweit teilweise zu einem anderem als dem vorgehaltenen VwGH - Erkenntnis Position bezogen wurde.

Abseits zusätzlicher Argumente zum Thema der allenfalls ausschreibungswidrigen Kalkulation wurde die Bestellung eines Sachverständigen zwecks [zusammenfassend] Klärung des Begriffsinhalts des Sachverständigenbegriffs in den strittigen LV - Positionen und iZm einem weiteren Thema beantragt.

9. Am 24.05.2016 wurde die Verhandlung fortgesetzt, die in den hier interessierenden Teilen wie folgt verlief:

Festgehalten wird, dass die jeweils letzten eingebrachten Schriftsätze wechselseitig bekannt sind.

AStV bringt ergänzend vor: Zu VwGH 2008/04/0083: Dort wurde die Ausscheidensentscheidung damit begründet, dass die Beschwerdeführerin ein Aufklärungsersuchen des Auftragsgebers verspätet beantwortet hat. Der VwGH kam zu dem Ergebnis, dass sich die Frage, ob der Auftraggeber das Angebot ausscheiden kann, erst dann stelle, wenn es ein Bieter unterlassen hat, innerhalb der ihm gestellten Frist die verlangte Aufklärung zu geben oder dessen Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Im gegenständlichen Fall war die Antwort der Antragstellerin auf das

Auskunftersuchen der Auftraggeberin weder verspätet, noch fehlte ihr eine nachvollziehbare Begründung: In Beilage .F hat die Antragstellerin ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie nach den Bestimmungen der GewO selbst über die erforderliche Befugnis zur Erbringung der Leistungen verfügt (siehe vorletzter Absatz in Beilage .F). Diese Begründung ist nach den Regeln der GewO rechtlich richtig und nach der zitierten Judikatur jedenfalls nachvollziehbar begründet. Würde man hier die Antragstellerin aus den aufgezeigten Gründen ausscheiden, würde dies der Entscheidung des VwGH zuwiderlaufen, weil dann ein Ausscheiden aus rein formalen Gründen vorgenommen werden würde, was der VwGH in der zitierten Entscheidung gerade verhindern wollte.

Bei der Vertragsauslegung im Rahmen des § 914 ABGB kommt es unter anderem auf die Absicht der Vertragsparteien an. Die Absicht der Vertragsparteien kann sich dabei etwa aus der Abwicklungspraxis ihrer bisherigen Vertragsbeziehung ergeben (siehe etwa OGH in 6 Ob 172/05w). Der Umstand, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin unumstrittener Maßen (siehe Punkt 4.1. der Stellungnahme der AG vom 19.05.2016) bereits zuvor mehrfach beauftragt hat, obwohl in diesen Fällen dieselbe Konstellation wie hier vorlag, durfte sich die Antragstellerin darauf verlassen, dass die Auftraggeberin auch im gegenständlichen Fall vom selben Verständnis des Sachverständigenbegriffs ausgeht. Bei der Vertragsauslegung im Rahmen des Paragraph 914, ABGB kommt es unter anderem auf die Absicht der Vertragsparteien an. Die Absicht der Vertragsparteien kann sich dabei etwa aus der Abwicklungspraxis ihrer bisherigen Vertragsbeziehung ergeben (siehe etwa OGH in 6 Ob 172/05w). Der Umstand, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin unumstrittener Maßen (siehe Punkt 4.1. der Stellungnahme der AG vom 19.05.2016) bereits zuvor mehrfach beauftragt hat, obwohl in diesen Fällen dieselbe Konstellation wie hier vorlag, durfte sich die Antragstellerin darauf verlassen, dass die Auftraggeberin auch im gegenständlichen Fall vom selben Verständnis des Sachverständigenbegriffs ausgeht.

AGV bestreitet und verweist auf das bisherige Vorbringen.

Der MBV verweist ebenfalls auf sein bisheriges Vorbringen und bringt ergänzend vor, dass die von der ASTV ausgeführte Interpretationsmethode der bisherigen Abwicklungspraxis zwischen Anbieter und dem Auftraggeber dazu führen würde, dass die Ausschreibung aus Sicht jedes Bieters unterschiedlich interpretiert werden müsste, je nachdem, welche Abwicklungspraxis zwischen dem jeweiligen Bieter und dem Auftraggeber besteht. Dieses Mehrpersonalien-Verhältnis eignet sich daher nicht für diese Art der Interpretation, sondern ist vielmehr auf den objektiven Erklärungswert der Ausschreibung abzustellen. Ergänzend: Die beantragte Heranziehung eines Gutachters ist nur dann erforderlich, wenn das Gericht den Inhalt der Positionsbeschreibungen 832001 und 832002 nicht aus den allgemeinem Sprachgebrauch bzw unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen und dem bisherigen Vorbringen samt Beweisen der Parteien ermitteln kann (vgl. VwGH 12.09.2013, 2010/04/0066). Dies ist jedoch im gegenständlichen Fall möglich und ist die Bestellung eines Gutachters somit nicht erforderlich. Hierzu ist auf das bisherige Vorbringen der Mitbeteiligten Partei zu verweisen und geht insbesondere im Positionstext 832001 schon aus der Wortfolge "begleitete Überprüfung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Feuerschutzarbeiten" hervor, dass die Überprüfungsleistungen durch einen Dritten vorzunehmen sind. Bei baunahen Dienstleistungen findet sich zudem der Begriff "begleitend" nur bei Leistungen, die durch Dritte erbracht werden, wie zum Beispiel die begleitende Kontrolle oder die Umweltbaubegleitung und damit der Kontrolle und Sicherstellung des Vier-Augen-Prinzips dienen (vgl. Leistungsmodell begleitende Kontrolle der TU TECTEC). Der MBV verweist ebenfalls auf sein bisheriges Vorbringen und bringt ergänzend vor, dass die von der ASTV ausgeführte Interpretationsmethode der bisherigen Abwicklungspraxis zwischen Anbieter und dem Auftraggeber dazu führen würde, dass die Ausschreibung aus Sicht jedes Bieters unterschiedlich interpretiert werden müsste, je nachdem, welche Abwicklungspraxis zwischen dem jeweiligen Bieter und dem Auftraggeber besteht. Dieses Mehrpersonalien-Verhältnis eignet sich daher nicht für diese Art der Interpretation, sondern ist vielmehr auf den objektiven Erklärungswert der Ausschreibung abzustellen. Ergänzend: Die beantragte Heranziehung eines Gutachters ist nur dann erforderlich, wenn das Gericht den Inhalt der Positionsbeschreibungen 832001 und 832002 nicht aus den allgemeinem Sprachgebrauch bzw unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen und dem bisherigen Vorbringen samt Beweisen der Parteien ermitteln kann (vergleiche VwGH 12.09.2013, 2010/04/0066). Dies ist jedoch im gegenständlichen Fall möglich und ist die Bestellung eines Gutachters somit nicht erforderlich. Hierzu ist auf das bisherige Vorbringen der Mitbeteiligten Partei zu verweisen und geht insbesondere im Positionstext 832001 schon aus der Wortfolge "begleitete Überprüfung der im Leistungsverzeichnis beschriebenen Feuerschutzarbeiten" hervor, dass die Überprüfungsleistungen durch einen Dritten vorzunehmen sind. Bei baunahen Dienstleistungen findet sich zudem der Begriff "begleitend" nur bei

Leistungen, die durch Dritte erbracht werden, wie zum Beispiel die begleitende Kontrolle oder die Umweltbaubegleitung und damit der Kontrolle und Sicherstellung des Vier-Augen-Prinzips dienen vergleiche Leistungsmodell begleitende Kontrolle der TU TECTEC)

MBV legt eine Unterlage vor, die als Beilage .A zur Niederschrift genommen wird.

MBV: Sollte für den Senat die Bedeutung der Ausschreibungsbestimmung nur von einem Sachverständigen zu klären sein, dann müsste dieser befragt werden, welchen Inhalt die Positionen 832001A und 832002A für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter haben müssen. Der Gutachter müsste zu den Positionstexten 832001 und 832002 befragt werden, ob diese beiden Positionstexte im Zusammenhang mit der konkreten Ausschreibung, aber auch unter Berücksichtigung der gesamten LB-HT, von einem durchschnittlich fachkundigen Dritten so zu verstehen sind, dass die Überprüfung der Feuerschutzarbeiten durch das die Feuerschutzarbeiten ausführende Unternehmen selbst durchgeführt werden können oder ein vom ausführenden Unternehmer verschiedener Dritter zu beauftragen ist. Erst wenn aus der Ausschreibung und dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht ableitbar sein sollte, welchen Inhalt diese Positionen haben, wäre allenfalls auf einen Handelsbrauch abzustellen und ein Gutachter nur in diesem Fall über das Bestehen eines Handelsbrauchs zu befragen.

