

TE Verg Bescheid 2010/1/27 N/0126-BVA/10/2009-43

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.01.2010

Norm

BVergG 2006 §325 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §43 Abs6

BVergG 2006 §2 Z15

BVergG 2006 §110

BVergG 2006 §117 Abs1

BVergG 2006 §118 Abs3

BVergG 2006 §129 Abs1 Z6

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

ABGB §862a

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
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 § 43 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 43 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
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 § 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 § 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. ABGB § 862a heute
2. ABGB § 862a gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Sabine Prewein MAS als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Buchförderungsanlage Österreichische Nationalbibliothek" des Auftraggebers Österreichische Nationalbibliothek, Josefsplatz 1, 1010 Wien, vertreten durch X*** Rechtsanwälte GmbH eingeleitet über Antrag vom 15. Dezember 2009 der A***, vertreten durch den Geschäftsführer B*** vertreten durch Y*** Rechtsanwälte wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag der A***, "die Ausscheidensentscheidung vom 07.12.2009 nachzuprüfen und für nichtig zu erklären (§ 320 BVergG) und die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung", wird insofern stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Buchförderungsanlage Österreichische Nationalbibliothek" die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 7. Dezember 2009 betreffend das Angebot der A*** für nichtig erklärt wird. Dem Antrag der A***, "die Ausscheidensentscheidung vom 07.12.2009 nachzuprüfen und für nichtig zu erklären (Paragraph 320, BVergG) und die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung", wird insofern stattgegeben, als im Vergabeverfahren "Buchförderungsanlage Österreichische Nationalbibliothek" die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 7. Dezember 2009 betreffend das Angebot der A*** für nichtig erklärt wird.

Rechtsgrundlage: § 325 Abs 1 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 325, Absatz eins, BVergG

Begründung

1. 1. Ziffer eins

Vorbringen der Parteien und Gang des Verfahrens

Die Antragstellerin stellte am 15. Dezember 2009, beim Bundesvergabeamt am 16. Dezember 2009 eingelangt, neben einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung.

Sie brachte dazu nach Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts vor, dass sie sich Chancen auf die Erteilung des Zuschlags ausrechne. Der Schaden bestehe in entgehendem Gewinn und Deckungsbeitrag. Sie sehe sich in dem Recht verletzt, dass ihr rechtzeitig eingelangtes Angebot auch gewertet werde. Ihr Angebot sei zu öffnen und zu werten. Es trage zwar der Bieter das Übermittlungsrisiko. Der Auftraggeberin hätte jedoch auffallen müssen, dass das Angebot der Antragstellerin eingelangt sei. Die Mitarbeiter der Auftraggeberin hätten die falsche Auskunft erteilt, dass für die am 30. Oktober 2009 bevorstehende Angebotsöffnung bei keiner Einlaufstelle ein weiteres Angebot eingelangt sei. Das Angebot der Antragstellerin sei am 27. November 2009 eingelangt. Der Nachprüfungsantrag sei rechtzeitig eingebracht worden, da die Antragstellerin von der Ausscheidensentscheidung erst am 8. Dezember 2009 Kenntnis erlangt habe.

Am 18. Dezember 2009 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 18. Dezember 2009 verbesserte die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag dadurch, dass sie die Pauschalgebühr entrichtete. Weiters brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 7.

Dezember 2009 per Telefax um 18.15 Uhr erfolgt sei. Sie sei somit außerhalb der Bürozeiten der Antragstellerin bei ihr eingelangt. Die Antragstellerin habe daher erst am 8. Dezember 2009 von dem Telefax Kenntnis genommen. Da es bei kleineren produzierenden Betrieben üblich sei, dass das Büro um 18.15 Uhr nicht mehr besetzt sei, habe die Antragstellerin auch erst am 8. Dezember 2009 von der Zuschlagsentscheidung Kenntnis nehmen können. Es liege eine Bestätigung vor, dass das Angebot an der Einlaufstelle Josefsplatz 1 abgegeben worden sei. Es sei vermutlich zusammen mit einer größeren Büchersendung an die Massenbuch-Einlaufstelle Heldenplatz 1 weitergeleitet worden.

