



N/0035-BVA/08/2011-77

Betreff: Vergabeverfahren "AMS Wien 11 - neuer Standort", Nichtigkeitsanträge und Pauschalgebührenersatz

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Mag Reinhard Grasböck als Senatsvorsitzender; Dr Clemens Mayr als Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber; Mag Matthias Wohlgemuth als Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Nachprüfungsverfahren bezüglich einer Ausscheidens- und einer Zuschlagsentscheidung, die im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich "AMS Wien 11 - neuer Standort", namens des Auftraggebers Arbeitsmarktservice (= AMS) an die Antragstellerin, die *Bietergemeinschaft bestehend aus 1. der B1*** GmbH und 2. der B2*** GmbH & Co KG* am 28.4.2011 versandt wurden, über die diesbezüglich am 4.5.2011 antragstellerinnenseits gestellten Nichtigkeits- und Pauschalgebührenersatzanträge wie folgt **entschieden:**

S p r u c h

I. Das Begehren, *das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers vom 28.4.2011, wonach die Antragstellerin vom gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschieden wurde, für nichtig erklären,* wird, interpretiert als Nichtigkeitsantrag gegen die am 28.4.2011 zu Lasten der Antragstellerin ergangene Entscheidung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 325 Abs 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15;
§ 13 AVG.

II. Das Begehren, *das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers vom 28.4.2011, wonach dieser beabsichtigt, der C*** GmbH den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären,* wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 320, 322 Abs 1 Z 5 und 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

III. Den Pauschalgebührenersatzbegehren, *das Bundesvergabeamt möge gemäß § 319 BVergG 2006 aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag zu Handen der rechtsfreundlichen Vertreterin der Antragstellerin vom Auftraggeber binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen ist, und weiters, das Bundesvergabeamt möge den Auftraggeber verpflichten, der Antragstellerin die für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen der rechtsfreundlichen Vertreterin der Antragstellerin zu ersetzen,* wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlagen: § 319 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010/15.

B e g r ü n d u n g

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

1.1. Das AMS führt derzeit über seine Bundesorganisation iSv § 1 Abs 3 AMSG "*Arbeitsmarktservice Österreich*" das Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich "*AMS Wien 11 - neuer Standort*" durch.

Das AMS übermittelte - nach dem vergabebezüglich vorangehenden Nachprüfungsgeschehen zu N/0019-BVA/08/2011 - am 28.4.2011 die seitens der Antragstellerin mit Nachprüfungsantrag vom 4.5.2011 offenkundig nunmehr angefochtene Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung.

Die Zuschlagsentscheidung erging dabei zu Gunsten der C*** GmbH (= Mitbeteiligte).

Die Antragstellerin beehrte beim Bundesvergabeamt (= BVA) *in entsprechender Begehrensinterpretation* neben der Nichtigerklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung zur Absicherung des soeben genannten Rechtsgestaltungsbegehrens zusätzlich die Erlassung einer einstweiligen Verfügung

(= eV), die antragsgemäß für die Dauer des zu N/0035-BVA/08/2011 beim Bundesvergabeamt (= BVA) protokollierten Nachprüfungsverfahrens erlassen wurde.

1.2. Aus dem Inhalt des Verwaltungsakts und der Vergabeunterlagen ergibt sich unstrittig, dass diese Vergabe als Bauauftrag im Unterschwellenbereich über ein in bestimmter Weise adaptiertes Objekt mit Büroräumlichkeiten durchgeführt wird, bei dem die Vergaberechtsausnahme des § 10 Z 8 BVergG 2006 über bestehende Gebäude nicht greift. Ein Auftragnehmer hatte vielmehr ein Bürogebäude gemäß den Vorgaben des AMS herzustellen und dieses jedenfalls mit den Raum- und Funktionsvorgaben des AMS zur Miete zu überlassen.

Derart verlangt Punkt 1.5.2. der Teilnahmeantragsunterlagen, dass die Vorgaben zu Raumgrößen und -aufteilung gemäß Anlage 1 zu den Teilnahmeantragsunterlagen vom Vermieter auf seine Kosten herzustellen sind.

Der Auftragnehmer hatte die Bau- und Ausstattungskriterien gemäß Planungs- und Baustandards 05 des AMS/LAN Richtlinie 2009 AMS (= Anlage 2 zu den Teilnahmeantragsunterlagen = Baurichtlinie) anzubieten und weiters dafür zu sorgen, dass das anzubietende Mietobjekt der Checkliste für projektspezifische Festlegungen/Bestandsdokumentation (= Anlage 3 zu den Teilnahmeantragsunterlagen) entspricht oder diesbezüglich besser ist.

1.2.1. In der Baurichtlinie, Anlage 2, finden sich in Punkt 2. ab Seite 10/24 etliche Festlegungen, wie die letztlich in Bestand zu gebenden Büroräumlichkeiten auszuführen sind.

1.2.1.1. Derart sind zB die Rohbauarbeiten entsprechend den Planungen und dem Stand der Technik auszuführen.

1.2.1.2. Als Innenwände sind ab dem Erdgeschoß zB Gipskartonwände auszuführen.

1.2.2. Ab Seite 15/24 dieser Baurichtlinie wird die technische Gebäudeausrüstung näher geregelt.

1.2.2.1. Derart ist zB nach der Seite 18/24 dieser Baurichtlinie die Sommertauglichkeit der Büroflächen unter dem Titel der Raumkühlung gemäß einer bestimmten Ö-Norm sicherzustellen.

1.2.2.2. Nach Punkt 18/24 ist unter der Überschrift "Starkstrominstallation" zB die Ausführung einer Gesamtzählung anzustreben.

1.2.2.3. Nach der Seite 22/24 dieser Baurichtlinie ist zB bei der Schwachstrominstallation eine strukturierte Verkabelung entsprechend der AMS LAN - Richtlinie auszuführen.

1.2.3. Aus der Summe der in der Teilnahmeantragsunterlage verwiesenen und in den Verweisstellen definierten Ausführungsanforderungen an das künftige Bestandobjekt ergibt sich, dass der Schuldinhalt des im streitigen Vergabeverfahrens angestrebten Leistungsvertrags über die bloße Flächenvermietung hinausgeht; und vom Auftragnehmer darüber hinaus auch die Errichtung bzw Gewährleistung umfangreicher Ausstattungs-, Ausführungs- und Funktionsanforderungen beim jeweils angebotenen Objekt geschuldet ist.