R stellt klar, dass aus Sicht des Senats derzeit kein Sachverständiger bestellt werden sollte, zwecks Verfahrensökonomie der heutigen Verhandlung.

AStV: Aus dem eigenen Vorbringen der Auftraggeberin und ihrem Verhalten in der Vergangenheit ergibt sich, dass sie bislang offenbar selbst davon ausgegangen ist, dass die Tätigkeiten der Brandschutzprüfung nicht zwangsläufig durch einen Dritten ausgeführt werden müssen. In der Vergangenheit gab es einen Fall, und zwar konkret betraf dieser das BRG NEUNEU, bei dem die Antragstellerin für die Auftraggeberin eine Brandschutzbestätigung über die von ihr selbst erbrachten Leistungen ausstellte: Damals wurde kein Subunternehmer eingesetzt, die Brandschutzbestätigung wurde von der BIG akzeptiert und sogar schon in der Ausschreibungsphase beauftragt und wurde dies von der BIG akzeptiert. Das zeigt, dass die Auftraggeberin selbst davon ausgeht, dass der Sachverständigenbegriff so zu verstehen ist, wie von der Antragstellerin bereits mehrfach vorgetragen. Im Übrigen ist erneut auf § 915 ABGB hinzuweisen. AStV: Aus dem eigenen Vorbringen der Auftraggeberin und ihrem Verhalten in der Vergangenheit ergibt sich, dass sie bislang offenbar selbst davon ausgegangen ist, dass die Tätigkeiten der Brandschutzprüfung nicht zwangsläufig durch einen Dritten ausgeführt werden müssen. In der Vergangenheit gab es einen Fall, und zwar konkret betraf dieser das BRG NEUNEU, bei dem die Antragstellerin für die Auftraggeberin eine Brandschutzbestätigung über die von ihr selbst erbrachten Leistungen ausstellte: Damals wurde kein Subunternehmer eingesetzt, die Brandschutzbestätigung wurde von der BIG akzeptiert und sogar schon in der Ausschreibungsphase beauftragt und wurde dies von der BIG akzeptiert. Das zeigt, dass die Auftraggeberin selbst davon ausgeht, dass der Sachverständigenbegriff so zu verstehen ist, wie von der Antragstellerin bereits mehrfach vorgetragen. Im Übrigen ist erneut auf Paragraph 915, ABGB hinzuweisen.

AGV bestreitet und bringt vor, dass eine Herstellerüberprüfung durch den Auftragnehmer üblich ist, jedoch keine Überprüfung im Sinne der LV-Positionen 832001 und 832002 ersetzt. Insofern kann, wenn das Vorbringen der Antragstellerin richtig ist, nur von einer mangelhaften Leistungserbringung die Rede sein. Auch kann man nicht von einem Einzelfall darauf schließen, dass die Auftraggeberin für sämtliche weitere Ausschreibungen auf eine Überprüfung durch einen Sachverständigen verzichtet.

MBV: Wird zur Gänze bestritten. Es liegen keine Unterlagen vor, die dieses Vorbringen in irgendeiner Weise nachweisen. Zu § 915 ABGB ist im Zusammenhang mit der Ausschreibung zunächst festzuhalten, dass § 915 ABGB subsidiär anzuwenden ist und weiters sich bei einer Ausschreibung die Frage stellt, zu wessen Lasten hier die Ausschreibungsbestimmung auszulegen wären. Hier ist aus Sicht der Mitbeteiligten Partei auszuführen, dass die Zulassung, dass die Positionen 832001A und 832002A als Eigenleistung erbracht werden können, dass die Auftraggeberin ein günstigeres Angebot annehmen könnte und würde nur eine Auslegung, dass hier ein Dritter zu beauftragen ist, eine Auslegung zu Lasten der Auftraggeberin darstelle. Eine Auslegung zu Lasten des Auftraggebers ist nicht automatisch gleichzeitig immer zu Gunsten der ASt. MBV: Wird zur Gänze bestritten. Es liegen keine Unterlagen vor, die dieses Vorbringen in irgendeiner Weise nachweisen. Zu Paragraph 915, ABGB ist im Zusammenhang mit der Ausschreibung zunächst festzuhalten, dass Paragraph 915, ABGB subsidiär anzuwenden ist und weiters sich bei einer Ausschreibung die Frage stellt, zu wessen Lasten hier die Ausschreibungsbestimmung auszulegen wären. Hier ist aus Sicht der Mitbeteiligten Partei auszuführen, dass die Zulassung, dass die Positionen 832001A und 832002A als

Eigenleistung erbracht werden können, dass die Auftraggeberin ein günstigeres Angebot annehmen könnte und würde nur eine Auslegung, dass hier ein Dritter zu beauftragen ist, eine Auslegung zu Lasten der Auftraggeberin darstelle. Eine Auslegung zu Lasten des Auftraggebers ist nicht automatisch gleichzeitig immer zu Gunsten der ASt.

Angeregt wird von der AGV eine Einholung einer authentischen Interpretation des Wirtschaftsministeriums, welches die LB-HT herausgibt, wobei hier Vertreter der Auftraggeber und Auftragnehmer und der Industrie bzw. fachspezifischen Konsulenten solche erstellen und somit auch der Wille des Verkehrskreises abgedeckt wird.

[...]

Gelegentlich [...] stellt sich heraus, dass das Angebot der Antragstellerin von einem Mitarbeiter unterschrieben wurde, wobei für diesen keine Vollmacht beiliegt.

R: Wo ist in den Ausschreibungsunterlagen die Pflicht zur Abgabe einer Subunternehmererklärung normiert?

AGV: In der Einladung zur Angebotsabgabe im Punkt 7. Danach hat der Bieter in seinem Angebot all jene Subunternehmer anzugeben, an die er Teile des Auftrages weiterzugeben beabsichtigt (Beilage H).

R: Hatte es betreffend Subunternehmer bei der Angebotserstellung über das Ausfüllen dieses Formulars noch eine andere Pflicht zur Bekanntgabe irgendwelcher Umstände, etc. im Zusammenhang mit Subunternehmen gegeben?

AGV: Nein, über dieses Formular hinaus hat es nichts gegeben.

R: Hat die Antragstellerin Herrn Ing. EEE jemals als Subunternehmer genannt?

AStV: Nein, es ist auch nicht erforderlich, weil er als Geschäftsführer des befugten Unternehmens die Leistungen ohnehin erbringen kann.

VR: Der AStV wird die Beilage A der MB von heute vorgehalten.

AStV: Ich bestreite das unter Hinweis auf unser bisheriges Vorbringen, insbesondere den Umstand, dass es sich weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch aus den LB-HT derart ergibt und ich verweise insbesondere auf die vielen Fälle in der Praxis, in denen gerade kein Vier-Augen-Prinzip zur Anwendung kommt, dies betrifft auch den Baubereich (siehe etwa Baufertigstellungsanzeigen, Blitzschutzanlagen, was auch alles dem Baubereich zuzuordnen ist.)

FLR2: Sehen Sie eine Fertigstellungsanzeige als inhaltlich gleichwertige Leistung, als die Leistung die von der Auftraggeberin im Brandschutz gegenständlich verlangt worden ist?

AStV: Die aufgezählten Fälle betreffen auch Prüfungstätigkeiten und es geht auch hier um eine Prüfungstätigkeit, die zulässig ist.

[...]

Nach [...] Umfrage nach weiteren Vorbringen bzw. weiteren Beweisanträgen.

[...]