Am 21. Dezember 2009 erteilte die Auftraggeberin die erbetenen Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenso wie der Nachprüfungsantrag verspätet seien, da die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin schon am 7. Dezember 2009 zugestellt worden sei. An diesem Tag hätte die Antragstellerin auch von der Ausscheidensentscheidung Kenntnis erlangen können. Wann die Antragstellerin von der Ausscheidensentscheidung auf Grund ihrer Geschäftszeiten tatsächlich Kenntnis erlangt habe, sei irrelevant. In diesem Zusammenhang sei auch auf § 43 Abs 6 iVm § 2 Z 15 BVergG 2006 zu verweisen. Demnach gelte die Ausscheidensentscheidung jedenfalls am 7. Dezember 2009 als übermittelt und zugegangen (vgl BVA 14. 6. 2009, N/0042-BVA/08/2006-30). Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei daher auch nicht auf die allgemeinen Regeln des Zugangs einer Willenserklärung sondern auf diese besondere für das Vergabeverfahren geltende Regelung abzustellen. Auf die besonderen Geschäftszeiten der Antragstellerin sei somit keine Rücksicht zu nehmen. Da die Antragsfrist gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sieben Tage betrage, sei der letzte Tag für die Einbringung des Nachprüfungsantrags der 14. Dezember 2009 gewesen. Da er erst am 15. Dezember 2009 eingebracht worden sei, sei er als verspätet zurückzuweisen. Nach Punkt B.10 der Ausschreibungsunterlagen seien die Angebote auf Gefahr des Bieters bis 30. November 2009, 13.00 Uhr bei der Einlaufstelle Josefsplatz 1, 1010 Wien, einzureichen gewesen. Verzögerungen auf dem Transport gingen zu Lasten des Bieters. Dies gelte insbesondere dann, wenn das Angebot bei einem anderen Eingang der Nationalbibliothek abgegeben werde. Damit sei nicht nur die Abgabestelle Josefsplatz 1, 1010 Wien, klar festgelegt sondern zusätzlich untermauert worden, dass ein Einlangen des Angebotes an einem anderen Eingang der Nationalbibliothek nicht fristgerecht sei. Wäre auch die Abgabe bei einem anderen Eingang fristgerecht, wäre die Festlegung sinnlos, wonach der Bieter die Gefahr von Verzögerungen insbesondere für den Fall der Abgabe bei einem anderen Eingang trage. Wie sich nach Ablauf der Angebotsfrist herausgestellt habe, sei das Angebot der Antragstellerin von dem von ihr beauftragten Botendienst an der Massenbuch-Einlaufstelle Heldenplatz 1 eingereicht worden. Damit stehe fest, dass das Angebot der Antragstellerin nicht innerhalb der Angebotsfrist an dem in der Ausschreibung bezeichneten Ort eingereicht worden sei und somit zu Recht als verspätet ausgeschieden worden sei. Es sei kein Risikoübergang an die Auftraggeberin erfolgt. Die Überbürdung des Risikos auf die Antragstellerin sei Teil der bestandsfesten Ausschreibung. Auch eine interne Nachfrage bewirke keinen Risikoübergang. Die Abgabe des Angebots an einer anderen Stelle durch einen von der Antragstellerin beauftragten Botendienst sei nicht der Sphäre der Auftraggeberin zuzurechnen. Die Angebotsbestimmungen seien samt Deckblatt nur 15 Seiten lang. Der Hinweis könne daher nur schwer übersehen werden. Ebenso wenig sei der Vorwurf nachvollziehbar, dass es die Auftraggeberin nicht geschafft habe, das am Freitag, den 27. November 2009 eingelangte Angebot bis Montag, den 30. November 2009 an die richtige Einlaufstelle weiterzuleiten. Die Beschriftung des Angebots entspreche überdies nicht genau den Vorgaben der Ausschreibung und verwende eine in Österreich unübliche Formulierung. Die Nachfrage nach Irrläufern habe unmittelbar vor der Angebotsöffnung um 13.15 Uhr stattgefunden. Wäre das Angebot aufgetaucht, wäre es verspätet gewesen, da es bis 13.00 Uhr an der richtigen Einlaufstelle hätte abgegeben werden müssen. Am 21. Dezember 2009 erteilte die Auftraggeberin die erbetenen Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ebenso wie der Nachprüfungsantrag verspätet seien, da die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin schon am 7. Dezember 2009 zugestellt worden sei. An diesem Tag hätte die Antragstellerin auch von der Ausscheidensentscheidung Kenntnis erlangen können. Wann die Antragstellerin von der Ausscheidensentscheidung auf Grund ihrer Geschäftszeiten tatsächlich Kenntnis erlangt habe, sei irrelevant. In diesem Zusammenhang sei auch auf Paragraph 43, Absatz 6, in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 15, BVergG 2006 zu verweisen. Demnach gelte die Ausscheidensentscheidung jedenfalls am 7. Dezember 2009 als übermittelt und zugegangen vergleiche BVA 14. 6. 2009, N/0042-BVA/08/2006-30). Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei daher auch nicht auf die allgemeinen Regeln des Zugangs einer Willenserklärung sondern auf diese besondere für das Vergabeverfahren geltende Regelung abzustellen. Auf die besonderen Geschäftszeiten der Antragstellerin sei somit keine Rücksicht zu nehmen. Da die Antragsfrist gemäß

Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sieben Tage betrage, sei der letzte Tag für die Einbringung des Nachprüfungsantrags der 14. Dezember 2009 gewesen. Da er erst am 15. Dezember 2009 eingebracht worden sei, sei er als verspätet zurückzuweisen. Nach Punkt B.10 der Ausschreibungsunterlagen seien die Angebote auf Gefahr des Bieters bis 30. November 2009, 13.00 Uhr bei der Einlaufstelle Josefsplatz 1, 1010 Wien, einzureichen gewesen. Verzögerungen auf dem Transport gingen zu Lasten des Bieters. Dies gelte insbesondere dann, wenn das Angebot bei einem anderen Eingang der Nationalbibliothek abgegeben werde. Damit sei nicht nur die Abgabestelle Josefsplatz 1, 1010 Wien, klar festgelegt sondern zusätzlich untermauert worden, dass ein Einlangen des Angebotes an einem anderen Eingang der Nationalbibliothek nicht fristgerecht sei. Wäre auch die Abgabe bei einem anderen Eingang fristgerecht, wäre die Festlegung sinnlos, wonach der Bieter die Gefahr von Verzögerungen insbesondere für den Fall der Abgabe bei einem anderen Eingang trage. Wie sich nach Ablauf der Angebotsfrist herausgestellt habe, sei das Angebot der Antragstellerin von dem von ihr beauftragten Botendienst an der Massenbuch-Einlaufstelle Heldenplatz 1 eingereicht worden. Damit stehe fest, dass das Angebot der Antragstellerin nicht innerhalb der Angebotsfrist an dem in der Ausschreibung bezeichneten Ort eingereicht worden sei und somit zu Recht als verspätet ausgeschieden worden sei. Es sei kein Risikoübergang an die Auftraggeberin erfolgt. Die Überbürdung des Risikos auf die Antragstellerin sei Teil der bestandsfesten Ausschreibung. Auch eine interne Nachfrage bewirke keinen Risikoübergang. Die Abgabe des Angebots an einer anderen Stelle durch einen von der Antragstellerin beauftragten Botendienst sei nicht der Sphäre der Auftraggeberin zuzurechnen. Die Angebotsbestimmungen seien samt Deckblatt nur 15 Seiten lang. Der Hinweis könne daher nur schwer übersehen werden. Ebenso wenig sei der Vorwurf nachvollziehbar, dass es die Auftraggeberin nicht geschafft habe, das am Freitag, den 27. November 2009 eingelangte Angebot bis Montag, den 30. November 2009 an die richtige Einlaufstelle weiterzuleiten. Die Beschriftung des Angebots entspreche überdies nicht genau den Vorgaben der Ausschreibung und verwende eine in Österreich unübliche Formulierung. Die Nachfrage nach Irrläufern habe unmittelbar vor der Angebotsöffnung um 13.15 Uhr stattgefunden. Wäre das Angebot aufgetaucht, wäre es verspätet gewesen, da es bis 13.00 Uhr an der richtigen Einlaufstelle hätte abgegeben werden müssen.

Am 23. Dezember 2009 zog die Antragstellerin den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück. Zum Nachprüfungsverfahren führte sie im Wesentlichen aus, dass ihr die Bestätigung des Botendienstes vorliege, dass die Sendung am Josefsplatz 1 abgeliefert worden sei. Wie sie zur Massenbucheinlaufstelle am Heldenplatz 1 gelangt sei, sei nicht nachvollziehbar. Die Übernahme sei von "D****" bestätigt. Der Aufkleber am Angebot entspreche den Vorgaben der Ausschreibung, es sei lediglich ergänzend der Submissionstermin angeführt worden.

Am 11. Jänner 2010 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es fehl gehe, dass, soweit die Auftraggeberin aus § 43 Abs 6 und § 2 Z 15 BVergG den Schluss ziehe, die Ausschlussentscheidung sei der Antragstellerin noch am 7. Dezember 2009 zugegangen, die siebentägige Frist für den Nachprüfungsantrag bereits am 14. Dezember 2009 geendet habe. Der Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14. Juni 2006, N/0042- BVA/08/2006-EV30, sei nicht einschlägig. Maßgeblich sei gemäß § 321 Abs 1 BVergG der Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können. Es gehe also nicht um die allgemeine Frage, wann ein Schriftstück zugegangen im Sinne der Rechtsgeschäftslehre sei. Nach Abschluss ihrer Bürostunden habe die Antragstellerin diese Kenntnis nicht mehr im Sinne des Gesetzes erlangen können. Der Gesetzgeber habe ausdrücklich auf die tatsächliche Kenntnis oder auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme abgestellt. Damit habe er Raum gelassen, die tatsächlichen Verhältnisse beim Antragsteller zu berücksichtigen. Gehe ein Schreiben aber in einem kleineren Unternehmen wie der Antragstellerin erst um 18.15 Uhr außerhalb der Bürostunden ein, so treffe sie kein Fahrlässigkeitsvorwurf, wenn sie dieses Schreiben nicht mehr an diesem Tag, sondern erst am Folgetag zur Kenntnis nehme. Die Frage, ob ein Schreiben als übermittelt gelte (§ 43 Abs. 6 BVergG), sei von der Frage zu unterscheiden, ob die Antragstellerin von diesem Schreiben iSd § 321 Abs 1 BVergG Kenntnis nehmen könne. Der Nachprüfungsantrag sei daher zulässig. Die Vorlage des Posteingangsbuchs Heldenplatz 1 werfe mehr Fragen auf, als sie beantworte. Am 11. Jänner 2010 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es fehl gehe, dass, soweit die Auftraggeberin aus Paragraph 43, Absatz 6 und Paragraph 2, Ziffer 15, BVergG den Schluss ziehe, die Ausschlussentscheidung sei der Antragstellerin noch am 7. Dezember 2009 zugegangen, die siebentägige Frist für den Nachprüfungsantrag bereits am 14. Dezember 2009 geendet habe. Der Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14. Juni 2006, N/0042- BVA/08/2006-EV30, sei nicht einschlägig. Maßgeblich sei gemäß Paragraph 321, Absatz eins, BVergG der Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können. Es gehe also nicht um die allgemeine Frage, wann ein Schriftstück zugegangen im Sinne der

Rechtsgeschäftslehre sei. Nach Abschluss ihrer Bürostunden habe die Antragstellerin diese Kenntnis nicht mehr im Sinne des Gesetzes erlangen können. Der Gesetzgeber habe ausdrücklich auf die tatsächliche Kenntnis oder auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme abgestellt. Damit habe er Raum gelassen, die tatsächlichen Verhältnisse beim Antragsteller zu berücksichtigen. Gehe ein Schreiben aber in einem kleineren Unternehmen wie der Antragstellerin erst um 18.15 Uhr außerhalb der Bürostunden ein, so treffe sie kein Fahrlässigkeitsvorwurf, wenn sie dieses Schreiben nicht mehr an diesem Tag, sondern erst am Folgetag zur Kenntnis nehme. Die Frage, ob ein Schreiben als übermittelt gelte (Paragraph 43, Absatz 6, BVergG), sei von der Frage zu unterscheiden, ob die Antragstellerin von diesem Schreiben iSd Paragraph 321, Absatz eins, BVergG Kenntnis nehmen könne. Der Nachprüfungsantrag sei daher zulässig. Die Vorlage des Posteingangsbuchs Heldenplatz 1 werfe mehr Fragen auf, als sie beantworte.

Am 18. Jänner 2010 brachte die Antragstellerin eine neuerliche Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es bei genauer Betrachtung der Vorgänge am 27. November 2009 gar nicht darauf ankomme, ob ihr Angebot bei der Einlaufstelle am Josefsplatz oder am Heldenplatz abgegeben worden sei. