

TE Verg Bescheid 2012/12/12 N/0099-BVA/08/2012-72

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.12.2012

Norm

ABGB §2

AVG §13

AVG §71 Abs1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §101 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

1. ABGB Art. 10 § 2 heute

2. ABGB Art. 10 § 2 gültig ab 01.07.2007

1. AVG § 13 heute

2. AVG § 13 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. AVG § 13 gültig von 01.01.2012 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2011

4. AVG § 13 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

5. AVG § 13 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008

6. AVG § 13 gültig von 01.07.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004

7. AVG § 13 gültig von 01.03.2004 bis 30.06.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2004

8. AVG § 13 gültig von 20.04.2002 bis 29.02.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002

9. AVG § 13 gültig von 01.01.2002 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001

10. AVG § 13 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

11. AVG § 13 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. AVG § 71 heute

2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023

3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

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 § 101 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8, (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck; Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber Mag Wolfgang Pointner; Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Lieferleistung selbstklebende Haftstreifen 2. Ausschreibung" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG), vergebende Stelle ASFINAG MAUT SERVICE GMBH, über die von der Antragstellerin A*** GmbH & Co. KG gegen die Ausscheidensentscheidung und die die Zuschlagsentscheidung gestellten Nichtigerklärungsanträge; über deren Wiedereinsetzungsantrag betreffend die Frist zu Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und über deren Pauschalgebührenersatzantrag wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8, (Senatsvorsitzender OR Mag Reinhard Grasböck; Beisitzer aus dem Kreis der Auftraggeber Mag Wolfgang Pointner; Beisitzer aus dem Kreis der Auftragnehmer Mag Matthias Wohlgemuth) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend das Vergabeverfahren "Lieferleistung selbstklebende Haftstreifen 2. Ausschreibung" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (ASFINAG), vergebende Stelle ASFINAG MAUT SERVICE GMBH, über die von der Antragstellerin A*** GmbH & Co. KG gegen die Ausscheidensentscheidung und die die Zuschlagsentscheidung gestellten Nichtigerklärungsanträge; über deren Wiedereinsetzungsantrag betreffend die Frist zu Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und über deren Pauschalgebührenersatzantrag wie folgt entschieden:

Spruch

I. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Stellung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird abgewiesen. römisch eins. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Stellung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 71 f AVG. Rechtsgrundlage: Paragraphen 71, f AVG.

II. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Fa. ASFINAG, gestellt am 2.11.2012, wird zurückgewiesen. römisch zwei. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Fa. ASFINAG, gestellt am 2.11.2012, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen: §§ 320 Abs 1 und alternativ 321 Abs 2 iVm 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10. Rechtsgrundlagen: Paragraphen 320, Absatz eins und alternativ 321 Absatz 2, in Verbindung mit 322 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10.

III. Der am 31.10.2012 beim Bundesvergabeamt protokollierte Antrag auf Nichtigkeit der Entscheidung der Fa. ASFINAG vom 23.10.2012 über das Ausscheiden von der oben genannten Ausschreibung, interpretiert als Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 24.10.2012, wird abgewiesen. römisch drei. Der am 31.10.2012 beim Bundesvergabeamt protokollierte Antrag auf Nichtigkeit der Entscheidung der Fa. ASFINAG vom 23.10.2012 über das Ausscheiden von der oben genannten Ausschreibung, interpretiert als Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 24.10.2012, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 129 Abs 1 Z 7 iVm 325 Abs 1 BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10; § 13 AVG. Rechtsgrundlage: Paragraphen 129, Absatz eins, Ziffer 7, in Verbindung mit 325 Absatz eins, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10; Paragraph 13, AVG

IV. Der Antrag auf Gebührenersatz iSd BVergG vom 27.11.2012 wird abgewiesen. römisch vier. Der Antrag auf Gebührenersatz iSd BVergG vom 27.11.2012 wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006 BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2012/10. Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10

Begründung

1. Verfahrensgang und Sachverhalt

1.1. Die ASFINAG benötigt derzeit selbstklebende Haftstreifen für die Montage der sogenannten GO - Box an der Windschutzscheibe von Fahrzeugen und schrieb insoweit die zu liefernden selbstklebenden Haftstreifen in einem ersten Vergabeverfahren aus, das mangels tauglicher Angebote widerrufen wurde.

1.2. Im nunmehr streitgegenständlichen Folgevergabeverfahren, das die ASFINAG als offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich mit der Bezeichnung OBU - Haftstreifen 2012 bzw Lieferung selbstklebende Haftstreifen durchführt, legten in dem offenbar sehr oligopol gestalteten Bietermarkt zwei Unternehmer Angebote.

1.3. Im Teil L.3 der Ausschreibungsunterlagen, der Leistungsbeschreibung ist unter Punkt 3.3. "Erfüllungsorte" eine Lieferung Frei Haus an eine Wiener Adresse festgelegt, wobei in Punkt 4.1.10 des Teils L.4 der Vergabeunterlagen, den "Vertragsbestimmungen" neuerlich hinsichtlich der Preisgestaltung auf diesen Erfüllungsort hingewiesen wird.

1.4. Die in Deutschland ansässige Antragstellerin hatte bereits in einem ersten, nachmalig widerrufenen Vergabeverfahren ein auszuschheidendes Angebot gelegt und legte im nunmehrigen Vergabeverfahren neuerlich ein Angebot. Die Antragstellerin verwendete dazu ein von der ASFINAG für dieses Vergabeverfahren erstelltes Angebotsformular, wo auf der Seite 1/8 von der Antragstellerin die Abfrage nach einem Begleitschreiben und auch nach einer Eigenerklärung durch Ankreuzen bejaht wurde, wo die Antragstellerin aber zusätzlich - in diesem offenen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich - das Angebotsformular der ASFINAG dahin ergänzte, dass auf eine Anlage zum Angebot verwiesen wurde.

1.5. In dieser Anlage der Antragstellerin formulierte jene Person, die auch das Angebotsformular für die Antragstellerin unterfertigt hatte, an den in der Vergabebekanntmachung genannten Projektleiter der ASFINAG wie folgt:

"Sehr geehrter Herr F***,

bezugnehmend auf die 2. Ausschreibung vom August 2012 bieten wir freibleibend an:

...

Konditionen: Lieferung ab Werk, Verpackung frei

Zahlbar innerhalb 10 Tagen 2% Skonto, 30 Tage rein netto.

Wir liefern zu unseren Liefer- und Zahlungsbedingungen.

Mit freundlichen Grüßen

...

1.6. Die ASFINAG versandte am 24.10.2012 eine Ausscheidensentscheidung an die Antragstellerin, in welcher drei Ausscheidenssachverhalte genannt sind. Die Antragstellerin widerspreche mit ihrem Anbot den ausschreibungsmäßig festgelegten Zahlungskonditionen, der Verweis auf die eigenen Liefer- und Zahlungskonditionen würde einen Ausscheidensgrund darstellen; und würde insbesondere die Anmerkung "Lieferung ab Werk" der ausschreibungsmäßigen Lieferkondition "Frei Haus" widersprechen.

1.7. Nach Punkt 1.1.7. des Teils L.1 der Ausschreibungsunterlagen, den "Ausschreibungsbedingungen", sind Alternativ- und Abänderungsangebote unzulässig. Der österreichische Rechtsvertreter der Antragstellerin bestätigte insoweit auch in der Verhandlung am 27.11.2012, dass die Antragstellerin mit ihrer Anlage zum Angebot kein Alternativ- bzw Abänderungsangebot legen wollte - Seite 4 der lfd Nr 60 des Akts N/0099-BVA/08/2012.

1.8. Im Verfahrensgeschehen vor dem BVA ab dem 31.10.2012 vertrat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren wider die Ausscheidensentscheidung, N/0099-BVA/08/2012, den Standpunkt, dass sie nicht darauf hingewiesen worden wäre, dass eine "Lieferung ab Werk" ein Ausscheidungskriterium ist, so dass die Antragstellerin nicht darauf reagieren konnte, künftig die Konditionen auf "frei Haus" umzustellen.

"Materiell läge nach Auffassung der Antragstellerin durch diese Abänderung keine Begünstigung ihres Angebots vor, da die Frachtkosten im Verhältnis zum Auftragswert zu vernachlässigen wären."

Die Antragstellerin dokumentiert - unbestritten - durch diese Ausführungen, zB auf Seite 3 der Eingabe, lfd Nr 4 des Akts N/0099-BVA/08/2012, dass auch die Antragstellerin den Unterschied zwischen "Frei Haus" und "Ab Werk" darin versteht, dass es hier um die Tragung der Transportkosten entweder durch die Lieferantin oder aber durch die

ASFINAG geht.