AStV: Kein weiteres Vorbringen, keine weiteren Beweisanträge. Wir halten den Antrag auf Sachverständigenbeiziehung, wie gestellt, allerdings aufrecht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Über den Verfahrensgang und die dort ersichtlichen Tatsachen hinaus ist festzustellen wie folgt:

1.1. Die ASt hat gegenüber der AG nach insb. auch nach einer Anfrage vom 04.03.2016 und nachfolgender Korrespondenz, wie im Verfahrensgang aufgezeigt, nicht gegenüber der BIG offengelegt, dass die ASt vor Beschäftigungsbeginn des Herrn Ing. LLL am 08.03.2016 davon ausgegangen wäre, dass die ASt durch die Tätigkeit ihres (iSd § 539a ASVG: Gesellschafter -) Geschäftsführers jene Tätigkeiten erbringen hätte können, die in den LV - Positionen 832001 und 832002 einem "Sachverständigen für den vorbeugenden baulichen Brandschutz" vorbehalten sind. 1.1. Die ASt hat gegenüber der AG nach insb. auch nach einer Anfrage vom 04.03.2016 und nachfolgender Korrespondenz, wie im Verfahrensgang aufgezeigt, nicht gegenüber der BIG offengelegt, dass die ASt vor Beschäftigungsbeginn des Herrn Ing. LLL am 08.03.2016 davon ausgegangen wäre, dass die ASt durch die Tätigkeit

ihres (iSd Paragraph 539 a, ASVG: Gesellschafter -) Geschäftsführers jene Tätigkeiten erbringen hätte können, die in den LV - Positionen 832001 und 832002 einem "Sachverständigen für den vorbeugenden baulichen Brandschutz" vorbehalten sind.

Wiewohl der Geschäftsführer der ASt nach seinen eigenen Angaben mittelbar über eine ihm eigene Holding zu hundert Prozent an der ASt beteiligt ist, hat die ASt bis zum Ablauf der Angebotsfrist für diesen Geschäftsführer nicht offengelegt, dass dieser allenfalls gegenüber der AG iZm der ab Angebotsfristende vorzuliegen habenden technischen Leistungsfähigkeit bzw generell Eignung benannt werden würde.

Die ASt hat maW gegenüber der AG im Zuge der Eignungsprüfung ursprünglich zur Gänze verschwiegen, wer "Sachverständiger" iZm den beiden strittigen LV - Positionen wäre, um nach einer Anfrage der AG am 04.03.2016 vorerst einen diesbzüglich vorgesehenen Mitarbeiter zu nennen, der zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung noch gar nicht bei der ASt beschäftigt gewesen ist.

Dessen Beschäftigungsbeginn ab 08.03.2016, also nach Angebotsfristende im offenen Vergabeverfahren, wurde gegenüber der AG erst über erneute Rückfrage der AG offengelegt.

Erstmalig in der Verhandlung vor dem BVwG am 09.05.2016 stellte sich schließlich heraus, dass die ASt aktuell für den Zeitraum ab Angebotsfristende ab 11.02.2016 bis zum 08.03.2016 ihre technische Leistungsfähigkeit und damit Eignung in diesem Leistungsbereich dartun möchte.

1.2. Aus dem definitiven Vorbringen der ASt im Punkte der vorgebrachten Ausscheidensnotwendigkeit der MB ergibt sich, dass die MB nach ASt - Auffassung deshalb auszuscheiden wäre, weil sie keinen gerichtlich beeideten und zertifizierten Sachverständigen gemäß SDG, sondern ein technisches Büro in der Rechtsform einer GmbH als Subunternehmer für die "Sachverständigenleistungen gemäß LV - Positionen 832001 und 832002 in ihrer Subunternehmererklärung, sprich ihrem Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern benannt gehabt hätte.

Ausweislich der Ausschreibungsunterlagen hatte eine Bieterin iZm allfälligen notwendigen Subunternehmern neben der Bezeichnung der weiterzugebenden Leistungen insb den handelsrechtlichen Firmenwortlaut dieses Subunternehmers anzugeben

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und die Feststellungen ergeben sich aus dem Inhalt der Vergabeakten und der Gerichtsakten; und insb aus den Angaben des Geschäftsführers der ASt.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG zuständig, was gegenständlich mit der BIG als AG unstrittig ist. 3.1. Gemäß Paragraph 291, BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG zuständig, was gegenständlich mit der BIG als AG unstrittig ist.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Senatsbesetzung und wendet (- e) dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß § 311 BVergG das Verfahrensrecht des VwGGV und subsidiär des AVG an. Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in Senatsbesetzung und wendet (- e) dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGGV und subsidiär des AVG an.

Mag das hier strittige Vergabelos iZm Dämmarbeiten betragsmäßig im Unterschwellenbereich angesiedelt sein, so ist rücksichtlich des im Nachprüfungsverfahrens zu Lasten der ASt vorgebrachten Verspätungseinwands betreffend den Nachprüfungsantrag festzuhalten, dass gegenständlich ein Los aus einem Vergabeverfahren strittig ist, das (scil: Vergabeverfahren) betragsmäßig insgesamt dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Da der Gesetzgeber iZm Pauschalgebühren bei Unterschwellenbereichslosen in § 318 Abs 1 Z 6 BVergG zB die Pflicht zur Bezahlung nur von geringeren Gebühren wie bei (gänzlichen) Unterschwellenbereichsvergaben angeordnet hat, anfechtungsfristenspezifisch jedoch insoweit zB in § 321 bs 2 BVergG gerade nicht vergleichbar angeordnet hat, dass insoweit gleichfalls die kürzeren Anfechtungsfristen gemäß § 321 Abs 2 BVergG gelten, ist der gegenständliche Nachprüfungsantrag, weil insgesamt eine Vergabe im Oberschwellenbereich betreffend, als rechtzeitig und einer

Sachentscheidung zugänglich zu beurteilen, zumal auch sonst keine Zurückweisungsgründe erkannt wurden. Mag das hier strittige Vergabelos iZm Dämmarbeiten betragsmäßig im Unterschwellenbereich angesiedelt sein, so ist rücksichtlich des im Nachprüfungsverfahrens zu Lasten der ASt vorgebrachten Verspätungseinwands betreffend den Nachprüfungsantrag festzuhalten, dass gegenständlich ein Los aus einem Vergabeverfahren strittig ist, das (scil: Vergabeverfahren) betragsmäßig insgesamt dem Oberschwellenbereich zuzurechnen ist. Da der Gesetzgeber iZm Pauschalgebühren bei Unterschwellenbereichslosen in Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG zB die Pflicht zur Bezahlung nur von geringeren Gebühren wie bei (gänzlichen) Unterschwellenbereichsvergaben angeordnet hat, anfechtungsfristenspezifisch jedoch insoweit zB in Paragraph 321, bs 2 BVergG gerade nicht vergleichbar angeordnet hat, dass insoweit gleichfalls die kürzeren Anfechtungsfristen gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG gelten, ist der gegenständliche Nachprüfungsantrag, weil insgesamt eine Vergabe im Oberschwellenbereich betreffend, als rechtzeitig und einer Sachentscheidung zugänglich zu beurteilen, zumal auch sonst keine Zurückweisungsgründe erkannt wurden.

Zu A)

3.3. Die seitens der ASt angefochtene Ausscheidensentscheidung der BIG war, wie nachstehend aufzuzeigen, jedenfalls im Ergebnis berechtigt, ebenso wie die angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht aufzuheben war.

3.3.1. Die hier vorrangig interessierenden materiellrechtlichen Bestimmungen des BVergG lauten (gemäß § 345 Abs 18 Z 2 BVergG wegen Vergabeverfahrenseinleitung idF vor BGBl I 2016/7): 3.3.1. Die hier vorrangig interessierenden materiellrechtlichen Bestimmungen des BVergG lauten (gemäß Paragraph 345, Absatz 18, Ziffer 2, BVergG wegen Vergabeverfahrenseinleitung in der Fassung vor BGBl römisch eins 2016/7):

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 19. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 19, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

[...]

§ 68. (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn Paragraph 68, (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Absatz 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. [...] oder

7. sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

2. beim nicht offenen Verfahren [...]

§ 70. (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre Paragraph 70, (1) Der Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den Paragraphen 71 bis 75 Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre

1. berufliche Befugnis,

2. berufliche Zuverlässigkeit,
3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie
4. technische Leistungsfähigkeit

zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

(2) Bewerber oder Bieter können ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch [...]

(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs. 1 genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.(3) Bei der Vergabe von Aufträgen kann der Auftraggeber die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in Paragraph 12, Absatz eins, genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

(4) Nach Maßgabe des Abs. 3 kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.(4) Nach Maßgabe des Absatz 3, kann der Auftraggeber den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

[...]

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.Paragraph 75, (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

[...]

(6) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Bauaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen;
2. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird;
3. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen;
4. bei Bauleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, [...];
5. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;

6. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;

7. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 76. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Paragraph 76, Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

§ 108. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten: Paragraph 108, (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

1. Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse; schließlich die (elektronische) Adresse jener Stelle, die zum Empfang der Post berechtigt ist;

2. Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt;

[...]

Vorgehen bei der Prüfung

§ 123. (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Paragraph 123, (1) Die Prüfung der Angebote erfolgt in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde, 1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;

2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer; 2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer;

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

4. die Angemessenheit der Preise;

5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Aufklärungsgespräche und Erörterungen

§ 127. (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen

von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig. Paragraph 127, (1) Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

(2) Bei Alternativ- und Abänderungsangeboten [...]

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs 5 oder gemäß § 68 Abs 1 auszuschließen sind; 1. Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;

2. Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

[...]

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

[...]

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) [...]

3.3.1.1. Aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut (iSv VwGH ZIRa 2014/03/0028 mit Verweis auf ZI Ro 2014/07/0053) hier: des § 75 Abs 6 Z 2 und Z 3 BVergG ergibt sich, dass die AG gegenständlich im Rahmen der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit von einem Bieter Informationen über konkret für die Auftragsdurchführung vorgesehene technische Fach- und Führungskräfte verlangen durfte. Mit diesem gesetzlich positivierten Informationsanspruch ist zusätzlich eindeutig, dass die Frage, wer vergabegegenständlich bei einem Bieter als "Sachverständiger für den vorbeugenden baulichen Brandschutz" gemäß den LV - Positionen 832001 und 832002 fungieren würde, eine Frage der technischen Leistungsfähigkeit und damit der Eignung eines bestimmten Bieters ist. 3.3.1.1. Aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut (iSv VwGH ZI Ra 2014/03/0028 mit Verweis auf ZI Ro 2014/07/0053) hier: des Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 2 und Ziffer 3, BVergG ergibt sich, dass die AG gegenständlich im Rahmen der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit von einem Bieter Informationen über konkret für die Auftragsdurchführung vorgesehene technische Fach- und Führungskräfte verlangen durfte. Mit diesem gesetzlich positivierten Informationsanspruch ist zusätzlich eindeutig, dass die Frage, wer vergabegegenständlich bei einem Bieter als "Sachverständiger für den vorbeugenden baulichen Brandschutz" gemäß den LV - Positionen 832001 und 832002 fungieren würde, eine Frage der technischen Leistungsfähigkeit und damit der Eignung eines bestimmten Bieters ist.

3.3.2. Zu der gegenständlich entscheidungsrelevanten Rechtslage hat der VwGH die nachstehend in Rechtssatzform auszugsweise zitierten Erkenntnisse erlassen:

3.3.2.1. ZI 2010/04/0066 - Zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert "für einen durchschnittlich fachkundigen

Bieter" bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (vgl. etwa das Erkenntnis vom 1. Juli 2010, ZI. 2006/04/0139, mwN). Lässt sich der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ermitteln, so kann auch für die Klärung, welche Bedeutung eine Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter hat, die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein. 3.3.2.1. ZI 2010/04/0066 - Zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass diese nach dem objektiven Erklärungswert "für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter" bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind vergleiche etwa das Erkenntnis vom 1. Juli 2010, ZI. 2006/04/0139, mwN). Lässt sich der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ermitteln, so kann auch für die Klärung, welche Bedeutung eine Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter hat, die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein.

3.3.2.2. ZI 2008/04/0083 - § 129 Abs. 2 BVergG 2006 räumt dem Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ("Ermessen") ein, ob er Angebote von Bietern ausscheidet, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt [...]. Zu beachten ist jedoch, dass § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 eine lex specialis zu § 129 Abs. 2 BVergG 2006 enthält. Die Nichterteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit stellt demnach einen Ausschlussgrund dar. Angebote von Bietern, die gemäß § 68 Abs. 1 BVergG 2006 auszuschließen sind, sind zwingend nach § 129 Abs. 1 Z. 1 BVergG 2006 auszuschneiden. Ein Beurteilungsspielraum ("Ermessen") besteht daher in diesem Fall nicht. 3.3.2.2. ZI 2008/04/0083 - Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 räumt dem Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ("Ermessen") ein, ob er Angebote von Bietern ausscheidet, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt [...]. Zu beachten ist jedoch, dass Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 eine lex specialis zu Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 enthält. Die Nichterteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit stellt demnach einen Ausschlussgrund dar. Angebote von Bietern, die gemäß Paragraph 68, Absatz eins, BVergG 2006 auszuschließen sind, sind zwingend nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 auszuschneiden. Ein Beurteilungsspielraum ("Ermessen") besteht daher in diesem Fall nicht.

3.3.3. Das BVwG hat die Rsp des VwGH zum Thema der antragstellerseitig gebotenen Mitwirkung zu W131 2122826-1/24E dargestellt wie folgt:

Nach stRsp des VwGH besteht in einem nach AVG durchgeführten Verfahren keine Pflicht, Erkundungsbeweise einzuholen, um allenfalls irgendwelche von einem Einschreiter nicht definitiv behauptete Tatsachen möglicher Weise irgendwann zu ermitteln, um danach auf Basis dann evtl ermittelter Tatsachen vielleicht eine für den Einschreiter bessere Tatsachenlage feststellen zu können.

Derart hat der VwGH zB zu ZI93/03/0256 ausgeführt wie folgt:

... Insoweit die Beschwerdeführer schließlich die Auffassung vertreten, durch die Beiziehung "entsprechender Sachverständiger" wäre es möglich gewesen, nachzuweisen, dass [...] nicht mehr anzunehmen sei, begehren sie einen unzulässigen Erkundungsbeweis.

...

Siehe insoweit zB auch noch VwGH Zlen2007/02/0018, ZI83/03/0357; ZI2004/06/0008 und 99/03/0418.

Damit korrespondierend verlangt § 322 Abs 1 BVergG, der vor dem Hintergrund eines unionsrechtlich gebotenen raschen Nachprüfungsverfahrens iSv Art 1 RL 89/665/EWG idgF zu sehen ist, von einem Antragsteller die definitive Behauptung eines bestimmten maßgeblichen Sachverhalts, das Vorbringen einer aus dem Sachverhalt abgeleiteten Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung des Auftraggebers und die Bezeichnung bestimmter subjektiver Rechte des Antragstellers, in denen sich dieser verletzt erachtet. Damit korrespondierend verlangt Paragraph 322, Absatz eins, BVergG, der vor dem Hintergrund eines unionsrechtlich gebotenen raschen Nachprüfungsverfahrens iSv Artikel eins, RL 89/665/EWG idgF zu sehen ist, von einem Antragsteller die definitive Behauptung eines bestimmten maßgeblichen Sachverhalts, das Vorbringen einer aus dem Sachverhalt abgeleiteten Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung des

Auftraggebers und die Bezeichnung bestimmter subjektiver Rechte des Antragstellers, in denen sich dieser verletzt erachtet.

3.3.4. Das BVwG hat die Rsp des VwGH zum Thema der Bestätigung einer Ausscheidensentscheidung, wenn diese im Ergebnis zutreffend ist, in W131 2124258-2/12E zusammengefasst ausgeführt wie folgt:

Rücksichtlich der Frage der (Nicht-) Begrenzung der Vergabekontrolle an auftraggeberseitig angegebene (va rechtliche) Entscheidungsbegründung ist vorerst an § 325 Abs 1 Z 2 BVergG und danach an VwGH ZI 2008/04/0109 zu erinnern. Rücksichtlich der Frage der (Nicht-) Begrenzung der Vergabekontrolle an auftraggeberseitig angegebene (va rechtliche) Entscheidungsbegründung ist vorerst an Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG und danach an VwGH ZI 2008/04/0109 zu erinnern.

Im letztgenannten VwGH - Erk findet sich folgende hier einschlägige Passage:

[...] Die beschwerdeführende Partei geht somit davon aus, die Vergabekontrollbehörde müsse die angefochtene Entscheidung eines Auftraggebers schon dann aufheben, wenn diese Entscheidung vom Auftraggeber (bloß) fehlerhaft begründet sei, und zwar selbst dann, wenn diese Entscheidung, [...], mit den maßgebenden Vorschriften des Vergaberechts im Einklang steht.

Mit dem genannten Vorbringen übersieht die beschwerdeführende Partei, dass ein Unternehmer gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 nur die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren "Entscheidung" wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann. Die Vergabekontrollbehörde hat die "Entscheidung" des Auftraggebers gemäß § 325 Abs 1 BVergG 2006 nur dann für nichtig zu erklären, wenn (Z 1) sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und (Z 2) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Mit dem genannten Vorbringen übersieht die beschwerdeführende Partei, dass ein Unternehmer gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 nur die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren "Entscheidung" wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann. Die Vergabekontrollbehörde hat die "Entscheidung" des Auftraggebers gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 nur dann für nichtig zu erklären, wenn (Ziffer eins,) sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und (Ziffer 2,) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Daher ist Voraussetzung für eine Nichtigerklärung gemäß § 325 BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der "Entscheidung" des Auftraggebers (gegenständlich somit gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung). Umgekehrt hat die Nichtigerklärung zu unterbleiben, wenn die "Entscheidung" des Auftraggebers mit den Rechtsvorschriften im Einklang steht. Eine (bloß) unzutreffende Begründung der Entscheidung des Auftraggebers reicht daher für eine Nichtigerklärung nicht aus. Daher ist Voraussetzung für eine Nichtigerklärung gemäß Paragraph 325, BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der "Entscheidung" des Auftraggebers (gegenständlich somit gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 die Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung). Umgekehrt hat die Nichtigerklärung zu unterbleiben, wenn die "Entscheidung" des Auftraggebers mit den Rechtsvorschriften im Einklang steht. Eine (bloß) unzutreffende Begründung der Entscheidung des Auftraggebers reicht daher für eine Nichtigerklärung nicht aus.

Im vorliegenden Fall kann der belangten Behörde somit nicht entgegen getreten werden, wenn sie ausgehend davon, dass die Widerrufsentscheidung aus anderen als den von der mitbeteiligten Auftraggeberin genannten Gründen rechtmäßig sei, den Nachprüfungsantrag der beschwerdeführenden Partei abgewiesen hat.

Vor diesem Hintergrund durfte das BVwG die Ausscheidensentscheidung des [...] zu Lasten der Antragstellerin auch dann bestätigen, wenn sich die rechtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Ausscheidens beim BVwG und zuvor beim [...] unterscheidet.

Die rechtliche Beurteilung des BVwG beruht nämlich insb auch auf genau jenem der Antragstellerin in der Ausscheidensentscheidung angelasteten Tatsachenkomplex, der einen der [...] Ausscheidensgründe gemäß Ausscheidensentscheidung trägt.

3.4. Die vorstehenden gesetzlichen Bestimmungen bzw dargestellten Rechtsanwendungsmaximen gemäß der Rsp des VwGH bedeuten nunmehr angewendet auf den hier zu entscheidenden Vergabestreit wie folgt:

3.4.1. Wenn der VwGH zu ZI 2010/04/0066 zwecks Begriffsinhaltsermittlung iZm Ausschreibungsbegriffen nur dann die

Bestellung eines Sachverständigen verlangt, wenn sich der fragliche Begriffsinhalt weder Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch noch unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen lässt, und gegenständlich zentral strittig ist, ob jener Sachverständige, der die Feuerschutzarbeiten während der Ausführung begleitend überprüfen soll, gleichzeitig auch der auftragsdurchführende Bieter sein kann, so ist im gegenständlichen Einzelfall auf Basis des Ausschreibungsinhalts keine Beiziehung eines Sachverständigen gemäß § 52 AVG zur Klärung dieser Auslegungsfrage notwendig. 3.4.1. Wenn der VWGH zu ZI2010/04/0066 zwecks Begriffsinhaltsermittlung iZm Ausschreibungsbegriffen nur dann die Bestellung eines Sachverständigen verlangt, wenn sich der fragliche Begriffsinhalt weder Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch noch unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen lässt, und gegenständlich zentral strittig ist, ob jener Sachverständige, der die Feuerschutzarbeiten während der Ausführung begleitend überprüfen soll, gleichzeitig auch der auftragsdurchführende Bieter sein kann, so ist im gegenständlichen Einzelfall auf Basis des Ausschreibungsinhalts keine Beiziehung eines Sachverständigen gemäß Paragraph 52, AVG zur Klärung dieser Auslegungsfrage notwendig.

Wenn nämlich die LV - Position 832001 eine begleitende Überprüfung der Ausführung der Feuerschutzarbeiten verlangt und nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sich niemand selbst begleiten kann, sondern Begleiteter und Begleitender immer zwei verschiedene Rechtssubjekte sind, scheidet es aus, dass sich die Antragstellerin bei den von ihr im Austragsfall auszuführenden Feuerschutzarbeiten selbst begleitend überprüfen könnte. Objektiv redlich ist aus dem Passus der begleitenden Überprüfung der Ausführung damit zusammenfassend jedenfalls zu schlussfolgern, dass die BIG mit dieser Ausschreibungspassage sicherstellen wollte, dass ein Vertragspartner des Auftragnehmers (Werkvertragspartner bzw. allenfalls auch echter oder freier Dienstnehmer), der gerade nicht selbst die beauftragten Feuerschutzarbeiten namens des Auftragnehmers ausführt, begleitend zu dem von ihm verschiedenen ausführenden Unternehmer (-personal) die sach- und fachgerechte Ausführung der hier betreffend ein Schulgebäude ausgeschrieben Leistungen prüft.

Damit scheidet jedenfalls bei der LV - Position 832001 aus, dass sich die Antragstellerin, die nach den Verfahrensergebnissen diese Feuerschutzarbeiten - als Teil der ausgeschrieben Leistungen - erbringen wollte, selbst begleitend bei der eigenen Ausführung überprüft.

3.4.2. Strittig ist weiters idZ, ob der Sachverständige iSd streitgegenständlichen LV - Positionen iZm Feuerschutzarbeiten zwingend eine natürliche Person sein muss.

In den unangefochten gebliebenen Ausschreibungsunterlagen war ein Formular "Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern" enthalten, in welches ein Bieter unter Angabe der LV - Positionsnummer anzugeben hatte, welchen handelsrechtlichen Firmenwortlaut und Standort der Subunternehmer hätte.

In der bestandfesten Ausschreibungsunterlage wird sohin für einen Subunternehmer jedenfalls einmal ein handelsrechtlicher Firmenwortlaut vorausgesetzt. Solche handelsrechtlichen Firmenwortlaute weisen nunmehr im Firmenbuch eingetragene natürliche Unternehmen, jedenfalls aber auch juristische Personen wie GmbHs auf, § 15 UGB. In der bestandfesten Ausschreibungsunterlage wird sohin für einen Subunternehmer jedenfalls einmal ein handelsrechtlicher Firmenwortlaut vorausgesetzt. Solche handelsrechtlichen Firmenwortlaute weisen nunmehr im Firmenbuch eingetragene natürliche Unternehmen, jedenfalls aber auch juristische Personen wie GmbHs auf, Paragraph 15, UGB.

3.4.2.1. Vorgebracht wurde insb bereits von der ASt im Nachprüfungsantrag, dass die Ausschreibung gegenständlich derart zu verstehen wäre, dass der in den LV - Positionen 832001 und 832002 verwendete Sachverständigenbegriff dahin auszulegen wäre, dass damit ein Sachverständiger nach § 1299 ABGB und gerade kein solcher iSd Sachverständigen- und Dolmetschgesetzes (SDG) zu verstehen wäre. 3.4.2.1. Vorgebracht wurde insb bereits von der ASt im Nachprüfungsantrag, dass die Ausschreibung gegenständlich derart zu verstehen wäre, dass der in den LV - Positionen 832001 und 832002 verwendete Sachverständigenbegriff dahin auszulegen wäre, dass damit ein Sachverständiger nach Paragraph 1299, ABGB und gerade kein solcher iSd Sachverständigen- und Dolmetschgesetzes (SDG) zu verstehen wäre.

§ 1 Abs 1 SDG lautet: Dieses Bundesgesetz bezieht sich auf die allgemeine Beeidigung und Zertifizierung von Sachverständigen und Dolmetschern für ihre Tätigkeit vor Gerichten und auf ihre Erfassung in Listen (in der elektronischen Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher sowie in den Listen der allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen für nur einen Bezirksgerichtssprengel). Paragraph

eins, Absatz eins, SDG lautet: Dieses Bundesgesetz bezieht sich auf die allgemeine Beeidigung und Zertifizierung von Sachverständigen und Dolmetschern für ihre Tätigkeit vor Gerichten und auf ihre Erfassung in Listen (in der elektronischen Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und Dolmetscher sowie in den Listen der allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen für nur einen Bezirksgerichtssprengel).

Damit ist der Ast im Ergebnis zugestehen, dass die Ausschreibung gegenständlich iZm den "Sachverständigen für den Bereich - vorbeugender baulicher Brandschutz" objektiv redlich keine Sachverständigen gemeint hat, die nach dem SDG beeidigt bzw zertifiziert sind, denn in einem solchen Fall wäre zu erwarten gewesen, dass die BIG insoweit genauere Ausschreibungsregelungen iZm dem SDG in die Ausschreibung aufgenommen hätte, insb zB welcher Fachgruppe bzw welchem Fachgebiet isd § 3a SDG der Sachverständige anzugehören hätte. Zudem würde es insoweit gesetzesdiskonform unsachlich sein, in der gleichen Ausschreibung beim Subunternehmererklärungsformular gleichzeitig den handelsrechtlichen Firmenwortlaut zu verlangen, obwohl gerichtsnotorisch viele Sachverständige nach dem SDG keinen solchen haben. Damit ist der Ast im Ergebnis zugestehen, dass die Ausschreibung gegenständlich iZm den "Sachverständigen für den Bereich - vorbeugender baulicher Brandschutz" objektiv redlich keine Sachverständigen gemeint hat, die nach dem SDG beeidigt bzw zertifiziert sind, denn in einem solchen Fall wäre zu erwarten gewesen, dass die BIG insoweit genauere Ausschreibungsregelungen iZm dem SDG in die Ausschreibung aufgenommen hätte, insb zB welcher Fachgruppe bzw welchem Fachgebiet isd Paragraph 3 a, SDG der Sachverständige anzugehören hätte. Zudem würde es insoweit gesetzesdiskonform unsachlich sein, in der gleichen Ausschreibung beim Subunternehmererklärungsformular gleichzeitig den handelsrechtlichen Firmenwortlaut zu verlangen, obwohl gerichtsnotorisch viele Sachverständige nach dem SDG keinen solchen haben.

3.4.2.2. Nicht zuzustimmen ist der Ast allerdings, wenn sie vorbringt, die fraglichen Ausschreibungsbestimmungen iZm den Feuerschutzarbeiten würden einen Sachverständigen iSd § 1299 ABGB verlangen. 3.4.2.2. Nicht zuzustimmen ist der Ast allerdings, wenn sie vorbringt, die fraglichen Ausschreibungsbestimmungen iZm den Feuerschutzarbeiten würden einen Sachverständigen iSd Paragraph 1299, ABGB verlangen.

Letztgenannte Schadenersatzbestimmung wird nach der hM, siehe dazu zB Karner in KBB4 § 1299 Rz 5 dahin verstanden, dass ein Sachverständiger dann vorliegt, wenn er sich zu einer Kunst, einem Amt, einem Gewerbe oder aber Handwerk bekennt, das besonderes Fachwissen bzw Können voraussetzt, ohne dass es zwecks der gemäß § 1299 ABGB haftungsbegründenden Sachverständigeneigenschaft darauf ankäme, dass der sich insoweit "Bekennende" tatsächlich über jenes Fachwissen bzw besondere Können verfügt, zu dem er sich bekannt hat. Letztgenannte Schadenersatzbestimmung wird nach der hM, siehe dazu zB Karner in KBB4 Paragraph 1299, Rz 5 dahin verstanden, dass ein Sachverständiger dann vorliegt, wenn er sich zu einer Kunst, einem Amt, einem Gewerbe oder aber Handwerk bekennt, das besonderes Fachwissen bzw Können voraussetzt, ohne dass es zwecks der gemäß Paragraph 1299, ABGB haftungsbegründenden Sachverständigeneigenschaft darauf ankäme, dass der sich insoweit "Bekennende" tatsächlich über jenes Fachwissen bzw besondere Können verfügt, zu dem er sich bekannt hat.

Entsprechend zB VwGH ZI Ra 2015/04/0017 sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Vor dem Hintergrund der Vermeidung von Feuergefahren iZm den strittigen Leistungen in einem Schulgebäude der BIG, in dem letztlich der Staat Verantwortung für Lehrer und Schüler hinsichtlich Gebäudesicherheit übernimmt, kann nach Senatsauffassung der Sachverständigenbegriff der strittigen Ausschreibungsbestimmungen objektiv redlich gesetzeskonform nur dahin verstanden werden, dass unter einem Sachverständigen insoweit ein Rechtssubjekt gemeint ist, das tatsächlich über besonderes Fachwissen bzw Können im Bereich des vorbeugenden baulichen Brandschutzes verfügt, damit gerade dieses insoweit besonders qualifiziert ausgestattete Rechtssubjekt zum einen die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Feuerschutzarbeiten während der Ausführung begleitend überprüfen kann und zum anderen danach nach Fertigstellung auch abschließend überprüfen kann; und schließlich auf Grund des besonderen Fachwissens die ordnungsgemäße Ausführung der Feuerschutzarbeiten gutachterlich bestätigen kann. Siehe insoweit vergleichend ident den Sachverständigen zB iSd § 52 AVG als jemand, der tatsächlich über besonderes Fachwissen in einem bestimmten Bereich verfügt und damit Schlüsse aus bereits bekannten oder erst zu erhebenden Tatsachen ziehen kann; siehe insoweit vergleichbar zB Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵, 199. Entsprechend zB VwGH ZI Ra 2015/04/0017 sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Vor dem Hintergrund der Vermeidung von Feuergefahren iZm den strittigen Leistungen in einem Schulgebäude der BIG, in dem letztlich der Staat Verantwortung für Lehrer und Schüler

hinsichtlich Gebäudesicherheit übernimmt, kann nach Senatsauffassung der Sachverständigenbegriff der strittigen Ausschreibungsbestimmungen objektiv redlich gesetzeskonform nur dahin verstanden werden, dass unter einem Sachverständigen insoweit ein Rechtssubjekt gemeint ist, das tatsächlich über besonderes Fachwissen bzw Können im Bereich des vorbeugenden baulichen Brandschutzes verfügt, damit gerade dieses insoweit besonders qualifiziert ausgestattete Rechtssubjekt zum einen die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Feuerschutzarbeiten während der Ausführung begleitend überprüfen kann und zum anderen danach nach Fertigstellung auch abschließend überprüfen kann; und schließlich auf Grund des besonderen Fachwissens die ordnungsgemäße Ausführung der Feuerschutzarbeiten gutachterlich bestätigen kann. Siehe insoweit vergleichend ident den Sachverständigen zB iSd Paragraph 52, AVG als jemand, der tatsächlich über besonderes Fachwissen in einem bestimmten Bereich verfügt und damit Schlüsse aus bereits bekannten oder erst zu erhebenden Tatsachen ziehen kann; siehe insoweit vergleichbar zB Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵, 199.

3.4.2.3. Insoweit nunmehr die ASt zwecks Begründung der Ausscheidensnotwendigkeit ua auch der MB vorbringt, der Sachverständige iSd LV - Positionen 832001 und 832002 müsse -mitunter - zwingend eine natürliche Person sein, ist voranzustellen, dass ich die ASt damit in Widerspruch zu ihrem eigenen Vorbringen setzt, wonach sie die strittige begleitende Kontrolle (= "Überprüfung") und abschließende gutachterliche Ausführungsbestätigung gleichfalls in Eigenleistung erbringen wollte, obwohl die ASt selbst eine GmbH ist.

Der erkennenden Senat geht rücksichtlich der Frage, welche Rechtsform, also entweder natürliche und/oder juristische Person, der Sachverständige iSd fraglichen LV - Positionen ausweisen kann, davon aus, dass sich dieser Sachverständigenbegriff in einer Ausschreibungsunterlage befindet, also in einer vorvertraglichen Willenserklärung der BIG, die nachmalig im Auftragsfalle inhaltlicher Bestimmungsgrund des vertraglichen Schuldverhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sein soll. Es geht insoweit um eine vorvertragliche Erklärung, an Hand welcher von einem öffentlichen Auftraggeber, also vom Staat iW, der Zugang zu erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten geregelt wird.

Wenn natürliche und juristische Personen Grundrechtsträger der Rechte auf Unverletzlichkeit des Eigentums und der Erwerbsausübungsfreiheit sind, siehe insoweit zur Grundrechtsträgereigenschaft und zum weiten, sämtliche privaten Vermögenspositionen umfassenden Eigentumsbegriff jeweils mwN zB Mayer/Muzak, B-VG5 Art 5 StGG Anm I. und II. bzw Art 6 StGG Anm I.1., führt das Gebot der gesetzeskonformen und damit umso mehr verfassungsgesetzkonformen Interpretation von Ausschreibungen iSv VwGH ZI Ra 2015/04/0017 dazu, dass Ausschreibungen von dem Staat iW zurechenbaren öffentlichen Auftraggebern grundrechtskonform im Zweifel so auszulegen sind, dass sie die jeweiligen Grundrechte im Zweifel möglichst weitreichend gewährleisten bzw möglichst wenig beeinträchtigen. Wenn natürliche und juristische Personen Grundrechtsträger der Rechte auf Unverletzlichkeit des Eigentums und der Erwerbsausübungsfreiheit sind, siehe insoweit zur Grundrechtsträgereigenschaft und zum weiten, sämtliche privaten Vermögenspositionen umfassenden Eigentumsbegriff jeweils mwN zB Mayer/Muzak, B-VG5 Artikel 5, StGG Anmerkung römisch eins. und römisch zwei. bzw Artikel 6, StGG Anmerkung römisch eins.1., führt das Gebot der gesetzeskonformen und damit umso mehr verfassungsgesetzkonformen Interpretation von Ausschreibungen iSv VwGH ZI Ra 2015/04/0017 dazu, dass Ausschreibungen von dem Staat iW zurechenbaren öffentlichen Auftraggebern grundrechtskonform im Zweifel so auszulegen sind, dass sie die jeweiligen Grundrechte im Zweifel möglichst weitreichend gewährleisten bzw möglichst wenig beeinträchtigen.