1.3. Das AMS versandte am 28.4.2011 - nach vorangehendem Nachprüfungsverfahren zu N/0019-BVA/08/2011 - eine Entscheidung über das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin und eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbeteiligten.

1.3.1. Am 4.5.2011 trat beim Bundesvergabeamt die Bietergemeinschaft bestehend aus der *B1*** GmbH* einerseits und der *B2*** Nachfolger GmbH & CO KG* als Antragstellerin auf.

1.3.2. Die Antragstellerin legte ihrer am 4.5.2011 verfahrenseinleitenden Eingabe die angefochtene Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 28.4.2011 bei. Aus dem Sinn des gesamten verfahrenseinleitenden Vorbringens ist ersichtlich, dass die Antragstellerin insb auch die Nichtigerklärung der Entscheidung anstrebt, dass ihr Angebot ausgeschieden wird.

1.3.3. In den vorgelegten Vergabeunterlagen findet sich ein der Antragstellerin zuzurechnender Teilnahmeantrag, bei dem die beiden Gesellschafterinnen der Antragstellerin jedenfalls im Teilnahmeantragsformular und einmal im Begleitschreiben in bestimmter Weise, wie unter Punkt 1.3.1. bezeichnet, angegeben wurden.

1.3.4. Im Begleitschreiben zum Teilnahmeantrag wird die *B1*** GmbH* mit der FN ***m angegeben, die *B2*** Nachfolger GmbH & Co KG* mit der FN ***h.

1.3.5. Dem Teilnahmeantrag liegt ein Grundbuchsauszug einer Liegenschaft bei, in dem die Firmen der beiden Gesellschafterinnen (nahezu) ident im Eigentumsblatt aufscheinen. Lediglich bei der Zweitgesellschafterin ist der Firmenbestandteil "... *Nachfolger* ..." als "... *NfG*..." abgekürzt.

1.3.6. Hinsichtlich der dem Teilnahmeantrag beigeschlossenen Firmenbuchauszüge ist über die dortigen Firmenbuchnummern ersichtlich, dass die im Grundbuchsauszug aufscheinenden Firmenbezeichnungen mit den FN - Nummern lt Begleitschreiben zu Teilnahmeantrag übereinstimmen.

1.3.7. Rücksichtlich der im Nachprüfungsverfahren zum Ermittlungsgegenstand gewordenen genauen Firmenbezeichnungen steht fest, dass sich die Antragstellerin nunmehr als bestehend aus der *B1*** GmbH* einerseits und der *B2*** GmbH & Co KG* bezeichnet; und dass diese teilweise Bezeichnungsänderung im Abgleich insb zum Teilnahmeantrag auf eine Firmenwortlautänderung zurückgeht, die bei der Zweitgesellschafterin der Antragstellerin am 22.1.2011 im Firmenbuch zur Eintragsnummer 16 bei der FN ***h eingetragen wurde.

1.3.8. Die Komplementärin dieser Zweitgesellschafterin der Antragstellerin scheint in dem beim Teilnameantrag beigeschlossenen Firmenbuchauszug und bei dem amtlich eingeholten Firmenbuchauszug jeweils ident als *B2*** Geschäftsführungs - Gesellschaft m.b.H.* mit der FN ***y auf, womit jedenfalls aus der Aktenlage und dem öffentlich zugänglichen Firmenbuch der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 10 BVergG 2006 nicht ersichtlich ist - siehe dazu insgesamt die Vergabeunterlagen und die amtlich eingeholten Firmenbuchauszüge und Gewerbeverzeichnisauszüge lfd Nri 63 bis 70 des Verwaltungsakts.

1.3.9. Vor dem Hintergrund der allfällig aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens iSv VwGH 2007/04/0095 ersichtlichen Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin und rücksichtlich eines Befugnisvorbringens der Mitbeteiligten wurde im Verfahren erhoben, welche gewerberechtigten Berufsbefugnisse bei der Antragstellerin vorliegen.

1.3.9.1. Die Antragstellerin gab zu diesem Thema in der mündlichen Verhandlung am 23.5.2011 zusammenfassend zu Protokoll, dass eine Gesellschaft der Antragstellerin eine Gastgewerbekonzession als Berufsbefugnis aufweisen würde, welche die Vermietung abdecken würde;

dass jedenfalls keine Berufsbefugnis als Baumeister für die ausgeschriebenen Leistungen notwendig wäre;

und man sich im Übrigen hinsichtlich der Berufsbefugnisse der beiden Gesellschafterinnen der Antragstellerin im Gewerbeverzeichnisauszug informieren möge; genauso wie über diejenigen Berufsbefugnisse, die irgendeine zur Firmengruppe der

Antragstellerin laut Beilage zum Teilnahmeantrag, Beiblatt zum Formblatt A) der Teilnahmeantragsunterlagen, gehörige Gesellschaft aufweisen würde.

1.3.9.2. Das BVA hat insoweit nach der Verhandlung Firmenbuch- und Gewerberegisterauszüge der beiden Gesellschafterinnen der Antragstellerin amtswegig eingeholt, um damit insb auch das befugnisrelevante Vorbringen der Mitbeteiligten zu überprüfen - siehe dazu insgesamt nochmals die amtlich eingeholten Firmenbuch- und Gewerberegisterauszüge lfd Nri 63 bis 70 des Verwaltungsakts.

1.3.9.3. Die *B1*** GmbH* weist als Berufsbefugnis laut Gewerberegistereinschau das Gewerbe *Garagenunternehmungen* auf - lfd Nr 68 des Verwaltungsakts.

1.3.9.4. Die *B2*** GmbH & Co KG* weist laut Gewerberegistereinschau als Berufsbefugnisse die *Gewerbe der eingeschränkten Hotelwagenkonzession, der eingeschränkten Gastgewerbekonzession in der Betriebsart "Bar" und der Gastgewerbekonzession in der Betriebsart Hotel* auf - lfd Nri 64 bis 66 des Verwaltungsakts.

1.3.9.5. Bei der Komplementärin der Zweitgesellschafterin der Antragstellerin scheint im Gewerberegister keine gewerberechtliche Berufsbefugnis auf - lfd Nr 70 des Verwaltungsakts.

1.3.10. Das AMS verlangte vor dem gesetzlichen Hintergrund des § 69 Z 3 BVergG 2006 verständlich bereits in den beim Bundesvergabeamt innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006 unangefochten gebliebenen Teilnahmeantragsunterlagen Eignungsnachweise in Form einer dort angesprochenen Eigenerklärung.

Punkt 3. der Teilnahmeantragsunterlagen lautet insoweit:

3.1 Allgemeines zu den Nachweisen

Das Vorliegen der vom Auftraggeber geforderten Eignungsanforderungen ist von jedem Bewerber (Formblatt A), jedem Mitglied einer allfälligen Bewerbungsgemeinschaft (Formblatt B) und von jedem notwendigen Subunternehmer (Formblatt C) durch eine Eigenerklärung zu bestätigen. Sämtliche (erst mit gesonderten Schreiben) geforderten Nachweise [...].

3.2 Unternehmensdaten

Das Formblatt A "Unternehmensdaten Bewerber" ist auszufüllen. Bei Bedarf kann die Tabelle kopiert werden. Die Angaben sind mit den entsprechenden Unterlagen gemäß Pkt 3.3. bis 3.7 der Vergabeunterlage zu belegen.

3.3. Nachweise über Befugnis und berufliche Zuverlässigkeit

Es ist Nachweis zu erbringen (Musskriterien):

a) [...]

b) Nachweis der erforderlichen Gewerbeberechtigung(en) durch [...] (in Österreich Nachweis der erforderlichen Gewerbeberechtigung(en) durch Gewerbeschein). [...]

1.3.11. Im Formblatt A der Teilnahmeantragsunterlagen mit dem Titel "**BewerberInnen - Erklärung**" hatte der Bewerber zu erklären, dass er/sie die vom Auftraggeber [...] in der Ausschreibung "AMS Wien 11" festgelegten Eignungskriterien - sofern notwendige Subunternehmer (Formblatt C) namhaft gemacht werden, gemeinsam mit diesen - erfüllt und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich (innerhalb einer Sieben - Tage - Frist) beibringen kann.

Nach diesem Text war in diesem Formblatt vor einer Datums- und Unterschriftenzeile verlangt, dass ein Bewerber seine Befugnisse anzugeben hatte.

1.3.12. Das Formblatt B) der Teilnahmeantragsunterlagen titelt mit "**Erklärung der Bewerbergemeinschaft**".

In diesem Formblatt war im Falle von Bewerbergemeinschaften wiederum insb die Nennung notwendiger Subunternehmer im Formblatt C) und weiters verlangt, dass aufgelistet wird, über welche Befugnisse die Mitglieder der Bewerbergemeinschaft verfügen.

1.3.13. Im Formblatt C) "**Liste allfälliger Subunternehmer**" lautet der Einleitungssatz:

Ich (Wir) beantrage(n) für folgende Leistungsteile/Leistungsgruppen nachstehende Subunternehmer (bei der Leistungserbringung ohne Subunternehmer ist die Tabelle zu streichen):

Danach wird in Tabellenform neben der Firma des jeweiligen Subunternehmers und dem Leistungsteil/der Leistungsgruppe insb wieder dessen jeweilige Befugnis abgefragt.

1.3.14. Im Textteil der Teilnahmeantragsunterlagen wird in Punkt 1.4. schließlich noch verlangt, dass der Teilnahmeantrag ohne Änderungen oder Ergänzungen des Texts erstellt wird.

In Punkt 2.2. dieser Unterlagen ist das Formblatt B) zwingend verlangt.

In Punkt 2.3. ist das Formblatt C) verlangt.

Nach Punkt 2.4. der Teilnahmeantragsunterlagen, 1. Stufe, werden vorweg jene Bewerbungen ausgeschieden, die unvollständig, mit Abänderungen der Vorlage oder nicht zeitgerecht eingelangt sind sowie bei denen ein anderer Ausscheidenstatbestand vorliegt.

1.3.15. Die Antragstellerin legte ihrem Teilnahmeantrag kein Formblatt B) bei.

1.3.16. Die Antragstellerin hat ihrem Teilnahmeantrag auch kein Formblatt C) beigegeben.

1.3.17. Im Formblatt A) des Teilnahmeantrags der Antragstellerin ist nicht angegeben, über welche Befugnisse die Antragstellerin durch ihre beiden Mitglieder verfügt, sondern ausgeführt wie folgt:

*In der Firmengruppe ist eine Baurägerkonzession, eine Makler- und Hausverwalterkonzession, Hotel- und Gastgewerbekonzession
Architektur*

Anstelle dieses Formblatt A) mit dem dort verlangten Firmenstempel zu fertigen, hat eine idente Person zweifach ohne die Firmenstempeln der beiden Gesellschafterinnen der Antragstellerin für selbige unterschrieben.

1.3.18. Als offenbare Beilage (auch) zum Formblatt A) hat die Antragstellerin ihrem Teilnahmeantrag dann noch eine Liste mit rund 27 Gesellschaften beigelegt, die den Sitz der jeweils aufgelisteten Gesellschaft und einen Prozentsatz der direkten oder indirekten Beteiligung angeben soll, ohne näher darzulegen, wer hier wie an wem beteiligt ist; wobei bei dieser Gesellschaftsliste dann auch noch einige Kommanditgesellschaften aufscheinen. Bei solchen scheint im Firmenbuch in Österreich keine prozentuelle Beteiligung auf bzw ist eine solche mangels Stammkapitaleintrags des Komplementärs und der Kommanditisten analog dem GmbH - Recht auch nicht rückrechenbar. Berufsbefugnisse sind auf dieser Liste bei den Gesellschaften nicht angegeben, die im Übrigen auch drei Gesellschaften mit Sitz in Ungarn angibt.

1.3.19. Die Antragstellerin hat auch sonst im Teilnahmeantrag samt Beilagen nicht offengelegt, inwieweit sie über ihre beiden Gesellschafterinnen oder über allfällige Subunternehmer konkret über welche Berufsbefugnisse verfügt. Sie hat im Teilnahmeantrag auch keine Subunternehmer gemäß § 103 Abs 3 BVergG 2006 benannt.

In schriftlichen Eingaben an das Bundesvergabeamt hat sie vielmehr insb auch auf § 4 Z 3 BVergG 2006 verwiesen, während sie in der Verhandlung am 23.5.2011, Niederschrift lfd Nr 58 des Verwaltungsakts, betonte, dass gegenständlich eine Vermietungsleistung geschuldet würde.

1.3.20. Aus den Vergabeunterlagen ergibt sich nicht, dass die beiden Gesellschafterinnen der Antragstellerin im Auftragsfalle verschiedene Leistungen zu erbringen hätten, womit - rechtlich vorausgeschickt - seitens der Antragstellerin eine homogene Leistung iSv VfGH B 531/02 angeboten wurde.

1.4. Die Antragstellerin wurde nach Abgabe ihres Teilnahmeantrags zur Angebotslegung in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens bis 15.12.2010 eingeladen. Ihr wurde dabei eine positive Eignungsprüfung attestiert.

1.4.1. Die Angebotsunterlagen bestanden wiederum aus einem Hauptteil und integrierenden Bestandteilen.

1.4.2. Punkt 1.5.4. des Hauptteils legt als bewertungsrelevante Kosten neben dem Hauptmietzins und den Betriebskosten nach § 21 MRG ua verpflichtend zu übernehmende Energiekosten fest, wobei die Kosten im Angebotsblatt (Anlage 4) zu beziffern sind.

Punkt 1.7.1. des Hauptteils definiert die Zuschlagskriterien näher und gewichtet insoweit die Energiekosten laut Position 12. des Angebotsblatts mit 20%.

Punkt 1.7.3. legt nunmehr fest, dass in der Position 12 des Angebotsblatts die zu erwartenden Kosten des Energiehaushalts bewertet werden.

1.4.3. Im Angebotsblatt (Anlage 4 zum Hauptteil) werden unter Position 12. verpflichtend zu übernehmende Energiekosten pm in drei Zeilen samt einem jeweils rechts befindlichen Feld für jeweilige Kosten abgefragt.

1.4.4. Insoweit werden neben den Stromkosten auch die Warmwasserkosten und die Kosten für Heizung und Kühlung abgefragt.

1.4.5. In der ersten Zeile dieses Angebotsblatts werden unter der Position 1 Hauptmietzins pm die m², also Quadratmeter, danach Euro/m², also der Hauptmietzins pro Quadratmeter und danach der betragliche Hauptmietzins in Euro abgefragt.

1.4.6. Nach Punkt 1.6.9. des Angebotshauptteils war die Antragstellerin verpflichtet, die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen und ihr auffallende Fehler zu rügen.

Mit Punkt 2.3 der Bieterklärung im Angebotshauptteil erklärte die Antragstellerin, dass sie die Ausschreibungsunterlagen ua geprüft hätte; und dass Irrtümer und Fehleinschätzungen zu ihren Lasten gehen.

Durch Punkt 2.6. der Bieterklärung im Angebotshauptteil hat die Antragstellerin schließlich insb bestätigt, dass sie alle erforderlichen Informationen eingeholt hat.

1.5. Die Antragstellerin setzte in der Position 12 des Angebotsblatts bei ihrem Erstangebot den Betrag von 0,00 Euro ein, während sie bei den Warmwasserkosten und den Kosten für die Heizung und Kühlung jeweils bestimmte Beträge einsetzte, die nicht auf null lauten.

Die Antragstellerin argumentierte hier beim Bundesvergabeamt im Wesentlichen, *dass das AMS hier nur zu übernehmende Energiekosten abgefragt hätte. Weil die Antragstellerin allerdings keine Stromkosten an das AMS überwälzen würde, hätte sie diese Subposition der Position mit 0,00 Euro ausfüllen dürfen, habe das AMS doch hier nur zu übernehmende Energiekosten abgefragt.*

1.6. Am 19.1.2011 wurde vom AMS mit der Antragstellerin eine erste Verhandlungsrunde durchgeführt.

1.7. Am 21.1.2011 wurde die Antragstellerin aufgefordert, bis 31.1.2011 ein Zweitangebot zu legen, wobei bestimmte Kosten aus der Mietpreiskalkulation herauszurechnen wären, weil es sich um Einmalkosten iSd Angebotsblatts handeln würde.

1.8. Am 28.1.2011 übermittelte die Antragstellerin nach den vorliegenden Vergabeunterlagen ihr Zweitangebot.

Am 17.2.2011 fand danach zwischen Antragstellerin und AMS eine zweite Verhandlungsrunde statt.

Die Antragstellerin wurde danach am 17.2.2011 zu einem Last and Best Offer (= LBO) aufgefordert.

1.9. Im LBO der Antragstellerin vom 24.2.2011 sind neuerlich keine Stromkosten in der Position 12 des Angebotsblatts angeführt.

In einem Aktenvermerk des AMS, einliegend beim Bewertungsblatt des LBO, ist ersichtlich, dass am 2.3.2011 seitens des AMS mit Frau DI R*** von der Antragstellerin hinsichtlich der fehlenden Stromkostenangabe Kontakt aufgenommen

worden ist. Dem AMS wäre in diesem Telefonat mitgeteilt worden, dass die Stromkosten im Angebot nicht kalkuliert worden wären, da diese Mietersache wären.

1.10. Mit e-mail vom 3.3.2011 gab Frau DI R*** aus der Sphäre der Antragstellerin dem AMS zwischenzeitig von einem Ingenieurbüro berechnete Stromkosten als Richtwert bekannt, wobei in diesem e-mail nochmals betont wurde, dass die Stromkosten keine Vermieterangelegenheit sind.

1.11. Am 7.3.2011 gab das AMS eine erste Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung bekannt, wobei diese letztlich gelegentlich des Nachprüfungsverfahrens N/0019-BVA/08/2011 am 15.3.2011 zurückgenommen wurden.

Zuvor versandte die Antragstellerin am 8.3.2011 noch ein Telefax an die vergebende Stelle; und detaillierte das AMS am 10.3.2011 insb die Begründung der Zuschlagsentscheidung vom 7.3.2011.

1.12. Das AMS forderte die Antragstellerin schließlich am 30.3.2011 nochmals zur Aufklärung des LBO bis 6.4.2011 insb auch im Punkte der Nachvollziehbarkeit der zu übernehmenden Energiekosten auf.

Die Antragstellerin antwortete diesbezüglich mit einem mit 5.4.2011 datierten Schreiben wieder dahin, dass die Stromkosten im Angebotsblatt zwingend mit 0,00 Euro anzugeben gewesen sind, weil beim Objekt der Antragstellerin keine Stromkosten verpflichtend zu übernehmen sind. In diesem Schreiben werden dem AMS allerdings auch zu erwartende Stromkosten pro Quadratmeter und für das Gesamtobjekt pro Monat und pro Jahr mitgeteilt.

1.13. Das AMS versandte am 28.4.2011 die nunmehr angefochtene Ausscheidensentscheidung samt der gleichfalls angefochtenen Zuschlagsentscheidung.

In der Begründung des Ausscheidens wird auf die Unvollständigkeit wegen der im LBO fehlenden Stromkostenangabe und weiters auf eine spekulative Preisgestaltung hingewiesen, wobei ausdrücklich Punkt 1.6.8 des Hauptteils der Angebotsunterlage zitiert wurde, wonach nur vollständig ausgefüllte Angebote bewertet werden.

1.14. Die Antragstellerin stellte am 4.5.2011 beim BVA die Nichtigkeitsanträge gegen das Ausscheiden und die Zuschlagsentscheidung, wie zu N/0035-BVA/08/2011 protokolliert.

1.15. Am 13.5.2011 übermittelte die Antragstellerin nach Amtsstundenende per mail eine Eingabe zum Verfahren N/0035-BVA/08/2011, in welcher sie neben anderen Verfahrenshandlungen ua auch neuerlich die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidung vom 28.4.2011 sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrte.

Diese Eingabe wurde schließlich gemäß § 304 BVergG 2006 auch zur GZ N/0041-BVA/08/2011 protokolliert, wobei die Antragstellerin diese Eingabe nach dem 13.5.2011 dahin präziserte, dass diese - im Lichte einer unpräzisen Bezeichnung der Antragstellerin - auch der Antragstellerin zuzurechnen wäre; und dass hier kein neuer gebührenpflichtiger Antrag gestellt worden wäre. In dieser Eingabe ist nicht klargestellt worden, dass es sich hierbei um eine Präzisierung, Wiederholung oder Aufrechterhaltung bereits gestellter Anträge handeln würde, so dass diese Eingabe zur näheren Behandlung nunmehr zu N/0041-BVA/08/2011 zugewiesen wurde, zumal beim BVA keine dem § 233 ZPO vergleichbare Regelung anwendbar ist und sohin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung von der gleichen Antragstellerin auch mehrere Nachprüfungsanträge gestellt werden können, so lange nicht bereits rechtskräftig abgesprochen ist.

1.16. Am 17.5.2011 überreichte die Antragstellerin schließlich wiederum ein mail mit diversen Verfahrenshandlungen zu N/0035-BVA/08/2011, in dem neuerlich die Nichtigkeitsklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 28.4.2011 sowie eine mündliche Verhandlung verlangt wurde. Auch in dieser Eingabe ist nicht klargestellt worden, dass es sich hierbei nur um eine Präzisierung, Wiederholung oder Aufrechterhaltung bereits gestellter Anträge handeln würde, so dass diese Eingabe zur näheren Behandlung nunmehr zu N/0042-BVA/08/2011 zugewiesen wurde.

1.17. Aus dem Wortlaut der (auch) zu N/0041 und 0042-BVA/08/2011 protokollierten Eingaben ist nicht ersichtlich, dass hier jeweils eine (allenfalls schlüssige)

Zurückziehung der zu N/0035-BVA/08/2011 am 4.5.2011 protokollierten und mit diesem Bescheid restlich erledigten Anträge erfolgen sollte.

2. Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt zu N/0019-BVA/08/2011, N/0035-BVA/08/2011, N/0041-BVA/08/2011 und N/0042-BVA/08/2011; den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 23.5.2011; und den auftraggeberseits vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamts und formelle Beurteilung der Anträge

3.1.1. Das Arbeitsmarktservice ist ein Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit zur Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bunds - § 1 AMMSG - und sohin ein öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 iVm BGBl I 2010/15.

Rücksichtlich der §§ 1ff und insb 58f AMMSG ist beim AMS von einem vom Bund beherrschten Rechtsträger auszugehen, der gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 iVm den Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG iVm § 60 AMMSG der Vergabekontrolle durch das Bundesvergabeamt unterliegt. Wollte man *entgegen der hier vertretenen Auffassung* die Eigenschaft des AMS als Unternehmung gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c und 126b Abs 2 B-VG (- siehe zum Begriff der *Unternehmung* zB VfSlg 3296 -) verneinen, würde man dennoch über Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit bb B-VG iVm §§ 58f AMMSG zu einer Vergabekontrollzuständigkeit des Bundesvergabeamts kommen.

3.1.2. Der Bundesgesetzgeber hat mit § 345 Abs 14 BVergG 2006 idF der am 5.3.2010 in Kraft getretenen BVergG - Novelle gemäß Bundesgesetz BGBl I 2010/15 angeordnet, dass - so wie hier relevant - nach dem 5.3.2010 eingeleitete Vergabeverfahren und Rechtsschutzverfahren gemäß dem BVergG 2006 idF BGBl I 2010/15 zu beurteilen sind.

Zitate Bundesvergabegesetzes 2006 (= BVergG 2006) und insb solche der §§ 328ff BVergG 2006 in diesem Bescheid beziehen sich daher grundsätzlich -

mangels anderweitiger Klarstellung - auf das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2010 /15.

3.1.3. In der verfahrenseinleitenden Eingabe der Antragstellerin sind in einer Gesamtbewertung im Wesentlichen jene Mindestinhalte vorhanden, die die §§ 320 und 322 Abs 1 BVergG 2006 für eine Eingabe, mit welcher eine Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung gemeinsam angefochten werden, vorschreiben.

Dass die Antragstellerin am 4.5.2011 in der verfahrenseinleitenden Eingabe neben dem Nichtigerklärungsbegehren wider eine Zuschlagsentscheidung ein Nichtigerklärungsbegehren betreffend das *"Ausscheiden der Antragstellerin"*, und vor dem Hintergrund des § 129 BVergG 2006 nicht betreffend das *"Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin"* formulierte, war dabei iSv VwGH 2004/04/0028 nach der hier vertretenen Auffassung auf Basis der sonstigen Schriftsatzinhalte als evidentes Vergreifen im Begehrenswortlaut zu bewerten.

Insoweit ist der Mitbeteiligten, die diese Deutungsmöglichkeit nach einer bereits in der einstweiligen Verfügung entsprechend erfolgten Begehrensinterpretation ausdrücklich bestritten hat, entgegenzuhalten, dass die Antragstellerin auf Seiten 3f der verfahrenseinleitenden Eingabe die Ausscheidensentscheidung als angefochten bezeichnet und der Nachprüfungseingabe vom 4.5.2011 die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 28.4.2011 abschriftlich beigelegt hat, so dass insoweit kein Zweifel am wahren Anfechtungsgegenstand bestehen konnte. Das Begehren betreffend das Ausscheiden ist daher gegenständlich als bloßes Vergreifen im Wortlaut zu qualifizieren und damit gemäß § 13 AVG entsprechend dem eindeutigen Parteiwillen als Nichtigerklärungsbegehren wider das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin zu deuten - siehe insoweit vergleichbar nochmals VwGH 2004/04/0028.

3.1.4. Die gemäß §§ 315 und 322 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 erforderlichen Telefaxnummern waren insb aus Eingabenbeilagen der Antragstellerin - ohne weitergehende Verbesserungsnotwendigkeit - erkennbar.

3.1.5. Die Antragstellerin hat auch die über § 318 BVergG 2006 iVm der Verordnung BGBl II 2010/72 für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamts vorgesehenen Pauschalgebühren für die verfahrenseinleitende Eingabe zu N/0035-BVA/08/2011

entrichtet, zumal bei gemeinsamer Anfechtung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nach ständiger Amtspraxis und rücksichtlich der Bestimmung des § 320 Abs 2 BVergG 2006 eröffneten Möglichkeit der gemeinsamen Anfechtung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nur von einer einfachen Pauschalgebührenpflicht gemäß § 318 Abs 1 BVergG 2006 für die beiden Nichtigerklärungsbegehren vom 4.5.2011 auszugehen.

3.1.6. Soweit insoweit sowohl die Antragstellerin als auch der Auftraggeber fehlbezeichnend von einer Auftraggebereigenschaft des "Arbeitsmarktservice Österreich" sprechen, musste dies nicht zum Gegenstand gesonderte Erörterungen gemacht werden. Rücksichtlich dieser Bezeichnung des Auftraggebers ist nämlich gemäß § 2 ABGB offenkundig, dass einerseits nur das Arbeitsmarktservice gemäß § 1 Abs 1 AMMSG selbst Rechtsträger und öffentlicher Auftraggeber gemäß §§ 3 und 322 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 ist; und andererseits die Bundesorganisation "Arbeitsmarktservice Österreich" (iSv § 1 Abs 3 AMMSG) des wie gesagt gemäß § 1 Abs 1 AMMSG iVm § 3 Abs 1 Z 2 lit b BVergG 2006 allein rechtsfähigen *Arbeitsmarktservice* im Vergabeverfahren vergabekontrollrelevante Handlungen setzt. Über die Auftraggeber- und Antragsgegnereigenschaft besteht daher kein in einem kontradiktorischen Nachprüfungsverfahren gemäß Art 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG abzuklärender Streit.

3.2. Zur Anfechtung der Ausscheidensentscheidung zu N/0035-BVA/08/2011

3.2.1. Verfahrensrechtlich ist hier vorzuschicken, dass das BVA gemäß Art I Abs 2 lit C Z 37 EGVG das AVG anwendet und sohin mangels Vorliegens von Sonderverfahrensregelungen in Umsetzung der RL 89/665/EWG idF RL 2007/66/EG den Sachverhalt gemäß §§ 37 und 39 Abs 2 AVG amtswegig erhebt und dabei insb auch die einschlägigen Rechtsnormen amtswegig anwendet.

Die Amtswegigkeit erscheint dabei in einem raschen Nachprüfungsverfahren gemäß der gerade zitierten Richtlinie insb dort begrenzt, wo das BVA Handlungen wie zB eine Angebotsverbesserung vornehmen müsste, für die nur dem Auftraggeber gemäß BVergG 2006, nicht aber dem BVA gesetzliche Zuständigkeiten zukommen - VwGH 2007/04/0095.

Das BVA beurteilt insoweit die Aktenlage des Vergabeverfahrens, ist jedoch nicht gehalten, selbige erst im Nachprüfungsverfahren aus dem Titel der Amtswegigkeit zu schaffen - VwGH 2009/04/0207.

3.2.2. Wenn das BVA iSd stRsp des VwGH gehalten ist, bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erkennbare Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin aufzugreifen - VwGH 2007/04/0095, so muss dies umso mehr für den Fall gelten, dass der Auftraggeber bereits eine Ausscheidensentscheidung gefällt hat, womit dann allenfalls umfangreichere Ermittlungen gemäß § 39 Abs 2 AVG unterbleiben können. - BVA N/0089-BVA/08/2006-88 und N/0024-BVA/13/2011-24. Das BVA hat dabei dann hinreichend rechtliches Gehör zu den amtswegig aufgegriffenen Ausscheidensgründen zu gewähren - EuGH C-249/01.

Ist danach auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens ersichtlich, dass der Antragsteller im Ergebnis zu Recht ausgeschieden wurde, ist der Nichtigkeitsantrag gegen das Ausscheiden abzuweisen - VwGH 2009/04/0302. Ein allfälliges Nichtzutreffen der in der Ausscheidensentscheidung angegebenen Gründe ist in einem derartigen Fall nicht mehr von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens - § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, womit nach dem Gesetz einem Nichtigkeitsantrag aus diesem Grund nicht stattgegeben werden kann und insoweit - meritorisch - abzuweisen ist.

3.2.3. Das AMS stützt seine Ausscheidensentscheidung ua darauf, dass die Antragstellerin im LBO keine Stromkosten angegeben hätte und insoweit ein unvollständiges Angebot vorliegt, das nach § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden ist.

3.2.3.1. Der VwGH hat iS seiner stRsp zB zu ZI 2006/04/0200 ausgeführt:

Der Verwaltungsgerichtshof hat schon wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen, somit hinsichtlich der Willenserklärungen des Auftraggebers, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (Hinweis E vom 19. November 2008, 2007/04/0018, mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters.

Sohin sind auftragegeberseitige, mehrseitige Willenserklärungen wie insb auch Angebotsunterlagen, die mit einer Aufforderung zur Angebotsabgabe verschickt

werden, nach dem für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbaren objektiven Erklärungswert auszulegen.

3.2.3.2. Wenn das AMS in Punkt 1.7.3. der unangefochten gebliebenen Angebotsunterlageunterlage offenlegt, dass es mit der Position 12 des Angebotsblattes *die zu erwartenden Kosten des Energiehaushaltes* hinterfragen und bewerten will, ist aus dieser Passage objektiv redlich ersichtlich, dass hier das AMS die künftigen Energiekosten des Mietobjekts als zuschlagsrelevant definiert. In dieser Passage stellt das AMS eindeutig nicht darauf ab, ob die Auftragnehmerin hier bereits irgendwelche Energiebezugsverträge abgeschlossen hat, die nachmalig auf das AMS überwältzt werden sollen. Es geht hier dem AMS eindeutig um zu erwartende Energiekosten insgesamt, egal aus welcher Quelle die jeweiligen Energiekosten entspringen (Überwälzung durch den Vermieter oder aber eigene vertragliche Verpflichtung des AMS gegenüber einem Lieferanten).

Mit dem Verweis auf die Position 12. des Angebotsblatts ist klar, dass in dieser Position des Angebotsblatts bieterseits die gerade geschilderten zuschlagsrelevanten Angaben zu machen sind.

3.2.3.3. Wenn in der Position 12. des Angebotsblatts einleitend von *verpflichtend zu übernehmenden Energiekosten* gesprochen wird, ist dort ausdrücklich nicht verlangt, dass diese Energiekosten vom Bieter/Auftragnehmer auf das AMS überwältzt werden müssen. Übernommen ieS werden Energiekosten auch dann, wenn man diese kraft eigener Vertragsbeziehung mit dem Energielieferanten selbst bezahlt.

Diese Sichtweise gilt auch für Punkt 1.5.4. des Angebotshauptteils mit den dort angeführten *verpflichtend zu übernehmenden Energiekosten*.

3.2.3.5. Mit der Argumentation der Antragstellerin, die Angebotsunterlage würde nur verlangen, dass Energiekosten anzugeben sind, die die Bieterin/Auftragnehmerin im Auftragsfalle überwälzen würde, übersieht die Antragstellerin, dass eine objektiv redliche Auslegung der Angebotsunterlagen das Gegenteil ergibt.

Es kann nämlich dem AMS objektiv redlich nicht zugesonnen werden, dass es - für die Bestbieterauswahl relevant - die Kosten des Energiehaushalts des künftigen Mietobjekts abfragen will und gleichzeitig damit einverstanden wäre, dass ein Bieter, der zufällig bereits einen Strombezugsvertrag abgeschlossen hat, die daraus

resultierenden zu erwartenden Kosten als zuschlagsrelevante Angabe im Angebotsblatt angibt; und ein anderer Bieter, der eben noch keinen Stromlieferanten für sein Objekt hat, 0,00 Euro an Stromkosten angibt.

3.2.3.6. Da das Ziel der Betragsabfragen in Position 12. des Angebotsblatts sohin objektiv redlich erkennbar war, dass das AMS Informationen darüber enthält, welche Energiekosten pm, also pro Monat, für Strom, Warmwasser, Heizung und Kühlung je Mietobjekt anfallen werden, führt die Angabe von 0,00 Euro Stromkosten in dieser Position zu einem fehlerhaften Angebot. Das AMS will ja vergleichbare Angebote erhalten, was nicht geschehen wird, wenn verschiedene Bieter einzelne Positionen teilweise mit 0,00 Euro auspreisen (dürften), auch wenn das AMS beim nachmaligen Mietobjekt insoweit jedenfalls mit funktionsgleichen Kosten eines anderen Gläubigers als denjenigen belastet würde, die ein Bieter allenfalls (nicht) überwälzen möchte.

Sohin waren das Angebot bzw die Angebote der Antragstellerin und insb auch deren Erstanteget sowie auch deren LBO gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 auszuschneiden, da dieser Fehler (der Angabe von 0,00 Euro an Stromkosten) auch nicht behebbat ist. Eine zugelassene Fehlerbehebung würde nämlich dazu führen, dass die Antragstellerin trotz bereits erhaltener Aufforderung zum LBO und damit trotz Kenntnis, dass der Vergabewettbewerb nunmehr nach Angebotsabgabe beendet ist, dennoch nach Offenlegung gewisser Angaben der Konkurrenz in der Zuschlagsentscheidung nachmalig nach dem deklarierten Angebotsende nochmals zuschlagsrelevante Angaben ändern könnte.

Die Antragstellerin ersparte sich damit einen die Mängelbehebung hindernden bereits früher zu tragenden Aufwand der Energiekostenberechnung im Punkte der Stromkostenberechnung, was aber zur Unbehebbarkeit des Angebotsmangels nach VwGH ZI 2004/04/0078 führt.

3.2.3.7. Dem AMS ist bei der Stützung seiner Ausscheidensentscheidung auf Punkt 1.6.8. des Angebotshauptteils diese Ausscheidensentscheidung insoweit auch deshalb zu bestätigen, da die Antragstellerin mit ihren nachmaligen betragsmäßigen Stromkostenangaben selbst eingesteht, dass für deren angebotenes Objekt Stromkosten zu tragen sein werden, die aber unvollständiger Weise erst nach dem LBO der Antragstellerin an das AMS mitgeteilt wurden. Die sämtlichen Angebote der

Antragstellerin ohne zu erwartende Stromkosten waren unvollständig und damit nicht bewertbar.

Zu erwähnen ist insoweit weiters, dass durchgeführte Verhandlungen im Verhandlungsverfahren auch ein unbehebbar fehlerhaftes (Erst-) Angebot nicht zu einem vergaberechtskonformen Angebot machen - VwGH -ZI 2007/04/0232, 0233.

Die vom AMS angezogene Unvollständigkeit und damit Fehlerhaftigkeit des LBO der Antragstellerin hat daher im Ergebnis zur Abweisung des gegen die Ausscheidensentscheidung gerichteten Nichtigkeitsbegehrens zu führen.

3.2.4. Die Ausscheidensentscheidung des AMS erscheint aber insb auch aus nachstehendem Gründen als im Ergebnis richtig, womit der gegen das Ausscheiden gerichtete Nachprüfungsantrag gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 abzuweisen ist.

3.2.4.1. Die Antragstellerin ist eine Bietergemeinschaft. Sie trat in der Teilnahmeantragsphase bereits als Bewerbergemeinschaft auf.

3.2.4.2. § 70 Abs 6 BVergG 2006 ergibt, dass bei Eigenerklärungen von Bietergemeinschaften jedes Mitglied einer solchen Gemeinschaft die eigenen Berufsbefugnisse bereits in der Eigenerklärung anzugeben hat.

Wenn damit einhergehend die Antragstellerin in ihrem Teilnahmeantrag die abverlangten Formblätter B) und C) nicht ausgefüllt hat und auch sonst keine diesen Formblättern inhaltlich äquivalente Erklärung abgegeben hat, hat die Antragstellerin bei Abgabe des Teilnahmeantrags wegen Nichtangabe der Berufsbefugnisse ihrer Mitglieder, sprich Gesellschafterinnen eine Auskunft gemäß § 68 Abs 1 Z 7 BVergG 2007 über ihre Befugnis nicht erteilt.

Die Antragstellerin hätte daher gar nicht zur zweiten Vergabeverfahrensstufe zugelassen werden dürfen.

3.2.4.3. Dass die Antragstellerin als homogene Bewerber- und Bietergemeinschaft bei den geschuldeten Leistungen, wie in den Teilnahmeantragsunterlagen ersichtlich oder im Punkt 1. dieses Bescheids exemplarisch geschildert, jedenfalls über gewerberechtliche Berufsbefugnisse verfügen muss, ergibt sich daraus, dass die Antragstellerin im Auftragsfalle nicht nur die reine Flächenvermietung iSv VwGH ZI 83/04/0185 geschuldet hätte, sondern insb ausweislich der Anlagen 1 und 2 zu den Teilnahmeantragsunterlagen auch dafür einzustehen gehabt hätte,

dass das künftige Mietobjekt in bestimmter Weise mit bestimmten Funktionalitäten hergestellt und erst dann zur Miete überlassen wird. Dafür ist nämlich nach Auffassung des erkennenden Senats jedenfalls die Berufsbefugnis des Bauträgers nach § 117 Abs 4 GewO erforderlich, sofern man nicht wie zB für die Ausführung der Rohbauarbeiten von beiden Mitgliedern der Antragstellerin die Berufsbefugnis der Baumeister verlangt; oder für die Starkstrominstallationen die Befugnisse der Elektrotechniker, usw.

Insoweit ist zu erwähnen, dass die Antragstellerin in ihrer am 23.5.2011 protokollierten Eingabe, lfd Nr 53, selbst von einer Ausschreibungspflicht von Bauleistungen entsprechend einer E des OGH, 1Ob 201/99m ausgeht; und lt Verhandlungsniederschrift, S 5, lfd Nr 58, darlegt, dass sie ihr Angebotsobjekt erst (end-)errichten müsste (... *ist bislang in Grundzügen geplant* ...), womit sie letztlich selbst eingesteht, dass Bauleistungen zur eigenen nachmaligen Auftragserfüllung erforderlich sind.

3.2.4.4. Da der § 68 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 *lex specialis* zu § 129 Abs 2 BVergG 2006 ist - derart ausdrücklich VwGH ZI 2008/04/0083, führt die Unterlassung der insb in Formblatt B) der Teilnahmeantragsunterlage (in objektiv redlicher Auslegung) verlangten Angabe der Berufsbefugnisse der beiden Mitglieder der Antragstellerin und jedenfalls die Unterlassung der Nennung irgendwelcher eignungsstituierender, konkret einzusetzen geplanter Subunternehmer im Formblatt C) der Teilnahmeantragsunterlage zwingend zum Ausschluss der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren und damit über § 129 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 zum zwingenden Ausscheiden des bzw der Angebote der Antragstellerin.

Wenn dabei das AMS im Einleitungssatz des Formblatts C) dieses Formblatt ausdrücklich auch als mit einer Streichung auszufüllend verlangt, führt die gänzliche Unterlassung der Abgabe der Formblatts C) auch insoweit zu einer Unterlassung einer eignungsrelevanten Auskunft und damit zu einem Ausschluss nach 68 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 samt einem zwingend durchzuführenden Angebotsausscheiden gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 zu Lasten der Antragstellerin.

Es war daher auch insoweit mit Abweisung des Nachprüfungsantrags wider die Ausscheidensentscheidung vorzugehen.

3.2.4.5. Rechtlich unerheblich hinsichtlich des vorstehend aufgezeigten zwingenden Ausscheidens gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 auf Basis der Aktenlage iSv VwGH 2007/04/0095 ist dabei, wenn die Antragstellerin in der Verhandlung betont hat, sie würde nur Mietentgelt erhalten. Denn auch das Mietentgelt kann und ist unternehmerisch derart kalkulierbares Entgelt, mit dem die letztlich vorab von der Antragstellerin geschuldete mietvertragskonforme Gebäudeerrichtung- bzw adaptierung bzw -überlassung gemäß den Funktionsanforderungen des AMS - eben über Mietzins - abgegolten wird. Diese Abgeltungsform ändert aber nichts an den von der Antragstellerin ihrerseits geschuldeten vertragscharakteristischen Leistungen, die über die Gewerbeordnung zum Erfordernis gewerberechtlicher Berufsbefugnisse im Kapazitätsbereich der Antragstellerin führen.

3.3. Zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung zu N/0035-BVA/08/2011

Der VwGH judiziert in stRsp zum BVergG 2006, dass der rechtmäßig ausgeschiedene bzw auszuschiedende Bieter in einem Nachprüfungsverfahren zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht erfolgreich gegen die zu Gunsten eines Konkurrenten ergangene Zuschlagsentscheidung vorgehen kann - idS Zlen 2007/04/0232, 0233 uva. Der gegen die Zuschlagsentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag ist insoweit nach dem Ergehen einer rechtmäßigen Ausscheidensentscheidung nach dem BVergG 2006 zurückzuweisen - VwGH 25.1.2011, 2009/04/0302 (- anders noch zum BVergG 2002, wo im Falle des berechtigten Ausscheidens des die Zuschlagsentscheidung anfechtenden Antragstellers mangels gesonderter Anfechtbarkeit des Ausscheidens abzuweisen war - VwGH 2005/04/0181).

Wie oben dargestellt, wurde die Antragstellerin seitens des AMS (im Ergebnis) zu Recht ausgeschieden. Der gegen die Zuschlagsentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag war daher mangels Möglichkeit der Verletzung der in § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 genannten Rechte wegen damit fehlender Antragslegitimation zurückzuweisen.

3.4. Pauschalgebührenersatz

Da die Antragstellerin mit ihren Nichtigerklärungsbegehren gegen die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung vom 28.4.2011 nicht obsiegt hat, konnte deren Pauschalgebührenersatzbegehren gemäß § 319 Abs 1 und Abs 2 Z 1 BVergG 2006

bereits mangels Obsiegens mit den Nichtigkeitsklärungsbegehren nicht stattgegeben werden.

Wien, am 1.6.2011
Der Vorsitzende des Senats 8

OR Mag Reinhard Grasböck