1.9. Im Rahmen einer Eingabe der Antragstellerin, die vorrangig zur Verbesserung des gestellten Antrags auf Wiedereinsetzung eingebracht wurde, lfd Nr 28 des Akts N/0099-BVA/08/2012, Seite 3 dieser Eingabe, führte die Antragstellerin aus, dass sich die Transportkosten für die drei Teillieferungen bei insgesamt 204 Euro bewegen würden, so dass der angebotene Preis auch unter Berücksichtigung

der Transportkosten weit unter dem Preis des Mitbewerbers liegen würde. ... Im

Übrigen würde seitens der Antragstellerin auf die Ausführungen in ihrem Schreiben vom 30.10.2012 verwiesen, in dem diese bereits ihre Bereitschaft zu einer Lieferung "frei Haus" erklärt hätte.

Als Ende der Angebotsfrist war in den Ausschreibungsunterlagen der 21.9.2012, 11.00 Uhr festgelegt.

1.10. Die ASFINAG versandte zudem am 24.10.2012 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbeteiligten, der B*** GmbH.

1.11. Die Antragstellerin telefonierte nach eigenen Verfahrensangaben in diversen Schriftsätzen und in der Verhandlung am 27.11.2012 am 29.10., 30.10. und 31.10. 2012 mit einer Vertreterin des Vorsitzenden des BVA bzw derselben Senatsvorsitzenden als Vertreterin des Senatsvorsitzenden des Senats 8 des BVA. Die Antragstellerin verfasste zeitlich parallel zu diesen Telefonaten am 30.10.2012 nach Amtsstundenende einen am 31.10.2012 zu protokollierenden Nachprüfungsantrag "auf Nichtigkeit" der Ausscheidensentscheidung lt obigen Bescheidsprüchen, wobei in den am 31.10.2012 im Akt N/0099-BVA/08/2012 protokollierten Gleichschriften des Nachprüfungsantrags jeweils zusätzlich ein sonst inhaltsleerer Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung enthalten war.

Die Antragstellerin legte am 31.10.2012 zudem nach ihren Antragsgleichschriften auch die Ausscheidensentscheidung und die in einer gesonderten Unterlage verfasste Zuschlagsentscheidung an das BVA vor.

1.12. Der am 31.10.2012 durch eine Vertreterin gemäß Geschäftsverteilung vertretene Senatsvorsitzende des hier entscheidenden Senats nahm am 2.11.2012 mit der Antragstellerin Kontakt auf und manuduzierte die formal damals nicht durch einen Rechtsanwalt vertretene Antragstellerin gemäß § 13a AVG, dass neben der Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung auch ein Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt hätte werden müssen, dass die Frist für einen derartigen Nichtigkeitsklärungsantrag im Unterschwellenbereich bereits am 31.10.2012 abgelaufen sein dürfte; dass in derartigen Fällen ein Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrags gegen die Zuschlagsentscheidung gestellt werden könnte, über welchen dann ein Senat zu entscheiden hätte, und dass betreffend den bisherigen leeren eV - Antrag ein Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung das entsprechend übliche, zu stellende Sicherungsbegehren zur Bewirkung einer Zuschlagssperre wäre.

1.12. Der am 31.10.2012 durch eine Vertreterin gemäß Geschäftsverteilung vertretene Senatsvorsitzende des hier entscheidenden Senats nahm am 2.11.2012 mit der Antragstellerin Kontakt auf und manuduzierte die formal damals nicht durch einen Rechtsanwalt vertretene Antragstellerin gemäß Paragraph 13 a, AVG, dass neben der Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung auch ein Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt hätte werden müssen, dass die Frist für einen derartigen Nichtigkeitsklärungsantrag im Unterschwellenbereich bereits am 31.10.2012 abgelaufen sein dürfte; dass in derartigen Fällen ein Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrags gegen die Zuschlagsentscheidung gestellt werden könnte, über welchen dann ein Senat zu entscheiden hätte, und dass betreffend den bisherigen leeren eV - Antrag ein Begehren auf Untersagung der Zuschlagserteilung das entsprechend übliche, zu stellende Sicherungsbegehren zur Bewirkung einer Zuschlagssperre wäre.

1.13. Die Antragstellerin reagierte am 2.11.2012 kurzfristig innerhalb der für zu protokollierende Eingaben innerhalb der Amtsstunden (freitags bis 12.00 Uhr) zur Verfügung stehenden Zeit auf die Manuduktion des Senatsvorsitzenden mit der Eingabe, lfd Nr 1 des Akts N/0100-BVA/08/2012, in welcher die Untersagung der Zuschlagserteilung; die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung und ein - leerer - Antrag auf Wiedereinsetzung vorgetragen wurden. Auf das bisherige Vorbringen der Antragstellerin zu N/0099-BVA/08/2012 wurde in dieser Eingabe verwiesen.

