

**Entscheidende Behörde**

Bundesvergabeamt

**Entscheidungsdatum**

24.08.2007

**Geschäftszahl**

N/0072-BVA/07/2007-24

**Text**

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Wolfgang Damianisch als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung betreffend Gütertransport- und Übersiedlungsdienstleistungen, GZ 3202.00659 der BBG" der Auftraggeber 1. Republik Österreich (Bund), 2. Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES) 3. Arbeitsmarktservice Österreich (AMS), 4. Bezirkskrankenhaus Lienz, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (BBG), Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 18.7.2007, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 19.7.2007, wie folgt entschieden:

**Spruch**

1. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, im Vergabeverfahren 'Rahmenvereinbarung betreffend Gütertransport und Übersiedlungsdienstleistungen, GZ. 3202.00659 der BBG',
  - a) unsere Angebote betreffend die Lose 1, 2 und 3 auszuschneiden, für nichtig erklären", wird abgewiesen.
2. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, im Vergabeverfahren 'Rahmenvereinbarung betreffend Gütertransport und Übersiedlungsdienstleistungen, GZ. 3202.00659 der BBG'
  - b) die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen
    - aa) in Los 1 mit der ARGE B\*\*\*/C\*\*\* sowie der D\*\*\*, abzuschließen,
    - bb) in Los 3 mit der ARGE B\*\*\*/C\*\*\*, abzuschließen, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.
3. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle die Entscheidung der Auftraggeberin, im Vergabeverfahren 'Rahmenvereinbarung betreffend Gütertransport und Übersiedlungsdienstleistungen, GZ. 3202.00659 der BBG', im vorliegenden Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 1 und 3 nicht mit uns zu kontrahieren, für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.
4. Der auf Ersatz der Pauschalgebühren gerichtete Antrag wird abgewiesen.

**Begründung**

Die Republik Österreich (Bund), die AGES, das AMS und das Bezirkskrankenhaus Lienz, alle vertreten durch die Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden vergebende Stelle), schrieben in einem offenen Verfahren in insgesamt 5 Losen mehrere Rahmenvereinbarungen über Gütertransport- und Übersiedlungsdienstleistungen nach dem Bestbieterprinzip (Zuschlagskriterien Preis und Qualität) in losweise unterschiedlicher Gewichtung aus (vgl. Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter 2007/S 77-094281 vom 20.4.2007). Die Rahmenvereinbarungen sollen für 2 Jahre ab Abschluss gelten mit der Option einer einmaligen Verlängerung auf ein weiteres Jahr. Los 1 betrifft die Vergabe einer Rahmenvereinbarung mit 3 Unternehmern (mit anschließendem erneuten Aufruf zum Wettbewerb) für Großaufträge im gesamten Bundesgebiet, ausgenommen im Großraum Wien.

Los 2 betrifft die Vergabe einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer für Kleinaufträge in NÖ und dem Burgenland, ausgenommen im Großraum Wien.

Los 3 betrifft die Vergabe einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer für Kleinaufträge in der Steiermark und Kärnten.

Gemäß Punkt 6.3.1. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (im Folgenden AAB) muss der Bieter die für die Erbringung der Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweisen. Diese muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung sowie bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist (zweite Stufe) vorliegen. Konkret verlangt Punkt

6.3.1.1 der AAB als Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen für das Los 1 ua die Verfügbarkeit mindestens eines Außenaufzuges bzw einer Scherenbühne und die Verfügbarkeit über mindestens 4 Kfz bis 3,5t HzGg und mindestens 3 Kfz über 3,5t HzGg mit insgesamt 100 Europalettenstellplätzen (120x80cm) und einer Gesamtnutzlast von 20 Tonnen. Punkt 6.3.1.2 der AAB verlangt für die Lose 2-5 ebenfalls die Verfügbarkeit mindestens eines Außenaufzuges sowie die Verfügbarkeit über mindestens 2 Kfz bis 3,5t HzGg und mindestens 1 Kfz über 3,5t HzGg mit insgesamt 35 Europalettenstellplätzen (120x80cm) und einer Gesamtnutzlast von 7 Tonnen. Gemäß Rz 74 der AAB sind die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit in den Losen 2-5 jeweils gleich, müssen aber für jedes Los gesondert nachgewiesen werden. Bezüglich der Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit legt Punkt

6.3.2 der AAB fest, dass der Bieter je angebotenem Los u.a. eine Bestätigung über die Verfügbarkeit von Außenaufzügen (Typenschein), LKWs (Typenschein) beizubringen hat.

Punkt 6 (Eignungskriterien), Subpunkt 6.1 (Allgemeines), Rz 61 der AAB lautet:

"Erstrecken sich Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nur auf einzelne Lose, für die ein Angebot abgegeben wird, und nicht auf alle angebotenen Lose, ist die technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben und das Angebot für alle angebotenen Lose auszuschneiden."

Die A\*\*\* (im Folgenden Antragsteller) legte Angebote zu den Losen 1, 2 und 3 unter Beilage einer umfangreichen Fuhrparkliste - allerdings ohne Typenscheine. Mit e-mail vom 14. Juni 2007 erging an den Antragsteller folgendes Schreiben:

"Sehr geehrter Bieter!

Wir danken für Ihr Angebot zu der im Betreff genannten Ausschreibung. Das Angebot ist leider unvollständig. Wir fordern Sie daher auf, bis spätestens Freitag, den 22. Juni 2007, 10 Uhr (Einlangen in der BBG) die folgenden Nachweise vollständig nachzubringen, widrigenfalls Ihr Angebot ausgeschieden werden muss.

Nachweise über die Verfügbarkeit von 3 Außenaufzügen gemäß AAB RZ 73

Nachweis über die Verfügbarkeit von 10 LKW bis 3,5t und 4 LKW über 3,5t gemäß AAB RZ 73 (Typenschein)

[...]

Hinweis: Ein Eintrag in den Fragebogen ist als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit nicht ausreichend. Bitte legen Sie die jeweils geforderten Belege (Typenschein) bei.

[...]"

Mit e-mail vom 20. Juni 2007 erging an den Antragsteller folgendes Schreiben:

"Sehr geehrter Bieter!

Im Schreiben vom 14.06.2007 zum im Betreff genannten Verfahren ist der vergebenden Stelle leider ein Fehler betreffend die Anzahl der von Ihnen nachgeforderten LKWs unterlaufen und wird hiermit wie folgt berichtigt.

Es wurden fälschlich 10 Nachweise für LKW bis 3,5t gefordert. Tatsächlich fehlen 8. Sie werden somit aufgefordert Nachweise über 8 LKW beizubringen (AAB Rz 73).

Es wurden fälschlich 4 Nachweise für LKW über 3,5t gefordert. Tatsächlich fehlen 5. Sie werden somit aufgefordert Nachweise über 5 LKW beizubringen (AAB Rz 73).

Im Übrigen hält die vergebende Stelle das Schreiben vom 14.06.2007 vollinhaltlich aufrecht.

[...]"

Mit e-mail vom 21. Juni 2007 übermittelte der Antragsteller der vergebenden Stelle Typenscheine zum Nachweis über die Verfügbarkeit der geforderten LKW (mit dem Hinweis, dass die Unternehmensgruppe über weit mehr geeignete Fahrzeuge verfüge, wie anhand der bereits beigebrachten Versicherungsliste ersichtlich sei).

Weiters wurde ein Typenschein für einen Außenaufzug gem AAB RZ 73ff beigelegt, mit dem Hinweis, dass das Unternehmen auch über weitere Außenaufzüge nach dem Stecksystem verfüge, welche allerdings keinem Typisierungsverfahren unterlägen, mit einem diesbezüglichen Datenblatt sowie folgendes Schreiben der E\*\*\* (im Folgenden E\*\*\*):

"[...]

Bezugnehmend auf unser Telefonat bestätigen wir Ihnen, dass unser Unternehmen Ihnen im Wirtschaftsjahr 2007 3 Scherenbühnen zur Verfügung stellt, die Sie jederzeit in ganz Österreich abrufen können.

Desweiteren bestätigen wir, dass diese 3 Scherenbühnen in unserem Eigentum stehen. [...]"

Mit Telefax vom 12.7.2007 wurde dem Antragsteller von der vergebenden Stelle folgendes Schreiben übermittelt:

"Ausscheiden Ihres Angebotes!

Sehr geehrter Bieter!

Sie haben zu der von der Bundesbeschaffung GmbH im Namen und auf Rechnung der Republik Österreich, der AGES, des AMS und des Bezirkskrankenhauses Lienz durchgeführten Ausschreibung betreffend Gütertransport- und Übersiedlungsdienstleistungen ein Angebot gelegt.

Die Prüfung Ihres Angebotes hat bedauerlicherweise ergeben, dass gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2006 wesentliche Kriterien der geforderten Leistungsfähigkeit nicht erfüllt bzw. nachgewiesen wurden. Es wurden insbesondere zu wenige Außenaufzüge nachgewiesen.

Diese Mängel wurden trotz Aufforderung zur Mängelbehebung mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 14.06.2007 nicht behoben. Die von Ihnen nachträglich beigelegte Erklärung der Firma E\*\*\* ist als Nachweis der geforderten Außenaufzüge nicht ausreichend, da diese im Angebot nicht als Unternehmer bekannt gegeben wurde (vgl. AAB Rz 52). Gemäß § 69 Z 1 BVergG und der Festlegung in den AAB, Rz 56 muss die Eignung des Bieters spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls der Bieter ausgeschlossen wird. Die Eignung ist in den Angeboten durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsunterlagen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen) darzutun und zu belegen, insbesondere auch betreffend allenfalls in Frage kommender Subunternehmer (vgl. AAB, Punkt 5.2). Ein Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Dritte ist demnach nur möglich, wenn diese im Angebot als Subunternehmer genannt werden und ihre Leistungsfähigkeit entsprechend nachgewiesen wird (vgl. AAB Punkt 5.2 Rz 49ff). Ihr Angebot kann aus dem oben genannten Grund nicht weiter berücksichtigt werden, und ist daher gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden.

Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung

"[...]"

Mit Schriftsatz vom 18.7.2007 stellte der Antragsteller die im Spruch wiedergegebenen Anträge. Diese waren mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden. Darüber hinaus wurde die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beigeht.

Zusammenfassend brachte der Antragsteller Folgendes vor:

Am 12.7.2007 habe er von der vergebenden Stelle ein Telefax erhalten, dass er aus dem Vergabeverfahren (wohl hinsichtlich sämtlicher Lose) ausgeschlossen und die Aufträge wie folgt vergeben würden:

Im Los 1 sei er drittgerihter Bieter, wobei offenbar die beiden vor ihm liegenden Bieter ebenfalls ausgeschlossen worden seien und nur mit zwei ihm nachgereichten Unternehmen, der ARGE B\*\*\* sowie der D\*\*\*, kontrahiert werden solle. In Los 2 sei er fünftgerihter Bieter, wobei offenbar der viertgerihter Bieter, die ARGE B\*\*\*/C\*\*\*, den Zuschlag erhalten solle. In Los 3 sei er zweitgerihter Bieter, wobei offenbar der vor ihm liegende Bieter ebenfalls ausgeschlossen worden sei und die Auswahlentscheidung auf die ihm nachgereichte ARGE B\*\*\*/C\*\*\* fallen solle.

Gemäß § 2 Z 16 lit.a sublit.ii BVergG 2006 seien bei einer Rahmenvereinbarung, die mit einem oder mehreren Unternehmen abgeschlossen werde, das Ausscheiden eines Angebotes sowie die Entscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, gesondert anfechtbare Entscheidungen. Es werde die Entscheidung der Auftraggeber, seine Angebote betreffend die Lose 1, 2 und 3 auszuschneiden, die Entscheidung, die Rahmenvereinbarungen in Los 1 mit der ARGE B\*\*\*/C\*\*\* sowie mit der D\*\*\* und in Los 3 mit der ARGE B\*\*\*/C\*\*\* abzuschließen sowie die Entscheidung, im vorliegenden Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose 1 und 3 nicht mit ihm zu kontrahieren, bekämpft.

Er sehe sich in seinem Recht auf eine gesetzeskonforme Abwicklung des Vergabeverfahrens, auf Erteilung des Zuschlages, auf Nichtabschluss der Rahmenvereinbarungen mit den genannten Unternehmen und auf Nichtausscheiden seines Angebotes verletzt. Durch einen rechtswidrig erteilten Zuschlag entginge ihm ein

kalkulierter Gewinn bzw. Gemeinkostenbeitrag von 1-5 %. Weiters würde er durch die "Abarbeitung" des gegenständlichen Auftrages eine wichtige Referenz für die Übersiedlung von Spitälern, Ämtern und Behörden oder Großunternehmen erwerben. Er habe in jenem Geschäftsfeld, in dem der ausgeschriebene Auftrag angesiedelt sei, seine Hauptgeschäftsinteressen und würde durch die "Abarbeitung" solcher Aufträge regelmäßig Gewinne und Deckungsbeiträge erwirtschaften.

Die Entscheidung, ihn aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden, sei rechtswidrig: Auf Grund der Aufforderung durch die BBG, Nachweise über die Verfügbarkeit von Außenaufzügen zu erbringen, habe er ein Schreiben der E\*\*\* vom 28.5.2007 vorgelegt, mit dem er diesen Nachweis grundsätzlich erbringe. Nach Ansicht der vergebenden Stelle hätte er diese Firma als Subunternehmer anführen müssen. Die Fa. E\*\*\* sei aber kein Subunternehmer, sondern vermiete diese Kräne, Arbeitsbühnen und Außenaufzüge. Er gebe nicht Teile der Leistung weiter, wenn er von der Fa. E\*\*\* Außenaufzüge miete, weil er die Fa. E\*\*\* nicht mit bestimmten Arbeiten betraue, sondern er die Leistung mit den gemieteten Geräten selbst erbringe. Es komme zu keiner Weitergabe von Teilen der Leistung, wie dies in einem Subunternehmerverhältnis der Fall sei. Die Fa. E\*\*\* führe keinen Teil der ausgeschriebenen Leistung iSd RZ 49 der Ausschreibung aus. Die Fa. E\*\*\* sei folgerichtig auch dazu befugt, Außenaufzüge und Scherenbühnen zu vermieten. Ob die Fa. E\*\*\* zur Erbringung von Gütertransport- und Übersiedlungsdienstleistungen befugt sei, wisse er nicht, da die Fa. E\*\*\* für ihn keine solchen Leistungen erbringe und er selbst dazu befugt sei. Von der Fa. E\*\*\* würden keine Befugnisse oder Eignungen abgeleitet. Er sei genau so wenig verpflichtet, die Fa. E\*\*\* als Subunternehmer anzuführen, wie er allfällige Leasinggeber oder Vermieter seiner LKWs, seiner Transportfahrzeuge, seiner Lagerhallen und seines Bürogebäudes bekannt zu geben habe.

Die Entscheidung der Auftraggeber, seine Angebote auszuschneiden, sei somit rechtswidrig. Dementsprechend sei auch die Entscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, rechtswidrig. Hätten die Auftraggeber seine Angebote nicht ausgeschieden, wäre er im Los 1 jedenfalls zu den 3 Unternehmern zu zählen, mit denen die Rahmenvereinbarung abzuschließen wäre. Im Los 3 wäre er für den Abschluss der Rahmenvereinbarung auszuwählen gewesen, da er nach dem offenbar ausgeschiedenen Angebot der Fa. F\*\*\* zweitgereihter Bieter sei.

Die Auftraggeber übermittelten fristgerecht die Vergabeakten sowie Schriftsätze vom 23.7.2007 bzw. 26.7.2007. Darin führten sie aus, dass das Angebot der Antragstellerin selbst dann auszuschneiden sei, wenn die Fa. E\*\*\* nicht als Subunternehmer, sondern lediglich als "Bereitsteller" des Gerätes fungieren solle. Im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit habe der Bieter nachzuweisen, über welche technischen Mittel er für die Ausführung des Auftrages verfüge. Diese gesetzliche Festlegung decke sich mit der in der Ausschreibungsunterlage enthaltenen Festlegung, wonach die Eignung spätestens zum Zeitpunkt der Angebotslegung (Anmerkung: gemeint wohl Angebotsöffnung) gegeben sein müsse. Die vorliegende Rahmenvereinbarung weise eine Laufzeit von zwei Jahren ab Vertragsabschluss auf. Die Vergabe von Einzelaufträgen auf Basis der Rahmenvereinbarung sei sohin bis ca. Mitte 2009 möglich. Der Nachweis eines Bieters, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung er für die Ausführung des Auftrages verfügen werde, müsse sohin notwendigerweise die Gesamtzeit der Rahmenvereinbarung abdecken, da andernfalls nicht nachgewiesen wäre, dass der Bieter über die erforderlichen Gerätschaften für die Durchführung des gesamten Auftrages verfüge. Der Antragsteller habe mit dem Schreiben der Fa. E\*\*\* lediglich nachgewiesen, dass er bis zum Ablauf des Wirtschaftsjahres 2007 über die von der Ausschreibung ausdrücklich geforderten Außenaufzüge verfügen werde. Der geforderte Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit decke sohin lediglich ca. ein Viertel der gesamten Vertragslaufzeit. Der Nachweis, dass der Antragsteller über die geforderten Außenaufzüge für die Gesamtdurchführung des Auftrages verfügen werde, sei sohin vom Antragsteller nicht erbracht worden. Da der Antragsteller sohin den in der Ausschreibung ausdrücklich geforderten Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit weder bei Angebotslegung noch aufgrund einer entsprechenden Verbesserungsaufforderung erbracht habe, sei sein Angebot jedenfalls nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden.

In einer daraufhin ergangenen Äußerung vom 13.8.2007 erwiderte der Antragsteller, dass er selbstverständlich für die gesamte Vertragslaufzeit Scherenbühnen in nahezu beliebiger Anzahl anmieten könne. Dies nicht nur bei der Fa. E\*\*\*, sondern auch bei anderen genannten Firmen. Die Fa. E\*\*\* vermiete gewerblich Außenaufzüge und stelle ihm diese Scherenbühnen zu jedem erdenklichen Zeitpunkt zur Verfügung. Er selbst besitze zwei Scherenbühnen und habe neben dem Schreiben der Fa. E\*\*\* auch den Typenschein einer seiner eigenen Scherenbühnen den Auftraggebern vorgelegt. Bezüglich des zweiten in seinem Besitz befindlichen Außenaufzuges verfüge er über keinen Typenschein. Die Auftraggeber hätten weder in der Ausschreibung noch in der Aufforderung zur Verbesserung angegeben, dass er die Verfügbarkeit von Außenaufzügen für einen bestimmten Zeitraum nachzuweisen habe. Er könne und müsse die Befugnis und Leistungsfähigkeit nur zum Zeitpunkt der Angebotslegung nachweisen, weil niemals nachgewiesen werden könne, dass beispielsweise die Fa. E\*\*\* in zwei Jahren überhaupt noch existieren werde.

In der mündlichen Verhandlung am 14. August 2007 gab der informierte Vertreter der vergebenden Stelle, Herr G\*\*\*, an, dass der geschätzte Auftragswert bezüglich des Bezirkskrankenhauses Lienz keinesfalls den Auftragswert von Bund, AGES und AMS übersteige; der Anteil werde mit etwa Euro 10.000 beziffert und beziehe sich nur auf Los 5, welches nicht angefochten worden sei. Die Auswahlentscheidung betreffend Los 1 - 3 sei zwar allen Bieter bekanntgegeben, jedoch weder im Internet noch im Lieferanzeiger veröffentlicht worden. Abrufe gebe es bezüglich dieser Lose noch keine.

Dem Antragsteller wurde von der Senatsvorsitzenden vorgehalten, dass gem. § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG Angebote auszuschneiden seien, die nicht ordnungsgemäß verbessert worden seien. Gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 leg.cit. seien Angebote von Bietern auszuschneiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben sei.

Der informierte Vertreter des Antragstellers, Herr Mag. H\*\*\*, gab an, dass dem Antwortschreiben (e-mail) vom 21. Juni 2007 folgende Typenscheine betreffend KFZ beigelegt worden seien:

G XXX	3.500 kg
G XXX	7.490 kg
G XXX	14.590 kg
G XXX	3.500 kg
G XXX	3.500 kg
MAN (Fahrgestellnummer XXX)	10.500 kg
G XXX	3.500 kg
G XXX	18.000 kg
G XXX	17.990 kg
G XXX	17.990 kg
G XXX	17.990 kg
G XXX	17.990 kg

Herr Mag. H\*\*\* bestätigte ausdrücklich, dass er weder mit seinem Schreiben vom 21.6.2007 noch später dem Auftraggeber weitere Typenscheine übermittelt habe. Es seien somit vier Typenscheine betreffend LKWs bis 3,5t sowie acht Typenscheine betreffend LKWs über 3,5t vorgelegt worden.

Der rechtsfreundliche Vertreter des Antragstellers verwies darauf, dass der Antragsteller eine ausreichende Anzahl von LKWs für die Lose 1 und 3 mittels Typenscheinen nachgewiesen habe. Diesem Vorbringen wurde von der rechtsfreundlichen Vertretung der Auftraggeber unter Hinweis auf Rz 61 der AAB entgegengetreten.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit der Anträge:

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006.

Die österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie wurde gemäß den §§ 6 und 8 Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz (in der Folge GESG), BGBl. I Nr. 63/2002 idgF, zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind. Der auf Grund seiner rechtlichen Konstruktion als GmbH und damit als juristische Person einzustufende Auftraggeber erfüllt jedenfalls die in § 3 Abs. 1 Z 2 lit. b BVergG 2006 geforderte Voraussetzung einer zumindest vorliegenden Teilrechtsfähigkeit. Gemäß § 7 Abs. 2 GESG hat der Bund die Alleingesellschafterstellung inne und unterliegt der Auftraggeber hinsichtlich seiner Tätigkeiten und Aufgaben der ausschließlichen Kontroll- und Weisungskompetenz der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen sowie des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft. Damit ist auch die dritte kumulative Voraussetzung gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, nämlich lit. c BVergG 2006, erfüllt (vgl. BVA 16.9.2003, 08N-94/03-36; 5.11.2003, 08N-94/03-192).

Das Arbeitsmarktservice (AMS) (vgl. § 1 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Arbeitsmarktservicegesetz, BGBl. Nr. 313/1994 idgF) ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (vgl. BVA vom 17.1.2005, 10N-130/04/19 u.a.).

Gemäß § 2 Abs. 2 Z 2 des Bundesgesetzes über die Errichtung einer Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH-Gesetz), BGBl. I Nr. 39/2001, i. d.g.F, zählt zu den Aufgaben der Bundesbeschaffung GmbH (BB-GmbH) die

Durchführung von Vergabeverfahren einschließlich des Abschlusses von Rahmenverträgen im Namen und auf Rechnung des Bundes.

Auftragsvergaben des Bezirkskrankenhauses Lienz fallen zwar grundsätzlich nicht in den Vollzugsbereich des Bundes. Gemäß § 3 Abs. 3 BB-GmbH-Gesetz ist die BB-GmbH jedoch auch berechtigt, im Namen und auf Rechnung von Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden und von öffentlichen Auftraggebern gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 und 3 sowie gemäß den §§ 164 und 165 BVergG 2006, Vergabeverfahren zur Deckung deren Bedarfs an Waren und Dienstleistungen durchzuführen.

Aus dem im Verhältnis zu den Auftragswerten des Bundes, AGES und AMS in der mündlichen Verhandlung angegebenen geringen Anteil von ca. Euro 10.000.-- des Bezirkskrankenhauses Lienz, welcher sich darüber hinaus auf das nicht verfahrensgegenständliche Los 5 bezieht, ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 zur Überprüfung des Vergabeverfahrens zuständig ist.

Den verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarungen liegt die beabsichtigte Erbringung von Dienstleistungen iSd § 6 BVergG 2006 zu Grunde. Der geschätzte Auftragswert des gesamten Vorhabens (Auftragswert für alle 5 Lose) wurde vom Auftraggeber mit Euro 420.000.- für eine Laufzeit von 2 Jahren und mit Euro 600.000.- für eine (optionale) Laufzeit von 3 Jahren angegeben. Der geschätzte Auftragswert für Los 1 wurde mit Euro 300.000.- (Laufzeit 2 Jahre) und mit Euro 425.000.- (optionale Laufzeit von 3 Jahren), der geschätzte Auftragswert für Los 2 und Los 3 jeweils mit Euro 30.000.- (Laufzeit 2 Jahre) und jeweils mit Euro 45.000.- (optionale Laufzeit von 3 Jahren) angegeben. Es handelt sich somit um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich.

Die Anträge auf Nichtigerklärung des Ausscheidens und auf Nichtigerklärung der Entscheidungen, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarungen abgeschlossen werden sollen, wurden innerhalb der Frist des § 321 BVergG 2006 eingebracht und erfüllen auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 322 BVergG 2006.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und ein Zuschlag noch nicht erteilt. Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

## 2. Inhaltliche Beurteilung der Anträge:

Zu Spruchpunkt 1:

Gemäß § 129 Abs 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

2. Angebote von Bietern, 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.

Punkt 6.3.1.1 der AAB verlangt als Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen für das Los 1 ua die Verfügbarkeit über mindestens 4 Kfz bis 3,5t HzGg und mindestens 3 Kfz über 3,5t HzGg mit insgesamt 100 Europalettenstellplätzen (120x80cm) und einer Gesamtnutzlast von 20 Tonnen. Punkt 6.3.1.2 der AAB verlangt für die Lose 2-5 ua die Verfügbarkeit über mindestens 2 Kfz bis 3,5t HzGg und mindestens 1 Kfz über 3,5t HzGg mit insgesamt 35 Europalettenstellplätzen (120x80cm) und einer Gesamtnutzlast von 7 Tonnen. Gemäß Rz 74 der AAB sind die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit in den Losen 2-5 jeweils gleich, müssen aber für jedes Los gesondert nachgewiesen werden. Bezüglich der Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit legt Punkt 6.3.2 der AAB fest, dass der Bieter je angebotenen Los ua eine Bestätigung über die Verfügbarkeit von LKW's (Typenschein) beizubringen hat. Aus den unangefochtenen und damit bestandfest gewordenen Ausschreibungsbedingungen (vgl. VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/0239; 7.11.2005, 2003/04/0135) ist für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030] damit erkennbar, dass die Bestätigung über die Verfügbarkeit von LKWs mittels Typenscheinen gesondert für jedes angebotene Los zu erfolgen hat.

Der Antragsteller legte zu den Losen 1, 2 und 3 ein Angebot. Für die Lose 1-3 sind somit insgesamt 8 Typenscheine für LKWs bis 3,5t HzGg sowie 5 weitere Typenscheine für LKWs über 3,5t HzGg erforderlich. Dem Angebot des Antragstellers war zwar eine umfangreiche Fuhrparkliste beigelegt, jedoch ohne entsprechende Typenscheine.

Mittels e-mail vom 14. Juni 2007, korrigiert mit e-mail vom 20. Juni 2007, wurde der Antragsteller unter Setzung einer Frist bis 22. Juni 2007, 10 Uhr (Einlangen bei der BBG), aufgefordert, Nachweise über die Verfügbarkeit von 8 LKW bis 3,5t sowie von 5 LKW über 3,5t durch Beilage der entsprechenden Typenscheine - wie sich sowohl durch den nachstehenden Klammerausdruck wie auch aus dem Hinweis im e-mail vom 14. Juni 2007 ["Bitte legen sie die jeweils geforderten Belege (Typenschein) bei"] klar und eindeutig ergibt - nachzubringen. Durch den Beisatz "gemäß AAB RZ 73" ergibt sich ebenso schlüssig, dass sich die Gewichtsangaben auf das höchste zulässige Gesamtgewicht der einzelnen Fahrzeuge beziehen. Der Mängelbehebungsauftrag der vergebenden Stelle ist somit diesbezüglich klar und eindeutig.

In seinem Antwortschreiben vom 21. Juni 2007 legte der Antragsteller folgende Typenscheine vor:

Kennzeichen:	HzGg:
G XXX	3.500 kg
G XXX	7.490 kg
G XXX	14.590 kg
G XXX	3.500 kg
G XXX	3.500 kg
G XXX	3.500 kg
G XXX	18.000 kg
G XXX	17.990 kg
G XXX	17.990 kg
G XXX	17.990 kg
G XXX	17.990 kg
sowie MAN (Fahrgestellnummer XXX)	10.500 kg

Entgegen dem klaren und eindeutigen Mängelbehebungsauftrag übermittelte der Antragsteller sohin nur Typenscheine für 4 LKW bis 3,5t HzGg sowie für 8 LKW über 3,5t HzGg innerhalb der Verbesserungsfrist. Auch das verbesserte Angebot entspricht jedoch bereits deshalb nicht den Anforderungen der AAB, da jedenfalls nur 12 Typenscheine anstatt der verlangten 13 Typenscheine vorgelegt wurden. Darüber hinaus wurden anstelle von Typenscheinen für 5 LKW bis 3,5t HzGg nur 4 Typenscheine für LKW bis 3,5t HzGg - wenngleich unter Vorlage einer größeren als der geforderten Anzahl von Typenscheinen für LKW über 3,5t HzGg - beigebracht. Der Antragsteller kam somit dem Mängelbehebungsauftrag innerhalb der gesetzten Frist nicht zur Gänze ordnungsgemäß nach.

Der Antragsteller hat zwar, wie sein rechtsfreundlicher Vertreter in der mündlichen Verhandlung vorbrachte, eine ausreichende Anzahl von LKWs für die Lose 1 und 3 mittels Typenscheinen nachgewiesen. Dennoch ist gemäß Punkt 6 (Eignungskriterien), Subpunkt 6.1 (Allgemeines), Rz 61 der bestandfest gewordenen AAB die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben und das Angebot für alle angebotenen Lose auszuschneiden, da sich die technische Leistungsfähigkeit somit nur auf einzelne Lose erstreckt, für die ein Angebot abgegeben wurde, und nicht auf alle angebotenen Lose.

Das Angebot des Antragstellers wurde daher im Ergebnis zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 2 und 7 BVergG 2006 ausgeschieden. Ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschieden wurde, kann nicht in seinen geltend gemachten subjektiven Rechten verletzt worden sein (vgl. VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094).

Die unzureichende Mängelbehebung war auch Gegenstand der mündlichen Verhandlung am 14.8.2007. Dem Antragsteller wurde Gelegenheit gegeben, dazu und damit auch zur Stichhaltigkeit des vom Bundesvergabeamt herangezogenen Ausscheidensgrundes Stellung zu nehmen [vgl. EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01 (Hacker Müller); VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; 16.2.2005, 2004/04/0030]. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung bestätigte der informierte Vertreter des Antragstellers, Herr Mag. H\*\*, ausdrücklich, den Auftraggebern weder mit seinem Schreiben vom 21.6.2007 noch später weitere Typenscheine übermittelt zu haben.

Zu Spruchpunkt 2:

Wie sich aus den Ausführungen zu Spruchpunkt 1 ergibt, wurde das Angebot des Antragstellers zu Recht ausgeschieden und kam somit dieses Angebot für die Wahl des Angebotes für den Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen betreffend die Lose 1 und 3 nicht in Betracht. Somit kann bzw. konnte

dem Antragsteller kein Schaden entstehen. Da im Hinblick darauf somit eine notwendige Voraussetzung für die Antragstellung gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 nicht vorliegt, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung betreffend die Lose 1 und 3 abgeschlossen werden soll, zurückzuweisen (vgl. dazu Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 163 Rz 26; ebenso BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39).

Zu Spruchpunkt 3:

Der Antragsteller beehrte überdies die Nichtigerklärung von "Entscheidungen" der Auftraggeber, welche aus der Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, resultieren. Wie der Antragsteller selbst in seinem Antrag vom 18.7.2007 ausführt, bekämpft er die in Spruchpunkt 3 angeführte Entscheidung als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung.

Wie sich aus § 322 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 ergibt, kann sich ein Nachprüfungsantrag ausschließlich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten und nur deren Nichtigkeit beantragt werden.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit ii iVm sublit aa BVergG 2006 sind bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs 7 leg.cit. gesondert anfechtbare Entscheidungen die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmern abgeschlossen wurde, der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

Ein Nachprüfungsantrag kann sich jedoch ausschließlich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten und kann nur deren Nichtigerklärung beantragt werden. Die Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen kann nicht beantragt werden, und zwar auch nicht gemeinsam mit einem Antrag auf Nichterklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung. Soll im Wege der Anfechtung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung die Rechtswidrigkeit einer vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung geltend gemacht werden, hat dies im Rahmen der Beschwerdepunkte und der Begründung zu erfolgen (vgl. 1171 der Beilagen XXII. GP 138).

Der Antrag war somit zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt 4:

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG 2006 hat der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten, deren Höhe sich gemäß § 318 Abs. 2 1. Satz leg. cit. nach dem vom öffentlichen Auftraggeber durchgeführten Vergabeverfahren richtet. Gemäß § 318 Abs. 3 leg. cit. ist die Pauschalgebühr gemäß den in Anhang XIX ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 2006 hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs. 2 BVergG 2006 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG 2006 entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Gebühren für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen in der Höhe von jeweils Euro 1.600.--, insgesamt somit Euro 3.200.--, wurden von der Antragstellerin nachweislich entrichtet.

Da die Nachprüfungsanträge abgewiesen bzw. zurückgewiesen wurden und somit auch ein "teilweises Obsiegen" iSd § 319 Abs 1 BVergG 2006 nicht vorliegt, kommt es zu keinem Gebührenersatz für die Nachprüfungsanträge.



Mit Bescheid vom 26.7.2007, GZ N/0072-BVA/07/2007-8, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Da jedoch die Nachprüfungsanträge abgewiesen bzw. zurückgewiesen wurden, kommt gemäß § 319 Abs 2 BVergG 2006 ein Ersatz der entrichteten Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in Betracht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.