

TE Verg Bescheid 2010/8/12 N/0060-BVA/02/2010-22

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.08.2010

Norm

BVergG 2006 §3

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §23 Abs1

BVergG 2006 §37 Z1

BVergG 2006 §110

BVergG 2006 §117

BVergG 2006 §118 Abs3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321

BVergG 2006 §322

BVergG 2006 §324 Abs3

BVergG 2006 §325 Abs1 Z2

ABGB §§914 ff

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

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 § 23 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 § 110 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 117 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 118 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 118 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, in der Fassung BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "4 Aufzugsanlagen, Zwettl-Krems-Scheibbs-Waidhofen/Ybbs" des Auftraggebers Bundesimmobilien-gesellschaft m.b.H, Hintere Zollamtsstrasse 1, 1031 Wien, vertreten durch Objektmanagementteam NÖ West, Rennbahnstraße 29C, 3109 St. Pölten, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 15. Juli 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. Juli 2010, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek sowie Dr. Martin Janda als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "4 Aufzugsanlagen, Zwettl-Krems-Scheibbs-Waidhofen/Ybbs" des Auftraggebers Bundesimmobilien-gesellschaft m.b.H, Hintere

Zollamtsstrasse 1, 1031 Wien, vertreten durch Objektmanagementteam NÖ West, Rennbahnstraße 29C, 3109 St. Pölten, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 15. Juli 2010, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. Juli 2010, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge die "Entscheidung der Antragsgegnerin vom 9.7.2010, der Mitbewerberin `B\*\*\*` den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung) für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung vom 9.7.2010 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "gemäß § 319 BVergG 2006 aus-sprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 935,-- zu ersetzen ist", wird stattgegeben. Dem Antrag, das Bundesvergabeamt möge "gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 aus-sprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 935,-- zu ersetzen ist", wird stattgegeben.

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H, Hintere Zollamtsstrasse 1, 1031 Wien, vertreten durch Objektmanagementteam NÖ West, Rennbahnstraße 29C, 3109 St. Pölten, hat der A***, vertreten durch X***, die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von insgesamt Euro 935,-- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheides bei sonstiger Exekution zu Händen deren Rechtsvertreters X***, zu ersetzen.

Begründung

Mit der Ausschreibungsunterlage "Einladung zur Angebotsabgabe

und Angebots-bestimmungen" vom 28.5.2010 wurden insgesamt 7 Unternehmen, darunter die Antragstellerin, zur Angebotsabgabe im Vergabeverfahren "4 Aufzugsanlagen, Zwettl-Krems-Scheibbs-Waidhofen/Ybbs" aufgefordert. Laut der Einladung zur Angebotsabgabe wird ein Bauauftrag im Unterschwellenbereich in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlich günstigsten Angebot im Bezug auf die beiden Kriterien: 1. "Gesamtpreis" (Gewichtung 98%) und 2. "Angebotene Gewährleistungsfrist(en)" (Gewichtung 2%) erteilt werden. Der Schlusstermin für die Angebotsabgabe war mit 25.6.2010, 11:00 Uhr, der Zeitpunkt der Angebotsöffnung mit 25.6.2010, 11:15 Uhr, fixiert.

In der Ausschreibungsunterlage ist insbesondere festgelegt wie folgt:

"Das Angebot ist in einfacher (Original) Ausfertigung in einem verschlossenen Umschlag bzw. Behältnis einzureichen.

...

Mit der rechtsgültigen Unterfertigung anerkennt der Bieter ohne Einschränkungen alle Bestimmungen dieser Ausschreibung (insbesondere die verfahrensrechtlichen Bestimmungen, ...). Auf dem verschlossenen Umschlag bzw. Behältnis sind folgende Vermerke anzubringen:

- -Strichaufzählung
- ...
- -Strichaufzählung
die Worte NICHT ÖFFNEN - Angebot für" und danach der
- -Strichaufzählung
Ausschreibungsgegenstand (siehe 1. Seite dieses Vordruckes)
- -Strichaufzählung
-

ANGEBOTSBESTIMMUNGEN

...

1. 3.Ziffer 3

Der Bieter muss sein Angebot gemäß §§ 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen

Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten. Der Bieter muss sein Angebot gemäß Paragraphen 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten.

...

Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß § 129 BVergG 2006 ausgeschieden. Fehlerhafte und unvollständige Angebote werden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 ausgeschieden.

...

1. 17. Ziffer 17

Die Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen."

Bis zum Ende der Angebotsfrist am 25.6.2010 11:00 Uhr, langten insgesamt drei Angebote, darunter jene der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlags-empfängerin ein. Bei Angebotsöffnung um 11:15 Uhr waren auf Bieterseite anwesend: B***, vertreten durch V***; A***, vertreten durch J***; C***, vertreten durch H***. Für den Auftraggeber waren anwesend: G*** (Kommissionsleiter), S*** (Kommissionsmitglied) und Q*** (Schriftführerin).

Mit Telefaxmitteilung vom 9.7.2010 (2. Zuschlagsentscheidung) nahm der Auftraggeber seine Entscheidung vom 29.6.2010, wonach der Zuschlag an die A*** zu erteilen sei (1. Zuschlagsentscheidung), zurück und informierte die Antragstellerin auszugsweise wie folgt: "Es ist beabsichtigt,

den Zuschlag an die B***, ... zu erteilen. Die Vergabesumme

beträgt Euro 193.320,- (zuzügl. gesetzl USt.). Die B*** wurde entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt 'Einladung zur Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen' unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien als Bestbieter ermittelt. Wir ersuchen um Verständnis, dass Ihr Unternehmen aufgrund der Ergebnisse der gutachterlichen Angebotsprüfung und dem sich daraus ergebenden Ranking nicht ausgewählt werden konnte."

Gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin führte der Auftraggeber in der 2. Zuschlagsentscheidung einleitend insbesondere aus wie folgt: "Wir nehmen Bezug auf unser Schreiben betreffend Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2010 und teilen Ihnen mit, dass wir diese Zuschlagsentscheidung hiermit zurücknehmen. Des Weiteren teilen wir Ihnen mit, dass die an Ihr Unternehmen mit der Zuschlagsentscheidung ergangene Ausscheidensentscheidung zurückgenommen wird."

Mit Schriftsatz vom 15.7.2010 brachte die A***, vertreten durch X*** (idF Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 9.7.2010 und auf Ersatz der Pauschalgebühren, wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung begehrt. Mit Schriftsatz vom 15.7.2010 brachte die A***, vertreten durch X*** in der Fassung Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 9.7.2010 und auf Ersatz der Pauschalgebühren, wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung begehrt.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 23.7.2010, N/0060- BVA/02/2010-EV7, wurde dem Auftraggeber untersagt, für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 27.8.2010, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

In verfahrenseinleitenden Schriftsatz führte die Antragstellerin begründend im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet sei:

Anlässlich der Angebotsöffnung, welche im Beisein jeweils eines Vertreters aller Bieter in den Büroräumlichkeiten der Antragsgegnerin stattgefunden habe, sei festgestellt worden, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits geöffnet gewesen sei. Entgegen dem Begleitschreiben, wonach dem Angebot 8 Prospekte beigelegt worden seien, habe das Kuvert des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nur noch einen Prospekt enthalten. Dieser Umstand sei von der, aus zwei Vertretern bestehenden Kommission des Auftraggebers im Protokoll der Angebotsöffnung festgehalten worden. Da nicht anzunehmen sei, dass die Kommission das Kuvert geöffnet habe, sei das Angebot in der Zeit zwischen Abgabe und Öffnung nicht vor Manipulationen

geschützt gewesen und der Auftraggeber habe konsequenterweise dieses fehlerhafte Angebot, dessen Mangel nicht behoben werden könne, ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung am 29.6.2010 zugunsten der Antragstellerin als Bestbieterin getroffen.

Nicht nachvollziehbar sei, warum der Auftraggeber die unbekämpft gebliebene Ausscheidensentscheidung zurückgenommen habe und in der Entscheidung vom 9.7.2010 die Zuschlagserteilung an die B*** in Aussicht stelle. Dies verstoße nicht nur gegen § 129 Abs 1 Z 7 BVergG, sondern der Auftraggeber setze sich damit auch leichtfertig über seine eigenen Vorgaben in den Angebotsbestimmungen hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten hinweg. Nicht nachvollziehbar sei, warum der Auftraggeber die unbekämpft gebliebene Ausscheidensentscheidung zurückgenommen habe und in der Entscheidung vom 9.7.2010 die Zuschlagserteilung an die B*** in Aussicht stelle. Dies verstoße nicht nur gegen Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG, sondern der Auftraggeber setze sich damit auch leichtfertig über seine eigenen Vorgaben in den Angebotsbestimmungen hinsichtlich des Ausscheidens von Angeboten hinweg.