Würde man gegenständlich die Auffassung vertreten, dass eine juristische Person wie zB ein technisches Büro mit einem Tätigkeitsbereich im Brandschutz, das in der Rechtsform einer GmbH am Markt auftritt, seine Leistungen zB als Subunternehmer nicht am Markt platzieren dürfte, so würde man die Verfassungsrechte dieses technischen Büros im aufgezeigten Sinn unsachlich unangemessen beeinträchtigen, gleichwie insoweit der freie Wettbewerb iSd § 19 Abs 1 BVergG zwischen natürlichen und juristischen Personen unsachlich beeinträchtigt würde. Würde man gegenständlich die Auffassung vertreten, dass eine juristische Person wie zB ein technisches Büro mit einem Tätigkeitsbereich im Brandschutz, das in der Rechtsform einer GmbH am Markt auftritt, seine Leistungen zB als Subunternehmer nicht am Markt platzieren dürfte, so würde man die Verfassungsrechte dieses technischen Büros im aufgezeigten Sinn unsachlich unangemessen beeinträchtigen, gleichwie insoweit der freie Wettbewerb iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG zwischen natürlichen und juristischen Personen unsachlich beeinträchtigt würde.

Der erkennende Senat sieht sich damit im Einklang mit den Rechtsgrundsätzen der Eigentums- und Erwerbsausübungsfreiheit und dem Grundsatz des freien Wettbewerbs, wenn er davon ausgeht, dass die gegenständliche Ausschreibung im Punkte des Sachverständigenbegriffs bei den LV - Positionen 832001 und 832002

dahin auszulegen ist, dass sowohl natürliche als auch juristische Personen, die entsprechendes Wissen im Bereich des vorbeugenden baulichen Brandschutzes in ihrem Unternehmen prästieren, vertraglich durch den Auftragnehmer gebunden werden können, um letztlich die Leistungen gemäß den LV - Positionen 832001 und 832002 als Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers gemäß § 1313a ABGB gegenüber dem Auftraggeber erbringen zu können. Der erkennende Senat sieht sich damit im Einklang mit den Rechtsgrundsätzen der Eigentums- und Erwerbsausübungsfreiheit und dem Grundsatz des freien Wettbewerbs, wenn er davon ausgeht, dass die gegenständliche Ausschreibung im Punkte des Sachverständigenbegriffs bei den LV - Positionen 832001 und 832002 dahin auszulegen ist, dass sowohl natürliche als auch juristische Personen, die entsprechendes Wissen im Bereich des vorbeugenden baulichen Brandschutzes in ihrem Unternehmen prästieren, vertraglich durch den Auftragnehmer gebunden werden können, um letztlich die Leistungen gemäß den LV - Positionen 832001 und 832002 als Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers gemäß Paragraph 1313 a, ABGB gegenüber dem Auftraggeber erbringen zu können.

3.5. Das Vorstehende nunmehr zur Beurteilung der hier zu entscheidenden Nichtigkeitsklagenbegehren angewendet, für nunmehr zu nachstehendem Ergebnis:

3.5.1. Punkt 832001 der streitigen Ausschreibungsunterlage schließt rücksichtlich seines Erfordernisses einer begleitenden Überprüfung der Ausführung durch einen entsprechenden Sachverständigen aus, dass sich die insoweit ausführende Bieterin, die Begleitete, selbst gleichzeitig als Begleitende überprüft, da insoweit objektiv redlich Begleitende und Begleitete eine getrennte Rechtssubjektivität haben müssen.

Wenn das Gesetz in § 69 Z 1 BVergG das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit beim offenen Vergabeverfahren bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung voraussetzt und § 123 Abs 2 Z 2 die BIG zur Prüfung der Einhaltung auch des § 69 Z 1 BVergG verpflichtet, wird evident, dass die BIG nach dem Vorhaltemail ihres Angebotsprüfers an die ASt und dem Antwortmail der ASt vom 09.03. noch nicht jene Informationen von der ASt erhalten hatte, die sie in die Lage versetzt hätten, zu prüfen, ob die technische Leistungsfähigkeit bei der ASt ab dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgelegen haben. Wenn das Gesetz in Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit beim offenen Vergabeverfahren bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung voraussetzt und Paragraph 123, Absatz 2, Ziffer 2, die BIG zur Prüfung der Einhaltung auch des Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG verpflichtet, wird evident, dass die BIG nach dem Vorhaltemail ihres Angebotsprüfers an die ASt und dem Antwortmail der ASt vom 09.03. noch nicht jene Informationen von der ASt erhalten hatte, die sie in die Lage versetzt hätten, zu prüfen, ob die technische Leistungsfähigkeit bei der ASt ab dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorgelegen haben.

Die Nicht - Offenlegung durch die ASt gegenüber der AG, dass die technische Leistungsfähigkeit iZm den LV - Positionen 832001 und 832002 nach ASt - Auffassung von 11.02.2016 bis 08.03.2016 durch den Geschäftsführer der ASt und erst danach ab 08.03.2016 durch Herrn Ing LLL gewährleistet sein sollte, erscheint damit in dem vom Vertrauensschutzerofordernis geprägten objektiv redlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr spätestens seit dem geschilderten Vorhaltemail namens der AG vom 04.03.2016 als ein Nichterteilen von für die AG zwecks Angebotsprüfung erforderlichen Informationen in erheblichem Ausmaß, dies als Ausschlussgrund iSv § 68 Abs 1 Z 7 BVergG. Die Nicht - Offenlegung durch die ASt gegenüber der AG, dass die technische Leistungsfähigkeit iZm den LV - Positionen 832001 und 832002 nach ASt - Auffassung von 11.02.2016 bis 08.03.2016 durch den Geschäftsführer der ASt und erst danach ab 08.03.2016 durch Herrn Ing LLL gewährleistet sein sollte, erscheint damit in dem vom Vertrauensschutzerofordernis geprägten objektiv redlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr spätestens seit dem geschilderten Vorhaltemail namens der AG vom 04.03.2016 als ein Nichterteilen von für die AG zwecks Angebotsprüfung erforderlichen Informationen in erheblichem Ausmaß, dies als Ausschlussgrund iSv Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG.

Da der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 1 wegen Realisierung des vorausgezeigten Ausschlussgrunds gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG zwingend ist; und insoweit nicht vorab von der AG nicht weitere konkrete unzweideutige Aufklärungsfragen der BIG iSd Erfordernisses des § 129 Abs 2 BVergG gestellt werden mussten, erscheint die angefochtene Ausscheidensentscheidung als im Ergebnis richtig iSv VwGH ZI 2008/04/0109. Das Nichtigkeitsklagenbegehren gegen die Ausscheidensentscheidung war daher gemäß § 325 Abs 1 Z 2 abzuweisen. Da der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer eins, wegen Realisierung des vorausgezeigten Ausschlussgrunds gemäß Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend ist; und insoweit nicht vorab von der AG nicht weitere konkrete unzweideutige Aufklärungsfragen der BIG iSd Erfordernisses des Paragraph 129, Absatz 2,

BVergG gestellt werden mussten, erscheint die angefochtene Ausscheidensentscheidung als im Ergebnis richtig iSv VwGH ZI 2008/04/0109. Das Nichtigerklärungsbegehren gegen die Ausscheidensentscheidung war daher gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, abzuweisen.

Dieses Ergebnis erscheint generell auch sachlich gerechtfertigt, da die BIG gemäß §§ 19 und auch 129 Abs 1 Z 2 BVergG Zuverlässigkeit von ihren Bietern und nachmaligen potentiellen Auftragnehmern verlangen darf und insoweit objektiv redlich erwarten konnte, dass die gegenständliche ASt nach dem mail vom 04.03.2016 jene Tatsachen vollständig offen legt, die die BIG ab 09.03.2016 in die Lage versetzt hätten, die Eignung und insb technische Leitungsfähigkeit der ASt gemäß § 69 Z 1 BVerG zu prüfen. Die ASt hat ihrerseits aber erst nach einer weiteren Nachfrage vom 10.03 den Beschäftigungsbeginn ihres Arbeitnehmers Ing LLL mit 08.03.2016 bekannt gegeben, jedoch vor der Ausscheidensentscheidung nicht offengelegt hat, wer zwischen 11.02.2016 und 08.03.2016 der diesbezügliche Sachverständige zB bei der LV - Position 832001 sein hätte sollen. Dieses Ergebnis erscheint generell auch sachlich gerechtfertigt, da die BIG gemäß Paragraphen 19 und auch 129 Absatz eins, Ziffer 2, BVergG Zuverlässigkeit von ihren Bietern und nachmaligen potentiellen Auftragnehmern verlangen darf und insoweit objektiv redlich erwarten konnte, dass die gegenständliche ASt nach dem mail vom 04.03.2016 jene Tatsachen vollständig offen legt, die die BIG ab 09.03.2016 in die Lage versetzt hätten, die Eignung und insb technische Leitungsfähigkeit der ASt gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVerG zu prüfen. Die ASt hat ihrerseits aber erst nach einer weiteren Nachfrage vom 10.03 den Beschäftigungsbeginn ihres Arbeitnehmers Ing LLL mit 08.03.2016 bekannt gegeben, jedoch vor der Ausscheidensentscheidung nicht offengelegt hat, wer zwischen 11.02.2016 und 08.03.2016 der diesbezügliche Sachverständige zB bei der LV - Position 832001 sein hätte sollen.

Bei diesem Ergebnis kann dahinstehen, ob die ASt einen Ausschlussgrund zB auch deshalb zu verantworten hätte, weil sie mangels Benennung ihres (in wirtschaftlicher Betrachtungsweise) Gesellschafter - Geschäftsführers Ing EEE als Subunternehmer (samt diesbezüglichem Ausfüllen eines Subunternehmergenehmigungsantrags gemäß Ausschreibung) im Bereich der LV -Positionen 832001 und 832002 ein weiteres Mal eignungsrelevante Auskünfte im Bereich der technischen Leistungsfähigkeit unterlassen haben könnte - § 39 Abs 3 AVG iVm § 17 VwGVG. Bei diesem Ergebnis kann dahinstehen, ob die ASt einen Ausschlussgrund zB auch deshalb zu verantworten hätte, weil sie mangels Benennung ihres (in wirtschaftlicher Betrachtungsweise) Gesellschafter - Geschäftsführers Ing EEE als Subunternehmer (samt diesbezüglichem Ausfüllen eines Subunternehmergenehmigungsantrags gemäß Ausschreibung) im Bereich der LV -Positionen 832001 und 832002 ein weiteres Mal eignungsrelevante Auskünfte im Bereich der technischen Leistungsfähigkeit unterlassen haben könnte - Paragraph 39, Absatz 3, AVG in Verbindung mit Paragraph 17, VwGVG.

In gleicher Weise musste nicht mehr geprüft werden, ob die ASt allenfalls auch deshalb zwingend auszuscheiden gewesen sein könnte, weil sie allenfalls ausschreibungswidrig entgegen der Ö-Norm B2061 kalkuliert gehabt haben könnte oder weil sie zB bei den LV - Positionen 832001 und 832002 bei den dortigen Pauschalpreisangaben jeweils Lohnkosten in der Höhe von Null ausgepreist hat, was wiederum ein Indiz dafür sein könnte, dass die ASt insoweit keine Arbeitnehmerkosten angesetzt hat, wohingegen die ASt mit ihrem mail vom 09.03.2016 Ing LLL als Arbeitnehmer iZm den diesbezüglichen LV - Positionen als den darin geforderten "Sachverständigen" benannt hat.

3.5.2. Da die ASt einen Ausscheidensgrund zu Lasten der in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen MB letztlich - wenn überhaupt ohne Erkundungsbeweischarakter - nur deshalb behauptet, weil der Sachverständige iSd LV - Positionen 832001 und 832002 keine juristische Person, sein dürfte, sondern ein Sachverständiger nach SDG sein müsste, ist auf die oben stehenden Ausführungen zur gebotenen (verfassungs-) gesetzeskonformen Interpretation hinzuweisen, wonach bei der gegenständlichen Ausschreibungsunterlage ein Sachverständiger gemäß den strittigen LV - Positionen auch eine juristische Person zB im Bereich eines einschlägig befugten und tätigen Technischen Büros sein kann.

Da insoweit kein weiterer definitiver Ausscheidensgrund zu Lasten der MB behauptet worden ist, (insb zB auch nicht, dass die letztlich namentlich in der Verhandlung offen gelegte Subunternehmerin der MB fachlich nicht geeignet wäre,) liegt gegenständlich kein Sachverhalt vor, der Anlass dazu gäbe, weitere Ermittlungen dahin durchzuführen, ob andere Bieterinnen als die ASt allenfalls auszuscheiden wären und daher die Zuschlagsentscheidung iSv EuGH Rs C-100/12 und C-689/13 nichtig zu erklären wäre. Das BVwG ist eben entsprechend der in BVwG W131 2122826-1/24E dargestellten VwGH - Rsp insb in einem möglichst raschen Nachprüfungsverfahren nicht verpflichtet, eigeninitiativ und ohne definitives Parteivorbringen Ermittlungsschritte zu setzen, die allenfalls günstige Tatsachenergebnisse zu

Gunsten einer Partei zeitigen könnten.

3.6. Da gegenständlich wie aufgezeigt kein definitiv behaupteter Ausscheidensgrund zu Lasten der MB erweislich war, ist der Vollständigkeit halber noch darauf hinweisen, dass eine allenfalls als zu gering beurteilte Begründung der Zuschlagsentscheidung, wie schriftsatzmäßig einmal releviert, in Relation zum Individualrechtsschutzanspruch der ASt nicht von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens wäre. Die ASt käme beim aktuellen Tatsachenstand mit oder auch ohne weitere Zuschlagsentscheidungsbegründung nicht für den Zuschlag in Betracht und kann daher durch eine allfällig zu geringe Begründung nicht in ihren subjektiven rechten iSv § 322 Abs 1 Z 5 BVergG verletzt sein. 3.6. Da gegenständlich wie aufgezeigt kein definitiv behaupteter Ausscheidensgrund zu Lasten der MB erweislich war, ist der Vollständigkeit halber noch darauf hinweisen, dass eine allenfalls als zu gering beurteilte Begründung der Zuschlagsentscheidung, wie schriftsatzmäßig einmal releviert, in Relation zum Individualrechtsschutzanspruch der ASt nicht von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens wäre. Die ASt käme beim aktuellen Tatsachenstand mit oder auch ohne weitere Zuschlagsentscheidungsbegründung nicht für den Zuschlag in Betracht und kann daher durch eine allfällig zu geringe Begründung nicht in ihren subjektiven rechten iSv Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG verletzt sein.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

3.7. Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. 3.7. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG gegenständlich unzulässig, weil das BVwG auf den vorliegenden Sachverhalt die oben aufgezeigten Rsp - Linien des VwGH einzelfallbezogen sachverhaltsspezifisch angewendet hat, ohne dass dabei von der einschlägigen als einheitlich zu beurteilenden VwGH - Rsp abgewichen worden wäre. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG gegenständlich unzulässig, weil das BVwG auf den vorliegenden Sachverhalt die oben aufgezeigten Rsp - Linien des VwGH einzelfallbezogen sachverhaltsspezifisch angewendet hat, ohne dass dabei von der einschlägigen als einheitlich zu beurteilenden VwGH - Rsp abgewichen worden wäre.

Schlagworte

Angebotsöffnung, Ausscheiden eines Angebotes,
Ausscheidensentscheidung, Ausscheidensgrund, Befugnis beurteilt am
Auftragsgegenstand, Beschäftigung, bestandfeste Ausschreibung,
Eignung, Eignung zu beurteilen am bestandfesten
Ausschreibungsgegenstand, Fachwissen, Gefahrenabwehr, Kontrolle,
Mitwirkungspflicht, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, Nichtigerklärung der
Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, Sachverständiger,
Subunternehmer, technische Leistungsfähigkeit, verfassungskonforme
Interpretation, Vergabeverfahren, Wettbewerb, Zeitpunkt

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W131.2124054.2.00

Zuletzt aktualisiert am

20.06.2016

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at