

TE Verg Bescheid 2011/3/22 N/0017-BVA/05/2011-24

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.03.2011

Norm

AVG 1991 §32
AVG 1991 §32 Abs1
AVG 1991 §33
AVG 1991 §33 Abs1
AVG 1991 §71 Abs1
AVG 1991 §71 Abs2
AVG 1991 §71 Abs3
AVG 1991 §71 Abs4
BVerGG 2006 §1 Abs1 Z1
BVerGG 2006 §1 Abs1 Z3
BVerGG 2006 §2 Z16 lita sublitcc
BVerGG 2006 §4
BVerGG 2006 §37
BVerGG 2006 §56 Abs1
BVerGG 2006 §79 Abs1
BVerGG 2006 §80 Abs1
BVerGG 2006 §132
BVerGG 2006 §303 Abs1
BVerGG 2006 §304 Abs1
BVerGG 2006 §312 Abs1
BVerGG 2006 §312 Abs2
BVerGG 2006 §312 Abs2 Z2
BVerGG 2006 §316 Abs2 Z1
BVerGG 2006 §316 Abs2 Z2
BVerGG 2006 §318
BVerGG 2006 §318 Abs1
BVerGG 2006 §319 Abs1
BVerGG 2006 §319 Abs2
BVerGG 2006 §319 Abs3
BVerGG 2006 §320 Abs1
BVerGG 2006 §321

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §322 Abs2 Z2

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 37 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 37 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 56 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 56 gültig von 01.02.2006 bis 29.02.2016

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 132 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 132 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 303 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013

1. BVergG 2006 § 304 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
2. BVergG 2006 § 304 gültig von 01.02.2006 bis 11.07.2013

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 316 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013

- Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 5, Mag. Bernhard Ditz sowie Mag. Georg Konetzky als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Thermische Sanierung 1040 Wien, Favoritenstraße 9-11, Technische Universität Wien, Bautischlerarbeiten - Kastenfenster" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A*** vom 15. März 2011 "auf Wiedereinsetzung in

den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Nachprüfungsantrages" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 71 AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraph 71, AVG

II.römisch zwei.

Der Antrag der A*** vom 11. März 2011, "auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin gemäß Schreiben vom 03.03.2011, wonach der Zuschlag der B*** erteilt werden soll", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 1 und 2 Z 2, 316 Abs. 2 Z 2, 321 Abs. 1 und 2 und 322 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz eins und 2 Ziffer 2, 316, Absatz 2, Ziffer 2, 321, Absatz eins und 2 und 322 Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt römisch eins

Nr. 17/2006 idGF des BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG) Nr. 17 aus 2006, idGF des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG)

III.römisch drei.

Der Antrag der A*** vom 11. März 2011, "die Antragsgegnerin für schuldig zu befinden, uns die entrichteten Gebühren in der Höhe von Euro XXX (in eventu: Euro XXX) binnen einer Frist von 14 Tagen zu ersetzen" wird abgewiesen. Der Antrag der A*** vom 11. März 2011, "die Antragsgegnerin für schuldig zu befinden, uns die entrichteten Gebühren in der Höhe von Euro römisch 30 (in eventu: Euro römisch 30) binnen einer Frist von 14 Tagen zu ersetzen" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 318 Abs. 1 und 319 Abs. 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, Absatz eins und 319 Absatz eins, 2 und 3 BVergG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 11. März 2011, eingelangt im Bundesvergabeamt am selben Tag, beantragte die A*** (im Weiteren: Antragstellerin), die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 3. März 2011 im Vergabeverfahren "Thermische Sanierung 1040 Wien, Favoritenstraße 9-11 Technische Universität Wien" der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien. Ergänzt wurde dieses Begehren durch Anträge auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wie im Spruch dieses Bescheides wörtlich wiedergegeben sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründet wurde das Nachprüfungsbegehren im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin) einen Bauauftrag in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung betreffend Bautischlerarbeiten - Kastenfenster im Zuge der thermischen Sanierung der Technischen Universität Wien, Favoritenstraße 9-11 in 1040 Wien ausgeschrieben habe. Die Ausschreibung enthalte keinen Hinweis, ob es sich um ein Verfahren im Ober- oder Unterschwellenbereich handle. Für diesen Bauauftrag hätten vier Unternehmen Angebote abgegeben. Bei der Angebotsöffnung am 16. Februar 2011 habe sich ergeben, dass ihr eigenes Angebot mit Euro XXX an zweite Stelle zu reihen sei. An erste Stelle sei das Angebot der B*** mit Euro XXX gereiht worden. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** sei ihr mit Telefax am 3. März 2011 mitgeteilt worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei jedoch vergaberechtswidrig, weil die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot erforderliche Eignungsnachweise nicht erbracht habe. Zudem mangle es der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin an der wirtschaftlichen und

technischen Leistungsfähigkeit. Begründet wurde das Nachprüfungsbegehren im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die Bundesimmobiliengesellschaft m. b.H., Hintere Zollamtsstraße 1, 1031 Wien (im Weiteren: Auftraggeberin) einen Bauauftrag in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung betreffend Bautischlerarbeiten - Kastenfenster im Zuge der thermischen Sanierung der Technischen Universität Wien, Favoritenstraße 9-11 in 1040 Wien ausgeschrieben habe. Die Ausschreibung enthalte keinen Hinweis, ob es sich um ein Verfahren im Ober- oder Unterschwellenbereich handle. Für diesen Bauauftrag hätten vier Unternehmen Angebote abgegeben. Bei der Angebotsöffnung am 16. Februar 2011 habe sich ergeben, dass ihr eigenes Angebot mit Euro römisch 30 an zweite Stelle zu reihen sei. An erste Stelle sei das Angebot der B*** mit Euro römisch 30 gereiht worden. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** sei ihr mit Telefax am 3. März 2011 mitgeteilt worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei jedoch vergaberechtswidrig, weil die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot erforderliche Eignungsnachweise nicht erbracht habe. Zudem mangle es der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin an der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit.

Im Zuge der ersten Formalprüfung des Nachprüfungsantrages sowie des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch den zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes stellte sich heraus, dass nur die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag entrichtet war und dass die Vermutung bestehe, dass das Nachprüfungsbegehren unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 2 BVergG verspätet eingebracht worden sei. Darauf wurde C*** als derjenige, der den Nachprüfungsantrag elektronisch eingebracht hat, vom zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes telefonisch noch am 11. März 2011 hingewiesen. Zudem veranlasste das Bundesvergabeamt am 11. März 2011 einen Verbesserungsauftrag, indem die Bezahlung der Pauschalgebühr für den gestellten Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung aufgetragen wurde. Dem Verbesserungsauftrag ist die Antragstellerin innerhalb der gesetzten Frist nachgekommen. Im Zuge der ersten Formalprüfung des Nachprüfungsantrages sowie des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch den zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes stellte sich heraus, dass nur die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag entrichtet war und dass die Vermutung bestehe, dass das Nachprüfungsbegehren unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz 2, BVergG verspätet eingebracht worden sei. Darauf wurde C*** als derjenige, der den Nachprüfungsantrag elektronisch eingebracht hat, vom zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes telefonisch noch am 11. März 2011 hingewiesen. Zudem veranlasste das Bundesvergabeamt am 11. März 2011 einen Verbesserungsauftrag, indem die Bezahlung der Pauschalgebühr für den gestellten Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung aufgetragen wurde. Dem Verbesserungsauftrag ist die Antragstellerin innerhalb der gesetzten Frist nachgekommen.

Als Ergebnis auf den Hinweis, dass vermutet werde, dass der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden sei, stellte die Antragstellerin am 15. März 2011, ebenfalls elektronisch eingebracht, einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Nachprüfungsantrages.

Diesen Antrag begründete die Antragstellerin damit, dass die Versäumung auf einem Irrtum des C*** beruhe. C*** sei nicht Angestellter der Antragstellerin sondern als Angestellter einer Unternehmensberatung auf Werkvertragsbasis für die Antragstellerin tätig. Er sei seit Juli 1998 für die Antragstellerin als Leiter der Rechtsabteilung tätig und sei für seine sorgfältige und gewissenhafte Arbeit bekannt. Er sei davon ausgegangen, dass die in der Zuschlagsentscheidung bekannt gegebene Stillhaltefrist noch nicht abgelaufen sei. Zudem habe er sich an den Besuch eines Vergaberechts-Seminars erinnert, wonach dort referiert worden wäre, dass sich die Entscheidungsfristen (gemeint sind offensichtlich die Entscheidungsfristen des Bundesvergabeamtes) verändert hätten, da nicht auf Tage sondern auf Werktage abzustellen sei. Diese referierten Angaben erinnernd sei C*** davon ausgegangen, dass die Frist (offensichtlich gemeint ist die Frist für das Stellen eines Nachprüfungsantrages im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren), die am 4. März 2011 begonnen habe - wenn der Sonntag nicht mitzurechnen sei - am 11. März 2011 ende. Unter einem Ereignis im Sinne von § 71 Abs. 1 Z 1 AVG wären unter Hinweis auf die Erkenntnisse des VwGH vom 1. Juli 2010, 2009/04/0256 und vom 15. Oktober 2009, 2008/09/0225, auch menschliche Unzulänglichkeiten und innere Vorgänge wie vergessen, Versehen, Irrtum usw. zu verstehen. Der Irrtum, der C*** unterlaufen sei, sei für die Antragstellerin und insbesondere deren Geschäftsführer nicht vorhersehbar gewesen. Der Geschäftsführer der Antragstellerin hätte sich auf die Aussagen des juristischen Mitarbeiters verlassen dürfen und hätte keine eigenen zusätzlichen Recherchen über die Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrages anzustellen gehabt. Es würde kein über den Grad des minderen Versehens hinausgehendes Verschulden vorliegen. Diese Annahme könne aus einem Umkehrschluss aus

dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 2007, 2007/18/0322 (offensichtlich gemeint ist das Erkenntnis des VwGH vom 25. September 2007, 2007/18/0321) getroffen werden. C*** sei Volljurist und verfüge über eine umfangreiche Erfahrung im Vergaberecht. Die Antragstellerin und auch deren Geschäftsführer hätten - unter Bezug auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. Mai 2010, 2010/08/0081 - nicht auffallend sorglos gehandelt und somit die im Verkehr mit Behörden und für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und ihr nach ihrer persönlichen Fähigkeit zumutbare Sorgfalt nicht außer Acht gelassen. Dem Geschäftsführer der Antragstellerin seien mangels eigener Kenntnis des BVergG die Fristen im Einzelnen nicht bekannt. Diesen Antrag begründete die Antragstellerin damit, dass die Versäumung auf einem Irrtum des C*** beruhe. C*** sei nicht Angestellter der Antragstellerin sondern als Angestellter einer Unternehmensberatung auf Werkvertragsbasis für die Antragstellerin tätig. Er sei seit Juli 1998 für die Antragstellerin als Leiter der Rechtsabteilung tätig und sei für seine sorgfältige und gewissenhafte Arbeit bekannt. Er sei davon ausgegangen, dass die in der Zuschlagsentscheidung bekannt gegebene Stillhaltefrist noch nicht abgelaufen sei. Zudem habe er sich an den Besuch eines Vergaberechts-Seminars erinnert, wonach dort referiert worden wäre, dass sich die Entscheidungsfristen (gemeint sind offensichtlich die Entscheidungsfristen des Bundesvergabeamtes) verändert hätten, da nicht auf Tage sondern auf Werktage abzustellen sei. Diese referierten Angaben erinnernd sei C*** davon ausgegangen, dass die Frist (offensichtlich gemeint ist die Frist für das Stellen eines Nachprüfungsantrages im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren), die am 4. März 2011 begonnen habe - wenn der Sonntag nicht mitzurechnen sei - am 11. März 2011 ende. Unter einem Ereignis im Sinne von Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG wären unter Hinweis auf die Erkenntnisse des VwGH vom 1. Juli 2010, 2009/04/0256 und vom 15. Oktober 2009, 2008/09/0225, auch menschliche Unzulänglichkeiten und innere Vorgänge wie vergessen, Versehen, Irrtum usw. zu verstehen. Der Irrtum, der C*** unterlaufen sei, sei für die Antragstellerin und insbesondere deren Geschäftsführer nicht vorhersehbar gewesen. Der Geschäftsführer der Antragstellerin hätte sich auf die Aussagen des juristischen Mitarbeiters verlassen dürfen und hätte keine eigenen zusätzlichen Recherchen über die Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrages anzustellen gehabt. Es würde kein über den Grad des minderen Versehens hinausgehendes Verschulden vorliegen. Diese Annahme könne aus einem Umkehrschluss aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 2007, 2007/18/0322 (offensichtlich gemeint ist das Erkenntnis des VwGH vom 25. September 2007, 2007/18/0321) getroffen werden. C*** sei Volljurist und verfüge über eine umfangreiche Erfahrung im Vergaberecht. Die Antragstellerin und auch deren Geschäftsführer hätten - unter Bezug auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. Mai 2010, 2010/08/0081 - nicht auffallend sorglos gehandelt und somit die im Verkehr mit Behörden und für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und ihr nach ihrer persönlichen Fähigkeit zumutbare Sorgfalt nicht außer Acht gelassen. Dem Geschäftsführer der Antragstellerin seien mangels eigener Kenntnis des BVergG die Fristen im Einzelnen nicht bekannt.

Die Auftraggeberin übermittelte am 15. März 2011 die Original-Verfahrensunterlagen und gab allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Sie wies darauf hin, dass der Nachprüfungsantrag nicht rechtzeitig eingebracht worden wäre und daher verfristet und als verspätet zurückzuweisen sei. Das sei auch bei der Entscheidung im Provisorialverfahren zu berücksichtigen, weswegen der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen sei. In einer weiteren Stellungnahme vom 18. März 2011 beantragte sie die Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die beabsichtigte Zuschlagsempfängerin erhob mit Schreiben vom 16. März 2011 begründete Einwendungen und führte aus, zu den einzelnen angeführten Punkten im weiteren Nachprüfungsverfahren hinreichend Stellung zu nehmen.

Auf der Grundlage der Schriftsätze samt Beilagen der Antragstellerin vom 11. März 2011 (OZ 1) und vom 15. März 2011 (OZ 11) sowie vom 17. März 2011 (OZ 17), der Schriftsätze der Auftraggeberin vom 15. März 2011 (OZ 8) und vom 18. März 2011 (OZ 18), der begründeten Einwendungen der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin vom 16. März 2011 (OZ 14) und den von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen des Vergabeverfahrens wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin, welche sich als vergebender Stelle der BIG Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Objektmanagement Team Wien 4, 1040 Wien, Wiedner Hauptstraße 7-9 bedient, führt zur Geschäftszahl 90.973/06-OM.W4/11 im Zuge der thermischen Sanierung der Technischen Universität Wien, Favoritenstraße 9- 11, 1040 Wien, ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bezüglich eines Bauauftrages über Bautischlerarbeiten -

Kastenfenster durch. Zur Angebotsabgabe wurden neben der Antragstellerin vier weitere Unternehmen eingeladen. In der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" wird bereits auf dem Deckblatt hingewiesen, dass ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung geführt werde. Zusätzlich wird auf Seite neun dieser Unterlage hingewiesen, dass die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen nach den Bestimmungen des BVergG 2006 i.d.g.F. und den dazu ergangenen Verordnungen erfolge. Die Vergabe der Leistung erfolge gemäß § 80 Abs. 1 BVergG 2006 im Unterschwellenbereich. (Anmerkung des Bundesvergabeamtes: Der Verweis auf § 80 Abs. 1 BVergG 2006 wäre durch einen Verweis auf § 79 Abs. 1 BVergG 2006 zu ersetzen.) Die Auftraggeberin, welche sich als vergebender Stelle der BIG Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. Objektmanagement Team Wien 4, 1040 Wien, Wiedner Hauptstraße 7-9 bedient, führt zur Geschäftszahl 90.973/06-OM.W4/11 im Zuge der thermischen Sanierung der Technischen Universität Wien, Favoritenstraße 9- 11, 1040 Wien, ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bezüglich eines Bauauftrages über Bautischlerarbeiten - Kastenfenster durch. Zur Angebotsabgabe wurden neben der Antragstellerin vier weitere Unternehmen eingeladen. In der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" wird bereits auf dem Deckblatt hingewiesen, dass ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung geführt werde. Zusätzlich wird auf Seite neun dieser Unterlage hingewiesen, dass die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen nach den Bestimmungen des BVergG 2006 i.d.g.F. und den dazu ergangenen Verordnungen erfolge. Die Vergabe der Leistung erfolge gemäß Paragraph 80, Absatz eins, BVergG 2006 im Unterschwellenbereich. (Anmerkung des Bundesvergabeamtes: Der Verweis auf Paragraph 80, Absatz eins, BVergG 2006 wäre durch einen Verweis auf Paragraph 79, Absatz eins, BVergG 2006 zu ersetzen.)

Der Zuschlag sollte dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in Punkt 18.2 der Angebotsbestimmungen enthaltenen Zuschlagskriterien erteilt werden.

Im Zuge der offenen Angebotsfrist langten von vier Bietern Angebote ein. Die Angebotsöffnung fand am 16. Februar 2011 um 13.00 Uhr statt. Unter Berücksichtigung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien wurde die B*** im Zuge der Angebotsprüfung als Bestbieterin ermittelt. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** wurde allen Bietern im Vergabeverfahren am 3. März 2011 mit Telefax bekannt gegeben.

In der Zuschlagsentscheidung wird darauf hingewiesen, dass die Stillhaltefrist gemäß § 132 BVergG 2006 am 12. März 2011 endet. In der Zuschlagsentscheidung wird darauf hingewiesen, dass die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132, BVergG 2006 am 12. März 2011 endet.

Am 11. März 2011 um 9.56 Uhr wurde der vom Geschäftsführer der Antragstellerin unterzeichnete verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung elektronisch beim Bundesvergabeamt eingebracht.

Dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. März 2011 wurde ein Einzahlungsbeleg über einen Betrag in Höhe von Euro XXX angeschlossen, was den zuständigen Senatsvorsitzenden im Zuge der Manuduktionspflicht veranlasste C***, Leiter der Rechtsabteilung bei der Antragstellerin, der den Nachprüfungsantrag eingebracht hatte, noch am 11. März 2011 telefonisch zu kontaktieren und darauf hinzuweisen, dass auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine reduzierte zusätzliche Pauschalgebühr zu entrichten sei. Zusätzlich teilte nach einer ersten Prüfung des Nachprüfungsantrages der zuständige Senatsvorsitzende des Bundesvergabeamtes C*** mit, dass vermutet werde, dass der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden sei. Zusätzlich veranlasste das Bundesvergabeamt einen Verbesserungsauftrag, indem die Antragstellerin aufgefordert wurde die Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zu entrichten und einen Einzahlungsnachweis an das Bundesvergabeamt zu übermitteln. Die Antragstellerin kam diesem Verbesserungsauftrag innerhalb der gesetzten Frist auftragsgemäß nach und legte noch am 11. März 2011 einen entsprechenden Einzahlungsbeleg vor. Dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. März 2011 wurde ein Einzahlungsbeleg über einen Betrag in Höhe von Euro römisch 30 angeschlossen, was den zuständigen Senatsvorsitzenden im Zuge der Manuduktionspflicht veranlasste C***, Leiter der Rechtsabteilung bei der Antragstellerin, der den Nachprüfungsantrag eingebracht hatte, noch am 11. März 2011 telefonisch zu kontaktieren und darauf hinzuweisen, dass auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine reduzierte zusätzliche Pauschalgebühr zu entrichten sei. Zusätzlich teilte nach einer ersten Prüfung des Nachprüfungsantrages der zuständige Senatsvorsitzende des Bundesvergabeamtes C*** mit, dass vermutet werde, dass der Nachprüfungsantrag verspätet eingebracht worden sei. Zusätzlich veranlasste das Bundesvergabeamt einen Verbesserungsauftrag, indem die Antragstellerin aufgefordert wurde die Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zu entrichten und einen Einzahlungsnachweis an das Bundesvergabeamt zu übermitteln.

Die Antragstellerin kam diesem Verbesserungsauftrag innerhalb der gesetzten Frist auftragsgemäß nach und legte noch am 11. März 2011 einen entsprechenden Einzahlungsbeleg vor.

Am 14. März wurde telefonisch von C*** ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für denselben Tag angekündigt. Als dieser Antrag am Vormittag des 15. März 2011 noch nicht im Bundesvergabeamt eingebracht war, erfolgte durch den zuständigen Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes am 15. März 2011 eine telefonische Rückfrage, wobei C*** die Übermittlung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für den 15. März 2011 ankündigte. Über Anfrage des Senatsvorsitzenden teilte er darüber hinaus mit, dass er Jurist sei.

Am 15. März 2011 übermittelte die Auftraggeberin die Verfahrensunterlagen und wies auf die verspätete Einbringung des Nachprüfungsantrages hin.

Die Antragstellerin stellte am 15. März 2011 den angekündigten und vom Geschäftsführer der Antragstellerin unterzeichneten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Nachprüfungsantrages. In der Begründung wird u.a. ausgeführt, dass C*** als Volljurist über eine umfangreiche Erfahrung im Vergaberecht verfüge.

Gemeinsam mit dem Schriftsatz vom 15. März 2011 wurde eine Erklärung von C*** vom 15. März 2011 vorgelegt, in welcher dieser unter anderem darlegt, dass er als Leiter der Rechtsabteilung für sämtlichen Unternehmen der A*** die rechtlichen Agenden zu betreuen habe. Dazu gehörten neben der Prüfung aller Ausschreibungen und Verträge auch die Pflege der Kontakte zu den Rechtsanwälten und die Vorbereitung allfälliger Prozesse, die umfangreiche Liegenschaftsverwaltung der Unternehmensgruppe sowie die Verfassung von gerichtlichen Eingaben und Eingaben bei Verwaltungsbehörden, soweit nicht zwingend ein Rechtsanwalt vorgesehen sei.

Insgesamt wurden von der Antragstellerin für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren in Höhe von Euro XXX entrichtet. Insgesamt wurden von der Antragstellerin für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren in Höhe von Euro römisch 30 entrichtet.

Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen und der Zuschlag wurde bislang noch nicht erteilt.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt folgende Beweiswürdigung zugrunde:

Der wiedergegebene Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Verfahrensparteien und findet Deckung in den von der Auftraggeberin vorgelegten Verfahrensunterlagen.

Soweit die Antragstellerin im Schriftsatz vom 11. März 2011 ausführt, die Ausschreibung enthalte keinen Hinweis, ob es sich um ein Verfahren im Ober- oder Unterschwellenbereich handle, wird auf Seite neun der Ausschreibungsunterlage "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" hingewiesen. Dort wird explizit ausgeführt, dass die Vergabe der Leistung im Unterschwellenbereich erfolgt. Diese Unterlage wurde auch von der Antragstellerin an das Bundesvergabeamt als Beilage zum Schriftsatz vom 11. März 2011 mit übermittelt. Zudem wird auf dem Deckblatt dieser Unterlage ausgeführt, dass das Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung geführt werde. Bereits aus diesem Hinweis muss ein mit Vergaberecht vertrauter Jurist erkennen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sein muss. Ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung darf nur im Unterschwellenbereich geführt werden, wie aus der Überschrift zum 3. Abschnitt zum zweiten Hauptstück (Arten und Wahl der Vergabeverfahren) des ersten Teils des BVergG (Abschnittsüberschrift vor § 37 BVergG) zu entnehmen ist. Soweit die Antragstellerin im Schriftsatz vom 11. März 2011 ausführt, die Ausschreibung enthalte keinen Hinweis, ob es sich um ein Verfahren im Ober- oder Unterschwellenbereich handle, wird auf Seite neun der Ausschreibungsunterlage "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" hingewiesen. Dort wird explizit ausgeführt, dass die Vergabe der Leistung im Unterschwellenbereich erfolgt. Diese Unterlage wurde auch von der Antragstellerin an das Bundesvergabeamt als Beilage zum Schriftsatz vom 11. März 2011 mit übermittelt. Zudem wird auf dem Deckblatt dieser Unterlage ausgeführt, dass das Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung geführt werde. Bereits aus diesem Hinweis muss ein mit Vergaberecht vertrauter Jurist erkennen, dass das gegenständliche Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen sein muss. Ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige

Bekanntmachung darf nur im Unterschwellenbereich geführt werden, wie aus der Überschrift zum 3. Abschnitt zum zweiten Hauptstück (Arten und Wahl der Vergabeverfahren) des ersten Teils des BVergG (Abschnittsüberschrift vor Paragraph 37, BVergG) zu entnehmen ist.

Dass die Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren mit Telefax an die Antragstellerin am 3. März 2011 übermittelt wurde, ist nicht bestritten worden. Die Antragstellerin ging im Schriftsatz vom 11. März 2011 offensichtlich von der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages aus, was sie jedoch durch den am 15. März 2011 gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand relativiert.

Der vorliegende Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes:

Gemäß § 312 Abs. 1 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz eins, BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Abschnittes des 1. Hauptstückes des 4. Teiles des BVergG auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Da in der gegenständlichen Vergabeangelegenheit ein Widerruf oder ein Zuschlag im Vergabeverfahren nicht erfolgte, ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen

der Auftraggeber im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., somit einen öffentlichen Auftraggeber (vgl. für viele Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 9. Dezember 2010, N/0094-BVA/07/2010-31 oder zuletzt BVA vom 2. Februar 2011, N/0008-BVA/08/2011-EV13) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des § 1 Abs. 1 Z 3 BVergG fallen. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß § 303 Abs. 1 iVm § 304 Abs. 1 BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird. An der Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Entscheidung über das gegenständliche Nachprüfungsbegehren bestehen keine Zweifel, zumal der Beschaffungsvorgang durch die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., somit einen öffentlichen Auftraggeber vergleiche für viele Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 9. Dezember 2010, N/0094-BVA/07/2010-31 oder zuletzt BVA vom 2. Februar 2011, N/0008-BVA/08/2011-EV13) zweifelsfrei unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG und das Nachprüfungsverfahren unter den Regelungsgegenstand des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG fallen. Das Bundesvergabegesetz und damit auch der Rechtsschutz des 4. Teiles des BVergG gelangen zur Anwendung; es besteht die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, wobei dieses gemäß Paragraph 303, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 304, Absatz eins, BVergG im Senat 5, dem diese Angelegenheit gemäß der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamtes vom Vorsitzenden zugewiesen wurde, tätig wird.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrages beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro XXX für alle Lose im Zuge der Auftragsdurchführung bzw. Euro XXX für das vorliegende verfahrensgegenständliche Los bzw. Gewerk. Der

gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Auftrages beträgt laut Angaben der Auftraggeberin Euro römisch 30 für alle Lose im Zuge der Auftragsdurchführung bzw. Euro römisch 30 für das vorliegende verfahrensgegenständliche Los bzw. Gewerk.

Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht § 320 Abs. 1 BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern Für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens sieht Paragraph 320, Absatz eins, BVergG vor, dass ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. cc BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Hiezu wird vom entscheidenden Senat ausgeführt, dass bislang weder eine Zuschlagserteilung noch eine Widerrufserklärung vorliegt. Die Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, c, c, BVergG. Das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hat die Antragstellerin glaubhaft dokumentiert, indem sie im Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und letztlich auch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Auf einen drohenden Schaden wurde im Nachprüfungsantrag hingewiesen. Somit war das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

zu Spruchpunkt I.: zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 321 Abs. 1 iVm Abs. 2 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen sieben Tagen ab dem Zeitpunkt der Absendung der Entscheidung bzw. ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung einzubringen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 2, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax binnen sieben Tagen ab dem Zeitpunkt der Absendung der Entscheidung bzw. ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung einzubringen.

Dass das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist, ergibt sich einerseits aus der Wahl der Art des Vergabeverfahrens (nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung) und andererseits auch aus dem Umstand, dass die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen, die nicht angefochten wurden und somit bestandsfest geworden sind, ausdrücklich auf Seite neun der "Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen" darauf hingewiesen hat. Jeder Bieter im Vergabeverfahren und somit auch die Antragstellerin musste davon Kenntnis haben, dass das Vergabeverfahren dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist.

Mit Übermittlung der mit Telefax vorgenommenen Zuschlagsentscheidung am 3. März 2011 hat die Antragstellerin am 3. März 2011 Kenntnis von der Zuschlagsentscheidung erlangt.

Bei den Antragsfristen des § 321 BVergG handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den §§ 32f AVG zu erfolgen hat (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 321 Rz 2 oder Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 2010 Rz 1929). Diesbezüglich hat auch der Gesetzgeber in § 56 Abs. 1 BVergG festgeschrieben, dass auf die Fristen im Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des AVG 1991 anzuwenden sind. Im AVG 1991 sind die Fristen in den §§ 32 und 33 geregelt. Bei den Antragsfristen des Paragraph 321, BVergG handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den Paragraphen 32

f, AVG zu erfolgen hat vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 321, Rz 2 oder Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ 2010 Rz 1929). Diesbezüglich hat auch der Gesetzgeber in Paragraph 56, Absatz eins, BVergG festgeschrieben, dass auf die Fristen im Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des AVG 1991 anzuwenden sind. Im AVG 1991 sind die Fristen in den Paragraphen 32 und 33 geregelt.