Da mehrere Personen Kenntnis über den Angebotsinhalt erlangt haben könnten und eine Wettbewerbsverzerrung nicht auszuschließen sei, sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zu bewerten.

Die von der Antragstellerin bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei an einen im Vergabeverfahren nicht mehr verbliebenen Bieter adressiert. Die Ausscheidensentscheidung gegenüber der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei bereits rechtskräftig und könne daher weder im Rahmen eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens, noch durch den Auftraggeber beseitigt werden.

Dabei übersehe die Antragstellerin nicht, dass die Ausscheidensentscheidung als privatrechtlicher Akt grundsätzlich nicht der Rechtskraft fähig sei, solange gesetzlich nichts anderes angeordnet sei. In § 140 Abs 1 Z 2 BVergG - wie auch in der ursprünglichen Bestimmung des § 131 Z 7 BVergG 2006 idF der Novelle 2007, BGBl Nr. I 86/2007 - bediene sich der Gesetzgeber dieser Terminologie, indem er auf die "Rechtskraft der Ausscheidensentscheidung" abstelle. § 140 Abs 1 Z 2 BVergG ordne eine Mitteilungspflicht des Auftraggebers gegenüber Bietern an, "deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, die Ausscheidensentscheidung jedoch noch nicht rechtskräftig ist". Rechtskräftig ausgeschieden sei das Angebot eines Bieters, wenn entweder die Frist zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung abgelaufen sei (§ 321 Abs 1 BVergG) oder die Vergabekontrollbehörde den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung zurück- oder abgewiesen habe (so auch Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 16 zu § 131 BVergG 2006). Dabei übersehe die Antragstellerin nicht, dass die Ausscheidensentscheidung als privatrechtlicher Akt grundsätzlich nicht der Rechtskraft fähig sei, solange gesetzlich nichts anderes angeordnet sei. In Paragraph 140, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG - wie auch in der ursprünglichen Bestimmung des Paragraph 131, Ziffer 7, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle 2007, Bundesgesetzblatt Nr. römisch eins 86 aus 2007, - bediene sich der Gesetzgeber dieser Terminologie, indem er auf die "Rechtskraft der Ausscheidensentscheidung" abstelle. Paragraph 140, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ordne eine Mitteilungspflicht des Auftraggebers gegenüber Bietern an, "deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, die Ausscheidensentscheidung jedoch noch nicht rechtskräftig ist". Rechtskräftig ausgeschieden sei das Angebot eines Bieters, wenn entweder die Frist zur Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung abgelaufen sei (Paragraph 321, Absatz eins, BVergG) oder die Vergabekontrollbehörde den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung zurück- oder abgewiesen habe (so auch Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Rz 16 zu Paragraph 131, BVergG 2006).

Aus der Systematik des Vergabeverfahrens, das in verschiedene Schritte gegliedert sei, folge, dass nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und damit nach Abschluss des Auswahlverfahrens hinsichtlich des Bestbieters, der Auftraggeber die per Telefax vom 29.6.2010 mitgeteilte und von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht angefochtene und damit rechtskräftige Ausscheidensentscheidung nicht zurücknehmen könne. Das nachträgliche Zurücknehmen der Ausscheidensentscheidung vermag angesichts der eingetretenen Rechtskraft dieser Entscheidung auch nicht mehr einen einmal rechtskräftig ausgeschiedenen Bieter in die Lage zu versetzen, am Vergabeverfahren wieder teilzunehmen und als Bestbieter der Antragstellerin vorgezogen zu werden. Stünde es dem Auftraggeber offen, den Kreis der potenziellen Zuschlagsempfänger jederzeit durch Zurücknahme einer rechtskräftig gewordenen Ausscheidensentscheidung zu erweitern, so gingen sämtliche, einen lauterer Wettbewerb sichernden Bestimmungen ins Leere. Eine derartige Auslegung hätte insbesondere zur Folge, dass die Präklusionsfrist nach § 321 BVergG jederzeit durch entsprechende Intervention beim Auftraggeber umgangen werden könnte, was dem Gesetz nicht unterstellt

werden könne. Aus der Systematik des Vergabeverfahrens, das in verschiedene Schritte gegliedert sei, folge, dass nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und damit nach Abschluss des Auswahlverfahrens hinsichtlich des Bestbieters, der Auftraggeber die per Telefax vom 29.6.2010 mitgeteilte und von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht angefochtene und damit rechtskräftige Ausscheidensentscheidung nicht zurücknehmen könne. Das nachträgliche Zurücknehmen der Ausscheidensentscheidung vermag angesichts der eingetretenen Rechtskraft dieser Entscheidung auch nicht mehr einen einmal rechtskräftig ausgeschiedenen Bieter in die Lage zu versetzen, am Vergabeverfahren wieder teilzunehmen und als Bestbieter der Antragstellerin vorgezogen zu werden. Stünde es dem Auftraggeber offen, den Kreis der potenziellen Zuschlagsempfänger jederzeit durch Zurücknahme einer rechtskräftig gewordenen Ausscheidensentscheidung zu erweitern, so gingen sämtliche, einen lautereren Wettbewerb sichernden Bestimmungen ins Leere. Eine derartige Auslegung hätte insbesondere zur Folge, dass die Präklusionsfrist nach Paragraph 321, BVergG jederzeit durch entsprechende Intervention beim Auftraggeber umgangen werden könnte, was dem Gesetz nicht unterstellt werden könne.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei entgegen § 131 Abs 1 BVergG völlig unbegründet und nicht nachvollziehbar. Der Auftraggeber beschränke sich auf die Mitteilung, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin "entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt 'Einladung zu Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen' unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien als Bestbieter ermittelt" worden sei. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei entgegen Paragraph 131, Absatz eins, BVergG völlig unbegründet und nicht nachvollziehbar. Der Auftraggeber beschränke sich auf die Mitteilung, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin "entsprechend dem der Ausschreibung beiliegenden Formblatt 'Einladung zu Angebotsabgabe und Angebotsbestimmungen' unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien als Bestbieter ermittelt" worden sei.

Aus all diesen Gründen erachte sich die Antragstellerin durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 9.7.2010 in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung und auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Sie habe jedenfalls ein hinreichend begründetes Interesse am Vertragsabschluss, denn sie habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein entsprechendes Angebot, welches gemäß dem festgelegten Bewertungssystem auch das beste, rechtsgültige Angebot sei, gelegt. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung drohe ihr bzw. habe sie

einen Schaden von zumindest EUR 33.500,-- an Nichtabdeckung

der Gemeinkosten samt entgangenem Gewinn sowie an bereits entstandenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und für die Rechtsberatung. Da sich die Antragstellerin regelmäßig an öffentlichen Vergabeverfahren beteilige, benötige sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit für zukünftige Verfahren diesen Auftrag auch als Referenzprojekt.

Mit Schriftsatz vom 21.7.2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Angaben zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Der geschätzte Auftragswert des in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu vergebenden Bauauftrages betrage EUR 240.000,--. Es handle sich um die Lieferung und Montage von Aufzügen, welche an den Bau von Liftschächten gekoppelt seien. Jeder der vier Aufzüge bilde eine wirtschaftliche Einheit mit dem jeweiligen Liftschacht. Die Liftanlagen seien ohne erheblichen Aufwand bzw. Wertverlust nicht entfernbar und machten als eigenständiger Teil keinen Sinn. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung getroffen worden, noch sei ein Widerruf bzw. ein Zuschlag erfolgt.

Mit Schriftsatz vom 22.7.2010 legte der Auftraggeber die Unterlagen der Auftragsvergabe vor und führte zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen aus, dass es sich bei der Ausscheidensentscheidung um eine einseitige Erklärung handle, die der Auftraggeber jederzeit ausdrücklich oder stillschweigend zurücknehmen könne. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Ausscheidensentscheidung für die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestandsfest und daher für diese nicht mehr bekämpfbar geworden wäre, kann dieser Umstand nicht zur Folge haben, dass der Auftraggeber nicht mehr sein Recht ausüben könne, die getroffene Ausscheidensentscheidung zurück zu nehmen, nachdem ihm zur Kenntnis gelangt sei, dass die Grundlage für seine Entscheidung auf einer irrtümlichen Annahme beruhe.

Der frühere Antrag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung vom 29.6.2010 habe sich nach seinem objektiven Erklärungswert nicht nur gegen die Zuschlagsentscheidung, sondern auch gegen die Ausscheidensentscheidung gerichtet, sodass keineswegs von einer Rechtskraft der

Ausscheidensentscheidung auszugehen sei.

Die Zuschlagsentscheidung vom 9.7.2010 sei nachvollziehbar. Darin werde der Antragstellerin die Gesamtsumme ("Gesamtpreis") mitgeteilt. Der Antragsstellerin sei auch bekannt gewesen, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 2 Jahre gewährt worden sei. Dieser Umstand sei bei der Angebotsöffnung, wo die Antragstellerin durch ihren Mitarbeiter, J***, vertreten gewesen sei, verlesen worden. Die Merkmale des erfolgreichen Angebotes seien durch eine rein rechnerische Bewertung feststellbar und der Antragstellerin seien alle Grundlagen für diese Bewertung bekannt gewesen. Der Antragstellerin seien somit ab Beginn der Stillhaltefrist alle für einen etwaigen Nachprüfungsantrag notwendigen Informationen bekannt gewesen. Insbesondere wäre für die Antragstellerin leicht nachvollziehbar, warum die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Bestbieterin ermittelt worden sei, eine individualisierte Mitteilung hätte daher unterbleiben können.

Unmittelbar nach Versendung der Zuschlagsentscheidung sei der Hintergrund der (neuen) Zuschlagsentscheidung in einem E-Mail, zugestellt per Fax an die Antragstellerin, zu Händen von XXXXXX (XXXXX) dahingehend erörtert worden, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in einem verschlossenen Kuvert abgegeben worden sei. Der Akt der Öffnung, indem sich die Lasche gelöst habe, habe sich erst bei Angebotsöffnung ereignet. Das Kuvert, in dem sich das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin befunden habe, weise deutliche Spuren von Kleberückständen auf. Es sei auszuschließen, dass vor Angebotsöffnung jemand Kenntnis über den Inhalt des Angebots erlangt habe. Durch die sorgfältige Verwahrung des Angebotes beim Auftraggeber könne es unmöglich zu Manipulationen des Angebots gekommen sein und der Angebotsinhalt sei geheim gehalten worden. Eine Wettbewerbsverzerrung sei auszuschließen. In der Niederschrift zur Angebotsöffnung sei der missverständliche Vermerk "Kuvert offen angekommen" unzutreffender Weise aufgenommen worden.

Beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätten keine Teile gefehlt. Im Kuvert seien das Angebotsschreiben samt Beilagen, ein 2-seitiges Begleitschreiben, eine 1-seitige Führungsbestätigung des ANKÖ und ein 8-seitiges Prospekt (doppelseitig) enthalten gewesen. Im Begleitschreiben habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich auf ein Prospekt verwiesen und auf Seite 2 des Begleitschreibens sei unter "Anlage" nur ein "Prospekt" angeführt. Im Angebotsschreiben unter Pkt. 18.9 "Sonstige Beilagen" stehe die Seitenanzahl "8" und daneben "Prospekt".

Mit E-Mail-Mitteilung vom 26.7.2010 legte der Auftraggeber einen schriftlichen "Bericht über die Angebotseröffnung" des Leiters der Vergabekommission, G***, vom 19.7.2010 vor.

Diesem ist insbesondere zu entnehmen, wie folgt:

"Wie üblich wurden die eingegangenen Angebote von P*** in Empfang genommen und unmittelbar danach an Q*** übergeben. Sollte Q*** kurzzeitig nicht anwesend sein, werden Angebote in einem Fach zur Abholung für sie abgelegt. Dieses Fach befindet sich im Blickfeld aller drei Office-Mitarbeiterinnen.

Q*** verwahrt die Angebote in einem versperrbaren Kasten bis zur Angebotsöffnung. Zu diesem Kasten haben nur Q***, R*** und ich einen Schlüssel. Ein vierter Schlüssel wird im Office aufbewahrt.

...

Um ca. 11.05 Uhr betritt Q*** mein Büro in dem die Angebotseröffnung abgehalten wird. Sie hat die eingegangenen Kuverts und eine Mappe mit unseren allgemeinen Unterlagen zur Angebotseröffnung bei sich.

Sie legt sie so, wie sie die Unterlagen getragen hat (geordnet in der Reihenfolge des Einlangens mit der Mappe oben) auf den Tisch.

Ich nehme zur Kenntnis, dass drei Angebote eingegangen sind.

Kurz darauf betritt S*** das Zimmer. Ich übergebe Q*** den Schlüssel für den Kasten in dem sich die Maschine zur Kennzeichnung der Angebote befindet. Beide entnehmen die Maschine und bereiten sie für die Angebotseröffnung vor.

Um 11.15 Uhr wird im Office noch einmal nachgefragt, ob Angebote eingelangt sind und unmittelbar danach wird zur Teilnahme an der Angebotseröffnung aufgerufen.

Von jedem der drei Bieter ist ein Vertreter anwesend. Es werden ihnen Plätze Visavis von mir zugewiesen. Zu meiner Rechten sitzt Q***, die für die Protokollführung zuständig ist. An der Stirnseite steht S*** der die Markierung der

Angebote durchführen wird. Links neben der Maschine befindet sich der Stapel mit den Angeboten.

...

Die erste Firma ist die A***.

Firmenwortlaut und Adresse wird verlesen. S*** nimmt das Kuvert und überprüft die Aufschrift auf Übereinstimmung. Danach wird das Kuvert geöffnet und der Inhalt sowie das Kuvert selbst gelocht. Die Beilagen werden gesichtet und protokolliert. Das Angebotsschreiben wird auf Seite 9 auf Unterfertigung geprüft. Auf Seite 8 und 9 werden die angeführten Beilagen mit den vorgefundenen verglichen und auf Seite 5 wird eine allfällige Verlängerung der Gewährleistungsfrist überprüft. Das Angebot selbst wird kurz auf weitere, nicht angeführte Unterlagen gesichtet und nach Nennung allfälliger Aufschläge oder Nachlässe der Nettogesamtpreis verlesen.

In gleicher Art und Weise wird auch mit dem Angebot der C*** verfahren.

Als letztes Angebot werden der Firmenname und die Adresse der B*** verlesen.

S*** nimmt das letzte Kuvert mit beiden Händen um den Wortlaut zu vergleichen. Bei Anheben wölbt sich das Kuvert leicht nach unten und ich kann erkennen, wie die Verschlusslasche noch oben klappt. S*** hat diesen Umstand ebenfalls bemerkt und weist die Anwesenden darauf hin.

Ich nehme das Kuvert an mich und untersuche den Verschluss. Am Kuvert sind Klebespuren von der Verschlusslasche zu erkennen. Sie fühlen sich trocken und kaum klebrig an. Das Papier ist offensichtlich nicht beschädigt. Die anwesenden Firmenvertreter beugen sich nach vor, um eine bessere Sicht zu haben. Ich verschließe probeweise das Kuvert erneut und hebe es an. Es wölbt sich leicht nach unten und die Lasche springt wieder auf. Ich stelle die Mutmaßung an, dass es sich um ein altes Kuvert handelt und der Kleber der Lasche bereits ausgetrocknet ist. Das Kuvert war verschlossen, ist aber nunmehr als offen zu betrachten. Ich erkläre, dass die weitere Vorgangsweise im Zuge der Angebotsprüfung und nach Rücksprache mit der Rechtsabteilung bekannt gegeben wird und ich das Angebot während dieser Angebotseröffnung behandeln werde, als wäre es verschlossen gewesen. Diese Vorgangsweise wird von den anwesenden Firmenvertretern durch kurzes Nicken zur Kenntnis genommen. Das Angebot wird somit gelocht und verlesen.

Bei der Überprüfung des Angebotsschreibens auf Seite 9 fällt unter Punkt. 18.9 auf, das neben der Ziffer 8 im Kästchen auch im Textfeld "8 Prospekt" steht. Ich weise auf diese ungewöhnliche Formulierung hin und überprüfe nochmal den Inhalt des Angebotskuverts. Nachdem nur ein Prospekt mit acht Seiten vorgefunden wird, stelle ich die Mutmaßung in den Raum, dass mit dieser Formulierung wohl ein Prospekt mit acht Seiten gemeint ist. Auffällig ist auch, dass "8 Prospekt" und nicht "8 Prospekte" geschrieben steht. Zwei der Firmenvertreter nicken leicht mit dem Kopf bzw. zucken mit den Schultern. Einer zeigt keine Reaktion. Welche Personen welche Firma vertreten haben, weiß ich jetzt nicht mehr. Nachdem keine weitere Aufklärung zu erlangen ist, wird "1 Prospekt mit 8 Seiten" protokolliert und in weiterer Folge nach Verlesung des Nettogesamtpreises die Angebotseröffnung geschlossen."