1.14. Das BVA löste danach unstrittig am 2.11.2012 eine derzeit noch aufrechte Zuschlagssperre gemäß § 328 Abs 6 BVergG 2006 aus und verfasste vorerst einen Verbesserungsauftrag betreffend den Wiedereinsetzungsauftrag. Insoweit wurden der Antragstellerin aus Deutschland insbesondere auch die Seiten 324 bis 333 des Lehrbuchs Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht5 zwecks vollständiger Wiedereinsetzungsbelehrung inklusive

Belehrung über die Inhaltserfordernisse eines Wiedereinsetzungsantrags übermittelt und auf die Thematik des zu bezeichnenden Grunds für die Fristversäumung/den^{1.14}. Das BVA löste danach unstrittig am 2.11.2012 eine derzeit noch aufrechte Zuschlagssperre gemäß Paragraph 328, Absatz 6, BVergG 2006 aus und verfasste vorerst einen Verbesserungsauftrag betreffend den Wiedereinsetzungsauftrag. Insoweit wurden der Antragstellerin aus Deutschland insbesondere auch die Seiten 324 bis 333 des Lehrbuchs Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahren⁵ zwecks vollständiger Wiedereinsetzungsbelehrung inklusive Belehrung über die Inhaltserfordernisse eines Wiedereinsetzungsantrags übermittelt und auf die Thematik des zu bezeichnenden Grunds für die Fristversäumung/den

Wiedereinsetzungsantrag verwiesen - lfd Nr 5 des Akts N/0100-BVA/08/2012.

1.15. Die Antragstellerin reagierte auf diesen Verbesserungsauftrag mit der Eingabe, lfd Nr 15 des Akts N/0100-BVA/08/2012.

Nach Zugang der Ausscheidensentscheidung und Zuschlagsentscheidung je am 24.10.2012 an die Antragstellerin wäre mit der - oben bereits erwähnten - Vertreterin des Behördenleiters Kontakt aufgenommen worden, wo über die formale Vorgangsweise belehrt worden wäre. Der ständige Rechtsbeistand der Antragstellerin wäre auf Urlaub gewesen, eine eigene Rechtsabteilung hätte die Antragstellerin nicht.

Ein Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung wäre im Telefonat mit der erwähnten Kontaktperson beim BVA nicht konkret angesprochen worden und wäre ein solcher Nichtigklärungsantrag aus Unwissenheit nicht (ausdrücklich) gestellt worden.

Aus dem Text des verfahrenseinleitenden Antrags zu N/0099-BVA/08/2012 würde sich jedoch ergeben, dass sowohl die Ausscheidens- als auch die Zuschlagsentscheidung angegriffen werden sollten.

Die gerade kommentierte Eingabe wurde formal noch nicht durch einen Rechtsanwalt verfasst, erinnert jedoch notorisch zumindest passagenweise an typische advokatorische Diktionen.

1.16. In der Verhandlung am 27.11.2012 erschien die Antragstellerin in Begleitung ihres in Deutschland zugelassenen Rechtsanwalts und ihres österreichischen Rechtsanwalts.

Im Wiedereinsetzungspunkt gab die Antragstellerin an, dass ihr ständiger deutscher Rechtsvertreter zum Zeitpunkt des Entscheidungszugangs in Übersee auf Urlaub gewesen wäre und durch einen Sturm beim Telefonieren beeinträchtigt worden wäre.

Am 26.10.2012 hätte man in Österreich niemanden erreicht. Am 29.10.2012 wäre bereits mit einer Vertreterin des BVA - Vorsitzenden telefoniert worden, die am 31.10.2012 dann auch noch die Übermittlung der beiden Entscheidungen (Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung) verlangt hätte. Die Antragstellerin beantragte insb auch zum Beweis ihres Wiedereinsetzungsvorbringens die Einvernahme mehrerer Personen, teils im Rechtshilfeweg in Deutschland.

Im Ausscheidenspunkt gab die Antragstellerin in der Verhandlung an, dass der Passus "Ab Werk, Verpackung frei" irrtümlich verwendet worden wäre und leicht abgeändert hätte werden können, zumal es sich insoweit nur um einen Betrag von ca 260,- Euro handeln würde.

1.17. Die Antragstellerin überreichte zu Verhandlungsbeginn einen Schriftsatz ihrer deutschen Rechtsvertretung, wonach es der Antragstellerin nicht möglich gewesen wäre, innerhalb der Antragsfrist von 7 Tagen einen im österreichischen Vergaberecht kundigen Rechtsanwalt zu finden.

Aus der einleitenden Eingabe zu N/0099-BVA/08/2012 würde sich zwar nicht aus dem Wortlaut, jedoch aus dem Sinn ergeben, dass beide Entscheidungen angegriffen werden sollten, zumal sonst ein eV - Antrag keinen Sinn machen würde. Die Antragstellerin hätte zudem nach Telefonaten mit einer Vertreterin des Behördenleiters sogar beide für sie nachteiligen Entscheidungen an das BVA übermittelt.

Zudem würde die Antragstellerin - in der Sache - standardmäßig ab Werk liefern, was mitunter auch für den jeweiligen Kunden besser wäre.

1.18. Nach der Verhandlung erstattete die Antragstellerin weiteres Vorbringen zu einem zu ihren Lasten angezogenen zusätzlichen Ausscheidensgrunds iZm einer Garantie für einen Kleber iZm der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, worauf die anderen Verfahrensteile - ohnehin rechtlich unerheblich - teilweise kurz replizierten.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakt zu N/0099- BVA/08/2012 und N0100-BVA/08/2012 und den diesbezüglich vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß § 313 Abs 2 BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakt zu N/0099- BVA/08/2012 und N0100-BVA/08/2012 und den diesbezüglich vorgelegten Vergabeunterlagen, soweit die Tatsachen nicht ohnehin als notorisch bzw gemäß Paragraph 313, Absatz 2, BVergG 2006 zu Grunde gelegt werden konnten.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1. Die ASFINAG ist unstrittig öffentlicher Auftraggeber, auf das Vergabeverfahren und das Rechtsschutzverfahren vor dem BVA finden unstrittig die Bestimmungen des BVergG 2006 idF BGBl I 2012/10 Anwendung. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher auf diese Fassung. 3.1. Die ASFINAG ist unstrittig öffentlicher Auftraggeber, auf das Vergabeverfahren und das Rechtsschutzverfahren vor dem BVA finden unstrittig die Bestimmungen des BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2012/10 Anwendung. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich daher auf diese Fassung.

3.2. Der Wiedereinsetzungsantrag war gemäß § 71 Abs 1 Z 1 AVG abzuweisen, da die Antragstellerin bei Beteiligung an einem österreichischen Vergabeverfahren bereits ab Beginn der Vergabeverfahrensteilnahme verpflichtet gewesen wäre, sich darüber zu informieren, inwieweit in Österreich gegen nachteilige Auftraggeberentscheidungen welche Rechtsbehelfe ergriffen werden können. Wenn daher die Antragstellerin unstrittig am 24.10.2012 die Ausscheidensentscheidung und auch die Zuschlagsentscheidung zugemittelt erhalten hat und zu diesem Zeitpunkt die einschlägigen Anfechtungsfristen nach § 321 BVergG 2006 nicht kannte, stellt die Versäumung der Frist (hier:) gemäß § 321 Abs 2 BVergG 2006, kombiniert mit offenkundiger Unkenntnis des Anfechtungssystems gemäß §§ 2 Z 16, 320 Abs 1, 321 und 322 BVergG 2006, kein unvorhergesehenes bzw unabwendbares Ereignis dar. 3.2. Der Wiedereinsetzungsantrag war gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG abzuweisen, da die Antragstellerin bei Beteiligung an einem österreichischen Vergabeverfahren bereits ab Beginn der Vergabeverfahrensteilnahme verpflichtet gewesen wäre, sich darüber zu informieren, inwieweit in Österreich gegen nachteilige Auftraggeberentscheidungen welche Rechtsbehelfe ergriffen werden können. Wenn daher die Antragstellerin unstrittig am 24.10.2012 die Ausscheidensentscheidung und auch die Zuschlagsentscheidung zugemittelt erhalten hat und zu diesem Zeitpunkt die einschlägigen Anfechtungsfristen nach Paragraph 321, BVergG 2006 nicht kannte, stellt die Versäumung der Frist (hier:) gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG 2006, kombiniert mit offenkundiger Unkenntnis des Anfechtungssystems gemäß Paragraphen 2, Ziffer 16, 320, Absatz eins, 321 und 322 BVergG 2006, kein unvorhergesehenes bzw unabwendbares Ereignis dar.

Es liegt aber auch ein Verschulden vor, dass jedenfalls über den minderen Grad des Versehenes hinausgeht, wenn die Antragstellerin nach ihrem eigenen Vorbringen nicht bereits am 24.10.2012 wusste, welche Rechtsbehelfe sie in Österreich in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gegen nachteilige Auftraggeberentscheidungen ergreifen kann, so dass die Wiedereinsetzung auch insoweit scheitert - siehe insoweit auch die Rsp zu § 2 ABGB, wonach man sich betreffend seine (beruflichen) Tätigkeiten über das einschlägige Recht (souveräner ausländischer Staaten) zu informieren hat, mwH zB bei Posch in Schwimann/Kodek, ABGB4 I § 2 Rzz 4 ff; Es liegt aber auch ein Verschulden vor, dass jedenfalls über den minderen Grad des Versehenes hinausgeht, wenn die Antragstellerin nach ihrem eigenen Vorbringen nicht bereits am 24.10.2012 wusste, welche Rechtsbehelfe sie in Österreich in einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gegen nachteilige Auftraggeberentscheidungen ergreifen kann, so dass die Wiedereinsetzung auch insoweit scheitert - siehe insoweit auch die Rsp zu Paragraph 2, ABGB, wonach man sich betreffend seine (beruflichen) Tätigkeiten über das einschlägige Recht (souveräner ausländischer Staaten) zu informieren hat, mwH zB bei Posch in Schwimann/Kodek, ABGB4 römisch eins Paragraph 2, Rzz 4 ff;

wozu noch kommt, dass es der Antragstellerin auf Basis des Rechts in ihrem Heimatstaat (im Oberschwellenbereich) nicht wesensfremd sein konnte, dass im Nachprüfungsbereich idR rasch gehandelt werden muss, siehe §§ 97ff dtGWB. Dass die Antragstellerin sohin (erst) am 29., 30. bzw 31.10. 2012 mit einer Organwalterin des BVA telefonierte und dort (allenfalls hinreichend konkret vorgebracht) nicht vollständig informiert/manuduziert worden wäre, ist sohin nicht mehr rechtserheblich im Wiedereinsetzungspunkt - § 39 Abs 3 AVG. wozu noch kommt, dass es der Antragstellerin auf

Basis des Rechts in ihrem Heimatstaat (im Oberschwelenbereich) nicht wesensfremd sein konnte, dass im Nachprüfungsbereich idR rasch gehandelt werden muss, siehe Paragraphen 97 f, f, dtGWB. Dass die Antragstellerin sohin (erst) am 29., 30. bzw 31.10. 2012 mit einer Organwalterin des BVA telefonierte und dort (allenfalls hinreichend konkret vorgebracht) nicht vollständig informiert/manuduziert worden wäre, ist sohin nicht mehr rechtserheblich im Wiedereinsetzungspunkt - Paragraph 39, Absatz 3, AVG.

Ein Nachprüfungsantrag gegen eine Zuschlagsentscheidung erfordert zudem wesensmäßig und zentral für das österreichische Rechtssystem ein konkretes Nichterklärungsbegehren betreffend die Zuschlagsentscheidung, das aber bei den am 31.10.2012 beim BVA protokollierten Eingaben im Akt N/0099-BVA/08/2012 unstrittig dem Wortlaut nach nicht enthalten ist.

Parteierklärungen sind nach dem anwendbaren § 13 AVG aber objektiv gemäß ihrem Wortlaut auszulegen. Parteierklärungen sind nach dem anwendbaren Paragraph 13, AVG aber objektiv gemäß ihrem Wortlaut auszulegen.

Dergestalt konnte nach der Rsp zu § 13 AVG zwar das Begehren auf Nichtigkeit der Entscheidung über das Ausscheiden rechtsschutzfreundlich noch als Nichtigerklärungsbegehren nach § 322 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 gegen die Ausscheidensentscheidung gewertet werden. Dergestalt konnte nach der Rsp zu Paragraph 13, AVG zwar das Begehren auf Nichtigkeit der Entscheidung über das Ausscheiden rechtsschutzfreundlich noch als Nichtigerklärungsbegehren nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 gegen die Ausscheidensentscheidung gewertet werden.

Ein im Eingabewortlaut vom 30.10.2012 (nach Amtsstundenende) bzw protokolliert am 31.10.2012 wortlautmäßig unstrittig nicht einmal ansatzweise enthaltenes Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung konnte jedoch zu Gunsten der Antragstellerin nicht mehr in deren Eingaben vom 30. bzw 31.10. 2012, wie im Verwaltungsakt N/0099-BVA/08/2012 abgelegt, hineininterpretiert werden; siehe dazu grundsätzlich Hengstschläger/Leeb, AVG § 13 Rz 38. Ein im Eingabewortlaut vom 30.10.2012 (nach Amtsstundenende) bzw protokolliert am 31.10.2012 wortlautmäßig unstrittig nicht einmal ansatzweise enthaltenes Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung konnte jedoch zu Gunsten der Antragstellerin nicht mehr in deren Eingaben vom 30. bzw 31.10. 2012, wie im Verwaltungsakt N/0099-BVA/08/2012 abgelegt, hineininterpretiert werden; siehe dazu grundsätzlich Hengstschläger/Leeb, AVG Paragraph 13, Rz 38.

3.3. Der - als solcher interpretierte - zu N/0099-BVA/08/2012 protokollierte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war abzuweisen, weil die Antragstellerin nach dem Wortlaut ihrer Angebotserklärungen eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, sie würde ihren Angebotspreis ab Werk anbieten; und sohin nicht wie in der Ausschreibung gefordert, frei Haus. Aus Sicht der ASFINAG als objektiv redlicher Erklärungsempfängerin gemäß der Vertrauens Theorie gemäß §§ 863 und 914f ABGB war damit klar, dass die Antragstellerin die Transportkosten für die zu liefernde Ware nicht übernehmen wollte. 3.3. Der - als solcher interpretierte - zu N/0099-BVA/08/2012 protokollierte Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung war abzuweisen, weil die Antragstellerin nach dem Wortlaut ihrer Angebotserklärungen eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, sie würde ihren Angebotspreis ab Werk anbieten; und sohin nicht wie in der Ausschreibung gefordert, frei Haus. Aus Sicht der ASFINAG als objektiv redlicher Erklärungsempfängerin gemäß der Vertrauens Theorie gemäß Paragraphen 863 und 914 f ABGB war damit klar, dass die Antragstellerin die Transportkosten für die zu liefernde Ware nicht übernehmen wollte.

Zur Anwendbarkeit der Vertrauens Theorie

- zu dieser Auslegungsmaxime siehe nur Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 IV § 863 Rz 2 - zu dieser Auslegungsmaxime siehe nur Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 römisch vier Paragraph 863, Rz 2 -

iZm der in Deutschland ansässigen Antragstellerin ist auszuführen, dass materielles Vergaberecht vorvertragliches Schuldrecht zur Regelung des Abschlusses von Verträgen bei öffentlichen Auftragsvergaben darstellt, siehe zB BVA 10.10.2011, N/0098-BVA/08/2011EV19. Insoweit ist internationalprivatrechtlich davon auszugehen, dass bei einer österreichischen Auftragsvergabe teleologisch die engste Beziehung zum österreichischen Privatrecht besteht, so dass - wenn man nicht ohnehin von einer Wahl des (gesamten) österreichischen Privatrechts auszugehen hat, jedenfalls gemäß Art 4 Abs 3 iVm Art 10 Abs 1 der Verordnung EG 593/2008 - vorvertraglich - das österreichische ABGB mangels vergaberechtlicher Sondervorschriften Anwendung findet. iZm der in Deutschland ansässigen Antragstellerin ist auszuführen, dass materielles Vergaberecht vorvertragliches Schuldrecht zur Regelung des Abschlusses von Verträgen bei öffentlichen Auftragsvergaben darstellt, siehe zB BVA 10.10.2011, N/0098-BVA/08/2011EV19. Insoweit ist

internationalprivatrechtlich davon auszugehen, dass bei einer österreichischen Auftragsvergabe teleologisch die engste Beziehung zum österreichischen Privatrecht besteht, so dass - wenn man nicht ohnehin von einer Wahl des (gesamten) österreichischen Privatrechts auszugehen hat, jedenfalls gemäß Artikel 4, Absatz 3, in Verbindung mit Artikel 10, Absatz eins, der Verordnung EG 593 aus 2008, - vorvertraglich - das österreichische ABGB mangels vergaberechtlicher Sondervorschriften Anwendung findet.

IdS sind (auch) nach der Rsp des VwGH Angebotserklärungen der Antragstellerin unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv zu verstehen (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; 25.1.2011, 2006/04/0200) und konnte daher gegenständlich die Erklärung ab Werk, mag sie auch (von der Antragstellerin selbst vorgebracht) irrtümlich erfolgt sein, nicht als Erklärung frei Haus verstanden werden. Das Angebot der Antragstellerin war daher bereits wegen des objektiv redlich erklärten Preisangebots "ab Werk" wegen Ausschreibungswidrigkeit auszuschneiden, zumal im vorliegenden offenen Vergabeverfahren eine Änderung des Angebotsinhalts nach Ablauf der Angebotsfrist unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nicht mehr in Betracht kommt - §§ 19 Abs 1 und 101 Abs 4 BVergG 2006. IdS sind (auch) nach der Rsp des VwGH Angebotserklärungen der Antragstellerin unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv zu verstehen (VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; 25.1.2011, 2006/04/0200) und konnte daher gegenständlich die Erklärung ab Werk, mag sie auch (von der Antragstellerin selbst vorgebracht) irrtümlich erfolgt sein, nicht als Erklärung frei Haus verstanden werden. Das Angebot der Antragstellerin war daher bereits wegen des objektiv redlich erklärten Preisangebots "ab Werk" wegen Ausschreibungswidrigkeit auszuschneiden, zumal im vorliegenden offenen Vergabeverfahren eine Änderung des Angebotsinhalts nach Ablauf der Angebotsfrist unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nicht mehr in Betracht kommt - Paragraphen 19, Absatz eins und 101 Absatz 4, BVergG 2006.

3.4. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2.11.2012 war unter Hinweis auf das Vorstehende vorerst einmal - mangels Wiedereinsetzung - wegen Verspätung zurückzuweisen - § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006. Alternativ zu dieser Begründung war der Nichtigerklärungsantrag der Antragstellerin aber auch mangels Schadens nach § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 und sohin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen, da die berechtigt mit ihrem Angebot ausgeschiedene Antragstellerin nach stRsp nicht erfolgreich gegen die zu Gunsten eines anderen Bieters ergangene Zuschlagsentscheidung vorgehen kann, sondern insoweit zurückzuweisen ist siehe dazu nur BVA 1.6.2011, N/0035- BVA/08/2011-77 mwH auf die stRsp des VwGH. 3.4. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2.11.2012 war unter Hinweis auf das Vorstehende vorerst einmal - mangels Wiedereinsetzung - wegen Verspätung zurückzuweisen - Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006. Alternativ zu dieser Begründung war der Nichtigerklärungsantrag der Antragstellerin aber auch mangels Schadens nach Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 und sohin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen, da die berechtigt mit ihrem Angebot ausgeschiedene Antragstellerin nach stRsp nicht erfolgreich gegen die zu Gunsten eines anderen Bieters ergangene Zuschlagsentscheidung vorgehen kann, sondern insoweit zurückzuweisen ist siehe dazu nur BVA 1.6.2011, N/0035- BVA/08/2011-77 mwH auf die stRsp des VwGH.

3.5. Das mündlich am 27.11.2012 vorgetragene Begehren auf Gebührenersatz nach dem BVergG, verstanden als Antrag auf Pauschalgebührenersatz, war jedenfalls insgesamt abzuweisen, da die Antragstellerin mit keinem einzigen Nichtigerklärungsbegehren durchgedrungen ist und ein Gebührenersatz bereits deshalb nicht in Betracht kommt - § 319 Abs 1 und Abs 2 Z 1 BVergG 2006. 3.5. Das mündlich am 27.11.2012 vorgetragene Begehren auf Gebührenersatz nach dem BVergG, verstanden als Antrag auf Pauschalgebührenersatz, war jedenfalls insgesamt abzuweisen, da die Antragstellerin mit keinem einzigen Nichtigerklärungsbegehren durchgedrungen ist und ein Gebührenersatz bereits deshalb nicht in Betracht kommt - Paragraph 319, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006.

3.6. Weitere Ermittlungen bzw Erörterungen mit den Parteien waren wegen der voraufgezeigten Erledigungen (samt Begründungen) nicht mehr notwendig - § 39 Abs 3 AVG. 3.6. Weitere Ermittlungen bzw Erörterungen mit den Parteien waren wegen der voraufgezeigten Erledigungen (samt Begründungen) nicht mehr notwendig - Paragraph 39, Absatz 3, AVG.

Schlagworte

Wiedereinsetzung; Pflicht zur rechtlichen Information;

Zuletzt aktualisiert am

31.01.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at