Gemäß § 32 Abs. 1 AVG 1991 wird bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll. Gemäß Paragraph 32, Absatz eins, AVG 1991 wird bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll.

Gemäß § 33 Abs. 1 AVG 1991 wird der Beginn und Lauf einer Frist durch Sonn- oder Feiertage nicht behindert. Gemäß Paragraph 33, Absatz eins, AVG 1991 wird der Beginn und Lauf einer Frist durch Sonn- oder Feiertage nicht behindert.

Auf das gegenständliche Nachprüfungsverfahren angewandt bedeutet das, dass durch die Übermittlung der Zuschlagsentscheidung am 3. März 2011 die siebentägige Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrages gemäß § 321 Abs. 2 BVergG am 4. März 2011 zu laufen begonnen hat und mit Ablauf des 10. März 2011 um 24.00 Uhr an diesem Tag geendet hat. Auf das gegenständliche Nachprüfungsverfahren angewandt bedeutet das, dass durch die Übermittlung der Zuschlagsentscheidung am 3. März 2011 die siebentägige Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrages gemäß Paragraph 321, Absatz 2, BVergG am 4. März 2011 zu laufen begonnen hat und mit Ablauf des 10. März 2011 um 24.00 Uhr an diesem Tag geendet hat.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 11. März 2011, übermittelt an, eingelangt und protokolliert im Bundesvergabeamt ebenfalls am 11. März 2011, wurde somit nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist für die Einbringung von Nachprüfungsanträgen gestellt.

Diesen Umstand offensichtlich erkennend hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 15. März 2011 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 Abs. 1 AVG 1991 gestellt. Diesen Umstand offensichtlich erkennend hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 15. März 2011 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG 1991 gestellt.

Gemäß § 71 Abs. 1 AVG ist gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn: a) die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, oder b) die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angabe enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei. Gemäß Abs. 2 leg. cit. muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden. Gemäß Abs. 3 leg. cit. hat im Falle der Versäumung einer Frist die Partei die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen und gemäß Abs. 4 leg. cit. ist zur Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung die Behörde berufen, bei der die versäumte Handlung vorzunehmen war oder die die versäumte Handlung angeordnet oder die unrichtige Rechtsmittelbelehrung erteilt hat. Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG ist gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn: a) die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, oder b) die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angabe enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei. Gemäß Absatz 2, leg. cit. muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden. Gemäß Absatz 3, leg. cit. hat im Falle der Versäumung einer Frist die Partei die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen und gemäß Absatz 4, leg. cit. ist zur Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung die Behörde berufen, bei der die versäumte Handlung vorzunehmen war oder die die versäumte Handlung angeordnet oder die unrichtige Rechtsmittelbelehrung erteilt hat.

Mit Schriftsatz vom 15. März 2011 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG gestellt, der sich gegen die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung richtet. Begründet führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, es liege ein Irrtum des Leiters der Rechtsabteilung der Antragstellerin, C*** vor, der nicht Angestellter der Antragstellerin sei, sondern als Angestellter einer Unternehmensberatung auf Werkvertragsbasis für die Antragstellerin tätig sei. Er sei davon ausgegangen, dass die Fristen des § 321 BVerG so wie die Entscheidungsfristen nicht nach Tagen sondern nach Werktagen berechnet werde. Es liege ein minderer Grad des Versehens vor, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertige. In der Zuschlagsentscheidung sei das Ende der Stillhaltefrist mit 12. März 2011 angegeben worden. Mit Schriftsatz vom 15. März 2011 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, AVG gestellt, der sich gegen die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung richtet. Begründet führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, es liege ein Irrtum des Leiters der Rechtsabteilung der Antragstellerin, C*** vor, der nicht Angestellter der Antragstellerin sei, sondern als Angestellter einer Unternehmensberatung auf Werkvertragsbasis für die Antragstellerin tätig sei. Er sei davon ausgegangen, dass die Fristen des Paragraph 321, BVerG so wie die Entscheidungsfristen nicht nach Tagen sondern nach Werktagen berechnet werde. Es liege ein minderer Grad des Versehens vor, der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertige. In der Zuschlagsentscheidung sei das Ende der Stillhaltefrist mit 12. März 2011 angegeben worden.

Soweit die Antragstellerin sich darauf beruft, dass die Auftraggeberin in der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist mit 12. März 2011 angegeben habe und allenfalls damit den Irrtum von C*** mit verursacht haben könnte, wird auf die diesen Umstand sehr ausführlich behandelnden Entscheidungen des Bundesvergabeamtes vom 15. Juni 2009, N/0035-BVA/09/2009-63 sowie vom 17. September 2009, N/0087-BVA/03/2009-26 und die Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien vom 12. Oktober 2010, VKS-10320/10, hingewiesen. Darin wird übereinstimmend und auch für den gegenständlichen Fall anwendbar ausgeführt, dass die Stillhaltefrist nicht zugleich die Frist für die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung ist und die Stillhaltefrist auch nicht notwendiger Weise mit der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages übereinstimmen muss. Es kann vielmehr auch vorkommen, dass die Anfechtungsfrist länger als die Stillhaltefrist ist. § 321 BVerG verweist in seinen Regelungen betreffend die Fristen für Nachprüfungsanträge auch nicht auf die Stillhaltefrist des § 132 BVerG, vielmehr sind die Nachprüfungsfristen des § 321 BVerG "autonom" geregelt (so Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerG 2006, § 132, Rz 4). Wenn die Antragstellerin daher davon ausgeht, dass das Ende der Stillhaltefrist zugleich auch das Ende der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages ist, unterliegt diese diesbezüglich einem Rechtsirrtum. Einem Bieter in einem Vergabeverfahren, der in seiner Rechtsabteilung einen Juristen als Leiter dieser Rechtsabteilung, der noch dazu gemäß den eigenen Ausführungen im Schriftsatz vom 15. März 2011 über eine umfangreiche Erfahrung im Vergaberecht verfügt, beschäftigt, darf ein solcher Fehler nicht unterlaufen. In diesem Zusammenhang wird auf die auch von der Antragstellerin herangezogenen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2009, 2008/09/0225 und vom 1. Juli 2010, 2009/04/0256 hingewiesen. Demnach ist bei der Beurteilung, ob ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden vorliegt, an berufliche rechtskundige Parteienvertreter ein strengerer Maßstab anzulegen als an Rechtsunkundige oder noch nie an einem gerichtlichen Verfahren beteiligte Personen (vgl. dazu Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren I2, E 96 ff zu § 71 AVG und die dort wiedergegebene Judikatur des VwGH). Bei der Beurteilung, ob eine auffallende Sorglosigkeit vorliegt, ist also ein unterschiedlicher Maßstab anzulegen, wobei es insbesondere auf die Rechtskundigkeit und die Erfahrung im Umgang mit Behörden ankommt. Soweit die Antragstellerin sich darauf beruft, dass die Auftraggeberin in der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist mit 12. März 2011 angegeben habe und allenfalls damit den Irrtum von C*** mit verursacht haben könnte, wird auf die diesen Umstand sehr ausführlich behandelnden Entscheidungen des Bundesvergabeamtes vom 15. Juni 2009, N/0035-BVA/09/2009-63 sowie vom 17. September 2009, N/0087-BVA/03/2009-26 und die Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien vom 12. Oktober 2010, VKS-10320/10, hingewiesen. Darin wird übereinstimmend und auch für den gegenständlichen Fall anwendbar ausgeführt, dass die Stillhaltefrist nicht zugleich die Frist für die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung ist und die Stillhaltefrist auch nicht notwendiger Weise mit der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages übereinstimmen muss. Es kann vielmehr auch vorkommen, dass die Anfechtungsfrist länger als die Stillhaltefrist ist. Paragraph 321, BVerG verweist in seinen Regelungen betreffend die Fristen für Nachprüfungsanträge auch nicht auf die Stillhaltefrist des Paragraph 132, BVerG, vielmehr sind die Nachprüfungsfristen des Paragraph 321, BVerG "autonom" geregelt (so Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerG 2006, Paragraph 132,, Rz 4). Wenn die Antragstellerin daher davon ausgeht, dass das Ende

der Stillhaltefrist zugleich auch das Ende der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages ist, unterliegt diese diesbezüglich einem Rechtsirrtum. Einem Bieter in einem Vergabeverfahren, der in seiner Rechtsabteilung einen Juristen als Leiter dieser Rechtsabteilung, der noch dazu gemäß den eigenen Ausführungen im Schriftsatz vom 15. März 2011 über eine umfangreiche Erfahrung im Vergaberecht verfügt, beschäftigt, darf ein solcher Fehler nicht unterlaufen. In diesem Zusammenhang wird auf die auch von der Antragstellerin herangezogenen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2009, 2008/09/0225 und vom 1. Juli 2010, 2009/04/0256 hingewiesen. Demnach ist bei der Beurteilung, ob ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden vorliegt, an berufliche rechtskundige Parteienvertreter ein strengerer Maßstab anzulegen als an Rechtsunkundige oder noch nie an einem gerichtlichen Verfahren beteiligte Personen vergleiche dazu Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren I 2, E 96 ff zu Paragraph 71, AVG und die dort wiedergegebene Judikatur des VwGH). Bei der Beurteilung, ob eine auffallende Sorglosigkeit vorliegt, ist also ein unterschiedlicher Maßstab anzulegen, wobei es insbesondere auf die Rechtskundigkeit und die Erfahrung im Umgang mit Behörden ankommt.

Dass ein Jurist als Leiter einer Rechtsabteilung, der nach Angabe der Antragstellerin über eine umfangreiche Erfahrung im Vergaberecht verfügt, als rechtskundig zu bezeichnen ist, kann in diesem Zusammenhang nicht angezweifelt werden. Was die Erfahrung von C*** im Umgang mit Behörden betrifft, so hat er in einer Eigenerklärung vom 15. März 2011, die dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 15. März 2011 beigelegt wurde, selbst seine diesbezüglichen Vorzüge hervorgehoben.

Im Ergebnis bedeutet das, dass C*** als Leiter der Rechtsabteilung der Antragstellerin und somit als rechtskundiger Mitarbeiter der Antragstellerin tätig geworden ist, indem er bei der Erstellung des verfahrensgegenständlichen (verspäteten) Nachprüfungsantrages mitgewirkt hat. Er hat bei der Prüfung der Frage, bis wann spätestens der Nachprüfungsantrag einzubringen ist, diese Prüfung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt. Er hat die diesbezügliche Prüfung nicht vorgenommen. Durch ein sorgfältiges Lesen der einschlägigen Gesetzesbestimmung hätte diese Prüfung sehr leicht vorgenommen werden können. Diese auffallende Sorglosigkeit des rechtskundigen Leiters der Rechtsabteilung der Antragstellerin muss sich die Antragstellerin zurechnen lassen.

Unter Hinweis auf die vorzitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen und unter Berücksichtigung der rechtswissenschaftlichen Ausbildung und der Erfahrungen im Umgang mit Behörden von C*** kommt der zur Entscheidung berufene Senat 5 des Bundesvergabeamtes zum Ergebnis, dass der Antragstellerin ein Verschulden an der Fristversäumung zuzuordnen ist. Bei diesem Verschulden handelt es sich nicht um einen nur minderen Grad. Die Antragstellerin verfügt über eine eigene Rechtsabteilung, deren Leiter als Jurist auch über einschlägige Erfahrungen mit Vergabeangelegenheiten verfügt. Dieser hätte bei entsprechender sorgfältiger Prüfung erkennen können und erkennen müssen, dass eine Einbringung eines Nachprüfungsantrages nach dem 10. März 2011 als verspätet zu qualifizieren ist. Der offensichtliche Irrtum des C*** ist kein Irrtum, der dazu führt, dass die Antragstellerin kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft. Die Antragstellerin hätte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag zumutbar früher einbringen müssen und auch einbringen können. Die Antragstellerin, die über eine eigene Rechtsabteilung verfügt, deren Leiter über die erforderliche juristische Qualifikation verfügt, hat sorglos gehandelt, somit die im Verkehr mit Behörden und für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und ihr nach ihren persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen. Eine Verwechslung von Entscheidungsfrist einer Behörde mit einer Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsverfahrens hätte bei entsprechender Sorgfalt einem ausgebildeten Juristen, der über Erfahrungen im Bereich des Vergaberechts verfügt, nicht passieren dürfen. Die Versäumung war voraussehbar und hätte durch ein früheres und zumutbares Verhalten abgewendet werden können bzw. müssen.

Wenn die Antragstellerin in diesem Zusammenhang darlegt, dass C*** nicht Angestellter der Antragstellerin sei, sondern nur auf Werkvertragsbasis als Leiter der Antragstellerin tätig sei, wird vom Bundesvergabeamt darauf hingewiesen, dass die Art der Beschäftigung im Innenverhältnis zwischen der Antragstellerin und ihrem Leiter der Rechtsabteilung diesbezüglich nicht entscheidend ist.

Wenn die Antragstellerin versucht darzulegen, dass dem Geschäftsführer der Antragstellerin höchstens ein milderer Grad des Verschuldens anzulasten wäre, ist dies ebenfalls nicht entscheidend. Sie ignoriert dann nämlich, dass sie in einer eigenen Rechtsabteilung über einen rechtskundigen Mitarbeiter verfügt, der bei der Erstellung des Nachprüfungsantrages mitwirkte, dem es auffallen hätte müssen, dass ein nach dem 10. März 2011 gestellter Nachprüfungsantrag in der gegenständlichen Angelegenheit als verspätet zu qualifizieren ist.

Die Versäumung war somit voraussehbar und hätte durch eine der Antragstellerin zumutbare frühere Geltendmachung des Nachprüfungsantrages abgewendet werden können. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Oktober 1994, 93/16/0075, ist die Wiedereinsetzung zu verweigern.

zu Spruchpunkt II.: zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Wie bereits unter Spruchpunkt I. ausgeführt, ist der am 11. März 2011 eingebrachte Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von § 321 Abs. 1 und 2 BVergG nicht innerhalb von sieben Tagen eingebracht worden. Die Frist von sieben Tagen begann am 4. März 2011 und endete am 10. März 2011 um 24.00 Uhr. Der Nachprüfungsantrag ist am 11. März 2011 und somit nach dem 10. März 2011 um 24.00 Uhr gestellt worden. Der Nachprüfungsantrag wurde verspätet gestellt. Wie bereits unter Spruchpunkt römisch eins. ausgeführt, ist der am 11. März 2011 eingebrachte Nachprüfungsantrag unter Berücksichtigung von Paragraph 321, Absatz eins und 2 BVergG nicht innerhalb von sieben Tagen eingebracht worden. Die Frist von sieben Tagen begann am 4. März 2011 und endete am 10. März 2011 um 24.00 Uhr. Der Nachprüfungsantrag ist am 11. März 2011 und somit nach dem 10. März 2011 um 24.00 Uhr gestellt worden. Der Nachprüfungsantrag wurde verspätet gestellt.

Gemäß § 322 Abs. 2 Z 2 BVergG ist ein Antrag jedenfalls unzulässig, wenn er nicht innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt wird. Gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist ein Antrag jedenfalls unzulässig, wenn er nicht innerhalb der in Paragraph 321, genannten Fristen gestellt wird.

Gemäß § 316 Abs. 2 Z 1 BVergG kann eine mündliche Verhandlung entfallen, soweit dem Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, nicht entgegensteht, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist. Gemäß Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG kann eine mündliche Verhandlung entfallen, soweit dem Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, nicht entgegensteht, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist.

Im Nachprüfungsverfahren wurde kein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt. Vielmehr hat die Auftraggeberin ausdrücklich eine Ab- bzw. Zurückweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Den Parteien des Nachprüfungsverfahrens wurde im Zuge des durchgeführten Parteiengehörs hinreichend Gelegenheit gegeben, ihren Rechtstandpunkt darzulegen. Zusätzliche Ermittlungen, die die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erforderlich gemacht hätten, waren nicht anzustellen. Daher wurde unter Berücksichtigung von § 316 Abs. 2 Z 1 BVergG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung Abstand genommen. Den Parteien des Nachprüfungsverfahrens wurde im Zuge des durchgeführten Parteiengehörs hinreichend Gelegenheit gegeben, ihren Rechtstandpunkt darzulegen. Zusätzliche Ermittlungen, die die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erforderlich gemacht hätten, waren nicht anzustellen. Daher wurde unter Berücksichtigung von Paragraph 316, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung Abstand genommen.

Zu Spruchpunkt III.: Zu Spruchpunkt römisch drei.:

Gemäß § 319 Abs. 1 BVergG 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. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg. cit. besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg. cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg. cit. besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus Spruchpunkt II. ergibt, hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren nicht obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 22. März 2011, N/0017-BVA/05/2011-EV25, nicht stattgegeben, wobei auch nicht eine Interessensabwägung dafür herangezogen wurde. Wie sich aus Spruchpunkt römisch zwei. ergibt, hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren nicht obsiegt. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Bescheid vom 22. März 2011, N/0017-BVA/05/2011-EV25, nicht stattgegeben, wobei auch nicht eine Interessensabwägung dafür herangezogen wurde.

Schlagworte

Verspätet eingebrachter Nachprüfungsantrag, Verfristung, rechtskundiger Leiter einer Rechtsabteilung

Zuletzt aktualisiert am

20.05.2011

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