Mit Schriftsatz vom 26.7.2010 wandte die B***, vertreten durch Y*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin), ein, dass sie im Falle der Zuschlagserteilung an die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung sowie auf Nichtausscheidung aus dem Vergabeverfahren verletzt werde. Sie habe im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und ihr Interesse an einem Vertragsabschluss auch dadurch dokumentiert, dass sie am 6.7.2010 einen Nachprüfungsantrag eingebracht habe. Sollte der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden, so erleide sie einen Schaden von zumindest Euro 40.000,-- samt entgangenem Gewinn.

Das von ihr am 25.6.2010, 10:45 Uhr, abgegebene Kuvert sei zum Zeitpunkt der Abgabe und auch zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung verschlossen gewesen. Es habe den Angebotsbestimmungen vollinhaltlich entsprochen. Nachdem die Ausschreibung über 4 Aufzugsanlagen erfolgt sei und alle Aufzugstypen gleich seien, sei nur 1 Prospekt, bestehend aus 8 Seiten für alle 4 Aufzugsanlagen mit entsprechendem handschriftlichem Vermerk abgegeben worden. Die Angabe der Anzahl der Prospekte mit "8" sei versehentlich erfolgt. Da aus dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgegebenen Kuvert keinerlei Dokumente entfernt worden seien, könne ausgeschlossen werden, dass das Angebot vom Zeitpunkt der Abgabe bis zur endgültigen Öffnung Dritten nicht berechtigten Personen zur Kenntnis gelangt sei und eine Wettbewerbsverzerrung eingetreten sei.

Mit Replik vom 2.8.2010 wiederholte die Antragstellerin zunächst im Wesentlichen ihre Ausführungen betreffend die

rechtswidrige Zurücknahme der Ausscheidensentscheidung durch den Auftraggeber und brachte zur Fehlerhaftigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergänzend insbesondere vor, dass die Stellungnahmen des Auftraggebers und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einander widersprüchen. Während der Auftraggeber angebe, das Angebot sei am 25.6.2010, um 10:40 Uhr, abgegeben worden, sei es nach den Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 10:45 Uhr gewesen. Es sei nicht nachvollziehbar, was an dem in die Niederschrift aufgenommenen Vermerk "Kuvert offen angekommen" missverständlich sein solle. Sollte das Kuvert tatsächlich zur Angebotsöffnung verschlossen angekommen sein und sich erst dann plötzlich selbst-ständig geöffnet haben, seien die bei der Angebotsöffnung ausgelösten Irritationen und Diskussionen unerklärlich, denn dieser Umstand hätte keine besondere Beachtung verdient. Dass ein Kuvert beim Auftraggeber offen einlangt, könne durch eine "nachträgliche Sachverhaltsdarstellung" nicht saniert werden. Aufgrund des zwischen der Angebotsabgabe und -öffnung liegenden äußerst kurzen Zeitraums, sei diese Darstellung lebensfremd. Es sei nicht nachvollziehbar, dass eine Mitarbeiterin ein vermeintlich verschlossenes Kuvert zunächst entgegen nimmt, dieses von einem anderen Mitarbeiter abgeholt und in ein weiteres Büro gebracht werde, dort in die "Liste der zur Angebotsabgabe eingeladenen Firmen" eingetragen werde und schließlich für wenige Minuten in einem Schrank versperrt werde, um es nachher wieder aus diesem versperrten Schrank herauszunehmen und in das Büro der Angebotsöffnung zu tragen und es dort noch vor 11:15 Uhr auf einem Tisch abzulegen. Sollte das Angebot beim Auftraggeber tatsächlich verschlossen abgegeben worden sein, sei auf den - von der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Nachprüfungsantrag vom 6.7.2010 geäußerten - begründeten Verdacht zu verweisen, dass eine irrtümliche Öffnung des Angebotes vor Ende der Angebotsfrist durch einen Mitarbeiter des Auftraggebers stattgefunden habe.

In der mündlichen Verhandlung vom 5.8.2010 gab die als Zeugin einvernommene Mitarbeiterin des Auftraggebers, P***, an, dass das Kuvert der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 25.06.2010 um 10:40 Uhr abgegeben worden sei. Sie habe das Kuvert in die Hand genommen, die Aufschrift vorne kontrolliert, das Kuvert gestempelt und die Uhrzeit auf dem Umschlag vermerkt. Sie habe das Kuvert gewendet und nach ihrer Wahrnehmung sei es verschlossen gewesen. Den Verschluss habe sie keiner gesonderten Überprüfung unterzogen, das heißt anhand einer optischen Kontrolle habe das Kuvert verschlossen ausgesehen. Sie habe keine Anzeichen dafür bemerkt, dass sich die Lasche selbstständig öffnen könnte. Sie habe das Kuvert nicht gewölbt oder geknickt und es anschließend in das Postfach von Q*** gelegt. Das Postfach befinde sich im selben Raum, in dem sie ihren Arbeitsplatz habe. Neben ihr selbst würden noch Frau Weber und Frau Steiner in diesem Arbeitsraum arbeiten. Es handle sich um das Sekretariat, das sogenannte Office, wo die Mitarbeiter des Auftraggebers ihre Post etc. abholen. Es habe sich um einen normalen Arbeitstag gehandelt, wo ein Kommen und Gehen zu verzeichnen gewesen sei. Betriebsfremde Personen hätten sich nicht länger im Raum aufgehalten. Der Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe das Kuvert abgegeben und den Raum dann wieder verlassen. Um ca. 10:55 Uhr habe sie das Office verlassen, um sich zur Poststelle zu begeben. Über das weitere Schicksal des Kuverts könne sie keine weiteren Angaben machen.

Der gleichfalls zur Angebotsabgabe befragte Mitarbeiter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, V***, gab an, dass er das Angebot im Sekretariat des Auftraggebers P*** übergeben habe. Die Entgegennahme des Kuverts habe er sich auf der kopierten Deckseite des Umschlages von P*** bestätigen lassen. Auf weitere Manipulationen seitens der Mitarbeiterin des Auftraggebers habe er nicht geachtet. Die Angebote würden von den Mitarbeiterinnen des Sekretariats der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zusammengestellt. Es würden die einzelnen Teile in das Kuvert gegeben, nachdem die Unterlagen für den firmeneigenen Akt kopiert worden seien. Er selbst bekomme das fertig verschlossene Kuvert samt Deckblatt auf seinen Schreibtisch gelegt. Auf Grund des Begleitschreibens, welches mit 21.06.2010 datiert sei, gehe er davon aus, dass das fertige Kuvert einige Tage, vermutlich seit 21.06.2010, bereits fertig auf seinem Schreibtisch abgelegt gewesen sein müsse. Am 25.06.2010 habe er das Kuvert vom Schreibtisch weggenommen und auf den Rücksitz seines PKW's gelegt, mit dem er von seiner Arbeitsstelle zum Auftraggeber gefahren sei, wo er das Kuvert um ca. 10:45 Uhr abgegeben habe. Er habe das Gebäude unmittelbar nachher wieder verlassen und sei erst kurz vor Angebotsöffnung um ca. 11:15 Uhr zurück-gekehrt. Der Raum, in dem die Angebotsöffnung stattgefunden habe, liege unmittelbar neben dem Sekretariat, dessen Türe offen gewesen sei. Nach Aufruf habe er den Raum der Angebotsöffnung über das Sekretariat betreten. Es seien dort zwei Herren des Auftraggebers anwesend gewesen. Einer der beiden, der Jüngere (S***), sei heute anwesend. Ab wann die Angebote sich im Raum befunden hätten, könne er nicht mehr mit Sicherheit sagen. Ab dem Zeitpunkt, als er im Raum platzgenommen habe, seien drei Kuverts auf dem Tisch vor ihm gelegen. Welches der Kuverts seiner eigenen Firma zuzuordnen gewesen sei, sei für ihn nicht erkennbar gewesen. Er habe sich während der Angebotsöffnung laufend

Notizen gemacht und nicht beobachtet, wer das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - das als letztes in Behandlung genommen worden sei - zur Hand genommen habe. Er sei erst aufmerksam geworden, als S*** gesagt habe, dass das Kuvert offen sei. Als G*** in dieser Situation angemerkt habe, dass das Kuvert offen abgegeben worden sei, habe er sich selbst zu Wort gemeldet und darauf hingewiesen, dass er persönlich das Kuvert verschlossen abgegeben habe. Ob und welche Vermerke betreffend die Öffnung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch den Auftraggeber getätigt worden seien, entziehe sich seiner Kenntnis. Auch hinsichtlich der weiteren Handgriffe und Handlungen des Auftraggebers könne er keine genauen Angaben mehr machen. Abschließend gab der Zeuge an, dass er nicht sicher sei, wie das Kuvert seiner Firma auf dem Tisch abgelegt gewesen sei (ob sich die Lasche nach unten oder nach oben befunden habe).

Auf Frage des Vertreters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergänzte der Zeuge, dass der Zeitrahmen zwischen dem Bemerkten, dass der Umschlag nicht mehr verschlossen gewesen war und dem Ende der Angebotsöffnung relativ kurz gewesen sei. Er könne sich noch daran erinnern, dass die Anzahl der Beilagen diskutiert worden sei, die Frage, ob es sich um 8 Prospekte oder lediglich um ein Prospekt mit acht Seiten gehandelt habe. Das Kuvert des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beinhalte lediglich ein Prospekt mit insgesamt acht Seiten. Sonst gehe er auf Grund der Verlesung anlässlich der Angebotsöffnung davon aus, dass der Inhalt der Kuverts derselbe sei, wie jener, den die präsumtive Zuschlagsempfängerin ursprünglich abgegeben habe. Bei der Öffnung sei der Nettoangebotspreis und die Anzahl der Bestandteile verlesen worden.

Über Nachfrage des Auftraggebers, ob auch die Gewährleistungsfrist verlesen worden sei, gab der Zeuge an, dass er sich jetzt erinnere, dass auch dieser Aspekt verlesen worden sei.

Die Zeugin Q*** gab auf Frage der Vorsitzenden an, dass sie bei der Sitzung der Angebotsöffnung für die verfahrensgegenständliche Auftragsvergabe Schriftführerin gewesen sei. Sie sei während der gesamten Sitzung anwesend gewesen. Sie könne sich nicht mehr daran erinnern, wer das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus dem Postfach im Office genommen habe. Sie habe das Angebot im Eingangsverzeichnis eingetragen und danach im Schrank in ihrem Zimmer verschlossen. Beim Ablegen im Schrank entnehme sie die zuvor eingelangten Angebote samt der darauf liegenden Mappe mit den Originalunterlagen der Auftragsvergabe und ordne das zuletzt eingelangte Kuvert an die unterste Stelle. Zur genauen Uhrzeit könne sie keine Angaben machen. Kurz vor dem Termin der Angebotsöffnung habe sie alle drei Angebote aus dem Schrank entnommen. Die Kuverts seien auf einem Stapel mit der Deckseite nach oben gelegen. Sie könne keine Angaben machen, was zwischen dem Zeitpunkt der Ablage des letzten Angebots im Schrank und dem Zeitpunkt, als sie die Kuverts aus dem Schrank wieder entnommen habe, gemacht habe. Der Schrank werde, nachdem die Angebote eingelegt worden seien, immer verschlossen. Zum Schrank gebe es insgesamt vier Schlüssel: einen verwahre sie selbst, indem sie ihn bei sich trage, einen habe G***, einen R*** und einer werde in einem ebenfalls versperrten Schrank im Office verwahrt. Den Stapel mit den Angeboten habe sie auf den Tisch in dem Raum der Angebotsöffnung gelegt. Sie habe sich mit dem Stapel der Angebote nicht näher beschäftigt, daher könne sie auch keine Angaben dazu machen, ob die Kuverts verschlossen oder offen gewesen seien. Während der Angebotsöffnung seien drei Bietervertreter anwesend gewesen, welche gegenüber am Tisch Platz genommen hätten. Welche Eintragungen in der Niederschrift der Angebotsöffnung vorzunehmen seien, würde der Zeugin von G*** vorgegeben. Sie könne bestätigen, dass S*** die Angebote geöffnet habe. Weitere Angaben zu den konkreten Handlungen könne sie jedoch nicht machen. An das Nächste, an das sich erinnere, sei der Umstand, dass bei der Öffnung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin G*** den Auftrag gegeben habe, in der Niederschrift zu vermerken, dass das Angebot offen eingelangt sei und sie habe diesen Vermerk in der Niederschrift aufgenommen. Nachdem V*** darauf aufmerksam gemacht habe, dass das Angebot verschlossen abgegeben worden sei, sei das Angebot wie gewöhnlich weiter behandelt worden. Zur Anmerkung des V*** habe G*** gesagt, "aber es ist offen". Weiters habe die Zeugin bemerkt, dass es eine Diskussion betreffend die Anzahl der Prospekte beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben habe. Schließlich habe man festgestellt, dass es sich um ein Prospekt mit acht Seiten handle. Zur Frage, was verlesen worden sei, könne die Zeugin keine Angaben machen.

S*** gab bei seiner zeugenschaftlichen Einvernahme zum Ablauf der Angebotsöffnung an, dass der Stapel mit den Angeboten auf dem Tisch im Verhandlungsraum gelegen habe. Das letzte Kuvert, jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, habe sich mit der Schriftseite nach unten als unterstes im Stapel befunden. Als er das Kuvert angehoben habe, habe sich das Kuvert gewölbt und sich die Lasche vom Kuvert abgehoben. Ob das Kuvert vorher

verschlossen gewesen sei, könne er nicht angeben. Er habe auf den Umstand, dass das Kuvert offen war, ausdrücklich aufmerksam gemacht: "es ist offen" und in weiterer Folge sei der Inhalt der Kuverts entnommen worden, gelocht worden und der Inhalt sowie das Kuvert seien von ihm an den Kommissionsleiter weitergereicht worden. Nachdem G*** darauf aufmerksam gemacht hätte, dass das Kuvert offen gewesen sei und der Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin darauf hingewiesen hätte, dass das Kuvert verschlossen abgegeben worden sei, habe der Kommissionsleiter die Gummierung des Kuverts näher untersucht und versucht, ob die Lasche auf dem Kuvert kleben bleibe. Zur Frage, ob dieser Versuch das Kuvert wieder zu verschließen, erfolgreich gewesen sei, gab der Zeuge an, dass er dazu keine Angaben machen könne. Zum Umstand, ob auf die Aussage von V***, dass er das Angebot verschlossen abgegeben habe, G*** nochmals erwähnt habe, dass das Kuvert offen sei, gab der Zeuge an, keine Angaben machen zu können. Ihm sei nicht Erinnerung, welche Details bei der Angebotsöffnung betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin tatsächlich verlesen worden seien.

Der ebenfalls bei der Angebotsöffnung anwesende Vertreter des dritten Bieters der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe, H***, gab bei seiner Zeugeneinvernahme an, dass der Stapel mit den Angebotskuverts auf dem Tisch links neben ihm gelegen habe. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei als Letztes in Behandlung genommen worden. Es sei ihm Erinnerung, dass S*** das Angebot in Händen gehalten habe, mit der Deckseite nach unten, und die Lasche des Kuverts habe sich in einem Winkel von etwa 90° vom Kuvert abgehoben. G*** habe deutlich darauf hingewiesen, dass das Kuvert offen sei und den Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dazu befragt. Nach seiner Erinnerung sei die Aussage des Vertreters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sehr zögerlich gewesen. Zur konkreten Aussage könne er keine Angaben machen, er habe sie akustisch nicht verstanden. Weitere Details oder Besonderheiten gegenüber einer "üblichen" Angebotsöffnung seien ihm nicht Erinnerung.

Auf Frage des Vertreters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gab der Zeuge an, dass er nicht bestätigen könne, dass Z***, als er das Kuvert in Händen gehalten habe, dieses gewölbt habe.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35; 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24; 21.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; u.a.). Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. ist öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (vergleiche BVA 9.7.2010, N/0043-BVA/04/2010-35; 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24; 21.4.2006, N/0001-BVA/02/2006-71; u.a.).

Der gegenständliche Auftrag, ein Bauauftrag gemäß § 4 BVergG, wird in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 Z 1 BVergG an den Bestbieter vergeben. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 240.000.-- ohne USt, das Verfahren ist demnach dem Unterschwellenbereich zuzuordnen. Der gegenständliche Auftrag, ein Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG, wird in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 37, Ziffer eins, BVergG an den Bestbieter vergeben. Der geschätzte Auftragswert beträgt EUR 240.000.-- ohne USt, das Verfahren ist demnach dem Unterschwellenbereich zuzuordnen.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Fristen des § 321 BVergG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 BVergG und ist insoweit zulässig. Das Verfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge zuständig. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde innerhalb der Fristen des Paragraph 321, BVergG eingebracht. Er erfüllt die formalen Voraussetzungen des Paragraph 322, BVergG und ist insoweit zulässig. Das Verfahren befindet sich nach erfolgter Zuschlagsentscheidung. Es wurde weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen. Das Bundesvergabeamt ist daher zur Behandlung der Anträge zuständig.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 7.1.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß § 324 Abs 3 BVergG zu. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 7.1.2010 begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

1. 2.Ziffer 2

Zu Spruchpunkt I. Zu Spruchpunkt römisch eins.

2.1. Zur Zurücknahme der Ausscheidensentscheidung

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist die Zurücknahme einer vom Auftraggeber getroffenen und bekannt gemachten gesondert anfechtbaren Entscheidung durch den Auftraggeber selbst jederzeit möglich. Es handelt sich dabei - worauf im Übrigen auch die Antragstellerin zutreffend hinweist - um privatwirtschaftliches Verhalten, wofür es keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Dieses Verständnis findet seine Bestätigung in § 319 Abs 1 letzter Satz BVergG, wonach der Antragsteller "klaglos gestellt" wird; damit ist insbesondere der Fall gemeint, dass der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung selbst beseitigt (vgl. Thienel, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 312 Rz 123). Vorbehaltlich allfälliger zivilrechtlicher Aspekte kann der Auftraggeber daher die von ihm getroffene Ausscheidensentscheidung auch wieder zurücknehmen. Durch die vom Bundesvergabeamt erlassene einstweilige Verfügung wurde ihm lediglich die Erteilung des Zuschlages untersagt. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist die Zurücknahme einer vom Auftraggeber getroffenen und bekannt gemachten gesondert anfechtbaren Entscheidung durch den Auftraggeber selbst jederzeit möglich. Es handelt sich dabei - worauf im Übrigen auch die Antragstellerin zutreffend hinweist - um privatwirtschaftliches Verhalten, wofür es keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Dieses Verständnis findet seine Bestätigung in Paragraph 319, Absatz eins, letzter Satz BVergG, wonach der Antragsteller "klaglos gestellt" wird; damit ist insbesondere der Fall gemeint, dass der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung selbst beseitigt vergleiche Thienel, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 312, Rz 123). Vorbehaltlich allfälliger zivilrechtlicher Aspekte kann der Auftraggeber daher die von ihm getroffene Ausscheidensentscheidung auch wieder zurücknehmen. Durch die vom Bundesvergabeamt erlassene einstweilige Verfügung wurde ihm lediglich die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Zudem verkennt die Antragstellerin die in § 321 BVergG statuierte Präklusionswirkung, aus der sich zwar ergibt, dass gesondert anfechtbare Entscheidungen, die nicht rechtzeitig bekämpft wurden, bestandkräftig werden und also der Auftraggeber, so wie auch die Vergabekontrollbehörde, an diese Entscheidungen gebunden sind. Dennoch gilt die Präklusionswirkung nur soweit, als nicht der Auftraggeber die Entscheidungen selbst wieder zurücknimmt (vgl. Thienel, Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 312 Rz 141). Zudem verkennt die Antragstellerin die in Paragraph 321, BVergG statuierte Präklusionswirkung, aus der sich zwar ergibt, dass gesondert anfechtbare Entscheidungen, die nicht rechtzeitig bekämpft wurden, bestandkräftig werden und also der Auftraggeber, so wie auch die Vergabekontrollbehörde, an diese Entscheidungen gebunden sind. Dennoch gilt die Präklusionswirkung nur soweit, als nicht der Auftraggeber die Entscheidungen selbst wieder zurücknimmt vergleiche Thienel, Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 312, Rz 141).

Auch ist den Ausführungen der Antragstellerin zur Systematik des BVergG, wonach zwischen der Angebotsprüfung, dem Ausscheiden von Angeboten und der Zuschlagserteilung zu unterscheiden wäre, im Bezug auf die Zurücknahme der Ausscheidensentscheidung durch den Auftraggeber nicht zu folgen. Ausgeschlossen ist die Zurücknahme verfahrensrechtlicher Handlungen des Auftraggebers, somit auch der Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich in jenen Fällen, wo das Vergabeverfahren durch Widerruf oder Zuschlag beendet wurde (vgl. Thienel, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 312 Rz 125). Auch ist den Ausführungen der Antragstellerin zur Systematik des BVergG, wonach zwischen der Angebotsprüfung, dem Ausscheiden von Angeboten und der Zuschlagserteilung zu unterscheiden wäre, im Bezug auf die Zurücknahme der Ausscheidensentscheidung durch den Auftraggeber nicht zu folgen. Ausgeschlossen ist die Zurücknahme verfahrensrechtlicher Handlungen des Auftraggebers, somit auch der Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschließlich in jenen Fällen, wo das Vergabeverfahren durch Widerruf oder Zuschlag beendet wurde vergleiche Thienel, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 312, Rz 125).

2.2. Zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

In der Ausschreibungsunterlage wird zur Angebotsabgabe mit der

Festlegung: "Das Angebot ist ... in einem verschlossenen

Umschlag bzw. Behältnis einzureichen" eingeladen. Im übernächsten Absatz der Angebotseinladung wird nochmals ausdrücklich vorgegeben, dass "auf dem verschlossenen Umschlag bzw. Behältnis" ua. die Worte "NICHT ÖFFNEN"

anzugeben sind.

Die Angebotsbestimmungen halten weiters fest, dass "der Bieter sein Angebot gemäß §§ 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen muss, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten." Die Angebotsbestimmungen halten weiters fest, dass "der Bieter sein Angebot gemäß Paragraphen 106 bis 111 BVergG 2006 erstellen muss, sofern die gegenständlichen Angebotsbestimmungen und Vertragsbestandteile keine anderen Bestimmungen enthalten."

Damit gibt der Auftraggeber nicht nur jene Formvorschriften für Angebote in Papierform ausdrücklich wieder, die in § 110 1. Satz BVergG statuiert sind, sondern er nimmt auch die Allgemeinen Regelungen für Angebote gemäß § 106 Abs 1 1. Satz BVergG, wonach der Bieter sich beim nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlage zu halten hat und gemäß § 107 Abs 1 1. Satz BVergG, dass Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen müssen, ausdrücklich in seine Ausschreibung auf. Damit gibt der Auftraggeber nicht nur jene Formvorschriften für Angebote in Papierform ausdrücklich wieder, die in Paragraph 110, 1. Satz BVergG statuiert sind, sondern er nimmt auch die Allgemeinen Regelungen für Angebote gemäß Paragraph 106, Absatz eins, 1. Satz BVergG, wonach der Bieter sich beim nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlage zu halten hat und gemäß Paragraph 107, Absatz eins, 1. Satz BVergG, dass Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen müssen, ausdrücklich in seine Ausschreibung auf.

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914, ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtssprechung das BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28, BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23, BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44, BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 uva.).

Mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 BVergG ist die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandfest geworden (vgl. dazu VwGH 14.11.2007, 2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Demnach haben sich nicht nur die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung), sondern hat sich insbesondere auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandfest gewordenen Fassung zu halten (vgl. VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.). Mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, BVergG ist die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit bestandfest geworden vergleiche dazu VwGH 14.11.2007,

2006/04/0233; 11.10.2007, 2006/04/0112; ebenso BVA 23.6.2006, N/0036-BVA/02/2006-22; 19.10.2006, N/0072-BVA/08/2006-65 u.a.). Demnach haben sich nicht nur die Bieter (bei ihrer Angebotserstellung), sondern hat sich insbesondere auch der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung an diese Ausschreibung in ihrer bestandfest gewordenen Fassung zu halten vergleiche VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; 28.3.2007, 2005/04/0200; 27.6.2007, 2005/04/0234; ebenso BVA 18.1.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24 uva.).

Für einen redlichen Erklärungsempfänger, so auch für die präsumtive Zuschlagsempfängerin, war demnach eindeutig erkennbar, dass sie ihr Angebot beim Auftraggeber in verschlossener Form, somit in einem Umschlag oder einem Behältnis eingeschlossen abzugeben hat.

Die bestandfest gewordenen Anweisungen in der Angebotseinladung richten sich an den Bieter, ihm obliegt es, sein Angebot sowohl inhaltlich als auch insbesondere der Form nach entsprechend den in der Ausschreibung aufgestellten Vorgaben auszugestalten. Zweck der Teil der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung gewordenen Regelungen des § 110 1. Satz BVergG ist es, dass auch eine unabsichtliche vorzeitige Öffnung von Umschlägen, die Angebote enthalten, ausgeschlossen bleibt (vgl. Gruber, Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 110 Rz 2). Die Formvorschrift des Satzes 1 - die Abgabe von Angeboten nur in "verschlossenen" Umschlägen - ist im Gegensatz zu § 110 2. Satz BVergG - wie schon dessen Textierung zeigt (arg. "tunlichst") - nicht disponibel. Die bestandfest gewordenen Anweisungen in der Angebotseinladung richten sich an den Bieter, ihm obliegt es, sein Angebot sowohl inhaltlich als auch insbesondere der Form nach entsprechend den in der Ausschreibung aufgestellten Vorgaben auszugestalten. Zweck der Teil der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung gewordenen Regelungen des Paragraph 110, 1. Satz BVergG ist es, dass auch eine unabsichtliche vorzeitige Öffnung von Umschlägen, die Angebote enthalten, ausgeschlossen bleibt vergleiche Gruber, Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 110, Rz 2). Die Formvorschrift des Satzes 1 - die Abgabe von Angeboten nur in "verschlossenen" Umschlägen - ist im Gegensatz zu Paragraph 110, 2. Satz BVergG - wie schon dessen Textierung zeigt (arg. "tunlichst") - nicht disponibel.

Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens, insbesondere den in der mündlichen Verhandlung erstatteten insoweit übereinstimmenden Zeugenaussagen (vgl. Q***, S*** und H***) befand sich der Stapel mit den Angeboten zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung um 11:15 Uhr auf dem Tisch in dem Raum, in dem die Angebotsöffnung unter Anwesenheit der Vergabekommission des Auftraggebers (bestehend aus dem Kommissionsleiter, G***, dem Kommissionsmitglied, S*** und der Schriftführerin Q***) sowie jeweils eines Vertreters der drei Bieterfirmen (V***/präsumtive Zuschlagsempfängerin, J***/Antragstellerin und H***/3. Bieterin) stattgefunden hat. Als das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von S*** im Zuge der Angebotsöffnung mit beiden Händen vom Tisch weggenommen wurde und sich der Umschlag wölbte, hob sich die zum Verschließen des Kuverts dienende Lasche deutlich vom Umschlag ab (vgl. Aussagen S*** und Q***), sodass das Kuvert zu diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht verschlossen war. Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens, insbesondere den in der mündlichen Verhandlung erstatteten insoweit übereinstimmenden Zeugenaussagen vergleiche Q***, S*** und H***) befand sich der Stapel mit den Angeboten zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung um 11:15 Uhr auf dem Tisch in dem Raum, in dem die Angebotsöffnung unter Anwesenheit der Vergabekommission des Auftraggebers (bestehend aus dem Kommissionsleiter, G***, dem Kommissionsmitglied, S*** und der Schriftführerin Q***) sowie jeweils eines Vertreters der drei Bieterfirmen (V***/präsumtive Zuschlagsempfängerin, J***/Antragstellerin und H***/3. Bieterin) stattgefunden hat. Als das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von S*** im Zuge der Angebotsöffnung mit beiden Händen vom Tisch weggenommen wurde und sich der Umschlag wölbte, hob sich die zum Verschließen des Kuverts dienende Lasche deutlich vom Umschlag ab vergleiche Aussagen S*** und Q***), sodass das Kuvert zu diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht verschlossen war.

Die Untersuchung des Umschlages, in dem die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr Angebot beim Auftraggeber abgegeben hat, durch den erkennenden Senat zeigte, dass sich auf der 4,5 cm hohen und ca. 24 cm langen Kuvertlasche eine ca. 2,5 cm hohe und ca. 10 cm lange, leicht klebrige Fläche befindet. Durch Abtasten der Rückseite des Umschlages ist feststellbar, dass sich die Teilfläche des Umschlages, die konstruktionsbedingt in der Regel mit der Kuvertlasche verklebt wird, im Vergleich zur übrigen Oberfläche etwas rauer anfühlt. Optisch sind auf dem Umschlag weder Kleberückstände erkennbar noch gibt es sonstige Hinweise dafür, dass das Kuvert durch eine Aktivität geöffnet wurde.

Zum Vorbringen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, das Kuvert sei von einem ihrer Mitarbeiter, V***, in

verschlossenem Zustand abgegeben worden, ist darauf hinzuweisen, dass zwischen der Zusammenstellung des Angebotes, dessen Kuvertierung im Umschlag, dessen "Verschließen" und der Angebotsabgabe mehrere Tage vergangen waren. Wie V*** in der mündlichen Verhandlung aussagte, habe sich - wovon er aufgrund des mit 21.6.2010 datierten Begleitschreiben ausgehe - das bereits "fertige" Kuvert vermutlich bereits seit 21.6.2010 auf seinem Schreibtisch befunden. Somit kann nicht ausgeschlossen werden, dass nicht nur die Vermutung, dass es sich um ein "altes Kuvert" handle und "der Kleber der Lasche bereits ausgetrocknet sei", die G*** auf Seiten des Auftraggebers in seinem Bericht zur Angebotsöffnung vom 19.7.2010 aufstellte, zutrifft, sondern vielmehr ist davon auszugehen, dass es im Zeitraum zwischen Angebotsfertigstellung und Abgabe (ca. 4 Tage) zu einem weiteren Austrocknen des Klebers gekommen ist. Dass der Zeuge nicht selbst die Angebotsunterlagen zusammenstellt und daher auch den Umschlag dieses Angebotes bereits "fertig" für die Weiterleitung an den Auftraggeber von Dritten erhalten hat, erklärt, warum er im Zuge seiner Befragung zur Angebotsabgabe in der mündlichen Verhandlung nicht angab, sich unmittelbar vor Abgabe des Angebotes beim Auftraggeber vergewissert zu haben, dass der Umschlag ausreichend verschlossen gewesen sei.

Da der Angebotsinhalt bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten ist (vgl. § 23 Abs 1 leg cit), ist eine zwingende Bedingung für deren Gültigkeit, dass Angebote verschlossen sein müssen. Wenn gemäß § 118 Abs 3 1. Satz BVergG vor dem Öffnen eines Angebotes festzustellen ist, ob es ungeöffnet ist, richtet sich diese Bestimmung ebenso vorerst an den Bieter. Er hat sich vor Einreichung des Angebotes davon zu überzeugen, ob das Angebot bzw. das Behältnis, in dem es sich befindet, tatsächlich so verschlossen ist, dass der Angebotsinhalt bei sorgfältigem Umgang nicht vor der Angebotsöffnung Dritten zugänglich wird. So ist etwa die Einreichung des Angebotes in einem nur haftenden (= adhäsiv oder gleichwertig) Umschlag unzulässig, sofern nicht durch zusätzliches Verschließen mit Klebeband, Heftklammer oder dgl. für ein sicheres Verschließen gesorgt wird (vgl. Pachner, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 § 118 Rz 17f). Da der Angebotsinhalt bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten ist vergleiche Paragraph 23, Absatz eins, leg cit), ist eine zwingende Bedingung für deren Gültigkeit, dass Angebote verschlossen sein müssen. Wenn gemäß Paragraph 118, Absatz 3, 1. Satz BVergG vor dem Öffnen eines Angebotes festzustellen ist, ob es ungeöffnet ist, richtet sich diese Bestimmung ebenso vorerst an den Bieter. Er hat sich vor Einreichung des Angebotes davon zu überzeugen, ob das Angebot bzw. das Behältnis, in dem es sich befindet, tatsächlich so verschlossen ist, dass der Angebotsinhalt bei sorgfältigem Umgang nicht vor der Angebotsöffnung Dritten zugänglich wird. So ist etwa die Einreichung des Angebotes in einem nur haftenden (= adhäsiv oder gleichwertig) Umschlag unzulässig, sofern nicht durch zusätzliches Verschließen mit Klebeband, Heftklammer oder dgl. für ein sicheres Verschließen gesorgt wird vergleiche Pachner, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 Paragraph 118, Rz 17f).

Dass die Klebefläche der Lasche des Angebotsumschlags der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine ausreichende Haftung für ein dauerhaftes Verschließen des Kuverts gewährleistete, hat - wie zuvor dargestellt - die ex post Untersuchung im Bundesvergabeamt bestätigt. Auch hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine zusätzlichen Vorkehrungen mittels Klebeband etc. auf dem Umschlag angebracht und so für ein sicheres Verschließen gesorgt.

Nach der Sphärentheorie, hat der Bieter bzw. der Auftraggeber die Gefahr für die Umstände zu tragen, die sich in seinem Bereich ereignen (vgl. §§ 1107, 1168, 968 ABGB, Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² [2001] 147). Die Gefahr für die Unversehrtheit des Umschlages trägt somit der Bieter bis zum Einlangen in der Sphäre des Auftraggebers durch Registrierung in dessen Posteinlaufstelle. Mit dem Einlangen trägt der Auftraggeber jedoch nicht das volle Risiko. Werden Angebote beim Auftraggeber in einem unverschlossenen Kuvert eingereicht, ist zu untersuchen, inwieweit es dem Auftraggeber zumutbar war, die Tatsache der Unverschlossenheit des Kuverts zeitgerecht zu erkennen und gegebenenfalls für die Sanierung dieses Umstandes zu sorgen. Zumutbar wird das für einen Auftraggeber nur sein, wenn die Abgabe des Angebotes persönlich an einen Vertreter des Auftraggebers erfolgt und wenn dieser das Angebot auf seine Form überprüft, wozu der Auftraggeber aber nicht verpflichtet ist (Pachner, Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 117 Rz 3). Nach der Sphärentheorie, hat der Bieter bzw. der Auftraggeber die Gefahr für die Umstände zu tragen, die sich in seinem Bereich ereignen vergleiche Paragraphen 1107, 1168, 968, ABGB, Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² [2001] 147). Die Gefahr für die Unversehrtheit des Umschlages trägt somit der Bieter bis zum Einlangen in der Sphäre des Auftraggebers durch Registrierung in dessen Posteinlaufstelle. Mit dem Einlangen trägt der Auftraggeber jedoch nicht das volle Risiko. Werden Angebote beim Auftraggeber in einem unverschlossenen Kuvert eingereicht, ist zu untersuchen, inwieweit es dem Auftraggeber zumutbar war, die Tatsache

der Unverschlossenheit des Kuverts zeitgerecht zu erkennen und gegebenenfalls für die Sanierung dieses Umstandes zu sorgen. Zumutbar wird das für einen Auftraggeber nur sein, wenn die Abgabe des Angebotes persönlich an einen Vertreter des Auftraggebers erfolgt und wenn dieser das Angebot auf seine Form überprüft, wozu der Auftraggeber aber nicht verpflichtet ist (Pachner, Schramm/Aicher/Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 117, Rz 3).

Das Vorbringen des Auftraggebers, der Akt der Öffnung des Umschlages habe sich erst bei Angebotsöffnung ereignet und der Vermerk der Vergabekommission in der Niederschrift "Kuvert offen angekommen" sei missverständlich gewesen, wird durch die Zeugenaussagen seiner Mitarbeiterinnen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt nicht schlüssig bestätigt. P***, die das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Auftraggeber übernommen hat, gab zwar zu einem an, dass sie das Kuvert gewendet habe und es ihrer Wahrnehmung nach verschlossen gewesen sei. Sie habe keine Anzeichen bemerkt, dass sich die Lasche geöffnet habe. Zum anderen gestand sie aber gleichzeitig zu, das Kuvert weder gewölbt noch geknickt zu haben und den Verschluss keiner gesonderten Überprüfung unterzogen zu haben. Q*** konnte sich nur mehr teilweise an die maßgeblichen Vorgänge erinnern (sie wusste zB nicht mehr, ob sie selbst oder eine dritte Person das Angebot aus dem Postfach im Office entnommen hat und auch die Zeit, wann sie das Angebot in das Eingangsverzeichnis eingetragen und vorübergehend in einen Schrank zur Verwahrung versperrt hat, waren ihr nicht mehr geläufig) und sagte schließlich aus, dass sie zwar den Stapel mit den insgesamt drei Angeboten auf den Tisch im Raum der Angebotsöffnung abgelegt habe, sich aber damit nicht näher beschäftigt habe und daher auch keine Angaben dazu machen könne, ob die Kuverts, also auch der Umschlag des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, zu diesem Zeitpunkt verschlossen oder offen gewesen seien.

Nach den oben dargestellten Ermittlungsergebnissen und wie insbesondere der Zustand des Kuverts beweist, hatte die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Umschlag, in dem ihr Angebot beim Auftraggeber durch V*** persönlich abgegeben wurde, jedenfalls zu keiner Zeit auszureichend sicher verschlossen. Weder die Papieroberfläche des Umschlages noch die der Kuvertlasche lässt darauf schließen, dass das Behältnis - mag es auch vormals tatsächlich verschlossen gewesen sein - von jemand aktiv geöffnet worden ist. Wird die Lasche mit den auf ihr befindlichen Kleberresten nochmals auf den Umschlag gedrückt, bleibt diese - wie nicht nur der Leiter der Vergabekommission bei der Angebotsöffnung demonstrierte, sondern auch der erkennende Senat versuchsweise feststellte - nicht dauerhaft auf dem Umschlag haften, sondern löst sich entweder, wenn man das Kuvert zB bewegt und anhebt, selbständig ab oder ist - ähnlich einem bei Konsumgütern gebräuchlichen wiederverschließbarem Verschluss - ohne Beschädigung und ohne nennenswerte Spuren wieder vom Kuvert ablösbar. Dieser Umstand ist der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zuzurechnen.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde somit entgegen den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen nicht in einem "verschlossenen" Kuvert iS von § 110 BVerG beim Auftraggeber eingereicht. Es wäre daher als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuschneiden gewesen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde somit entgegen den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen nicht in einem "verschlossenen" Kuvert iS von Paragraph 110, BVerG beim Auftraggeber eingereicht. Es wäre daher als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden gewesen.

Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd § 19 Abs. 1 BVergG entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C 87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuschneidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann (vgl VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 20.6.2007, N/0050- BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47; 26.3.2007, N/0102- BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03- 22; 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.). Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Die Bindung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung ist für die Gleichbehandlung der Bieter iSd Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl dazu EuGH 25.4.1996, RS C

87/94 (Wallonische Busse, RZ 89, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt)]. Allein deshalb, weil der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einem formalen Ausscheiden eines Angebotes Abstand genommen hat, wird ein auszuscheidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann vergliche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; ebenso BVA 20.6.2007, N/0050- BVA/04/2007-41 und N/0051-BVA/04/2007-47; 26.3.2007, N/0102- BVA/04/2006-83; 23.7.2004, 14F-09/03-18; 23.7.2004, 14N-64/03- 22; 28.1.2005, 04N-131/04-38 u.a.).

Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Aufgrund der oben aufgezeigten Vorgangsweise des Auftraggebers, das ausschreibungswidrige Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässiger Weise nicht auszuscheiden, ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeiten belastet, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG von wesentlichem Einfluss sind (vgl VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008- 20; u.a.), weshalb die zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lautende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären war. Durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Aufgrund der oben aufgezeigten Vorgangsweise des Auftraggebers, das ausschreibungswidrige Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässiger Weise nicht auszuscheiden, ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeiten belastet, die für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG von wesentlichem Einfluss sind vergleiche VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 20.12.2005, 2004/04/0130; ebenso BVA 8.4.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008- 20; u.a.), weshalb die zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lautende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären war.

3. Zu Spruchpunkt II.3. Zu Spruchpunkt römisch zwei.

Gemäß § 319 Abs 1 1. Satz 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. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz 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.

Da - wie sich aus Spruchpunkt I ergibt - die Antragstellerin obsiegt hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß § 319 leg cit, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 leg cit bezieht, stattzugeben. Da - wie sich aus Spruchpunkt römisch eins ergibt - die Antragstellerin obsiegt hat, ist dem diesbezüglichen Antrag gemäß Paragraph 319, leg cit, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, leg cit bezieht, stattzugeben.

Gemäß § 319 Abs 2 leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg cit besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Mit Bescheid vom 23.7.2010, N/0060-BVA/02/2010-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Ebenso ist demnach dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß § 319 Abs 2 BVergG stattzugeben. Mit Bescheid vom 23.7.2010, N/0060-BVA/02/2010-EV7, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Ebenso ist demnach dem Antrag der Antragstellerin, soweit er sich auf den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezieht, gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG stattzugeben.

Da die Antragstellerin für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung damit insgesamt EUR 935,-- gesetzestkonform entrichtet hat, war spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Ausschreibung bestandfest, ausschreibungswidriges Angebot, unzureichend verschlossenes Angebotskuvert, offener Umschlag, Zurücknahme Ausscheidenentscheidung;

Zuletzt aktualisiert am

06.10.2010

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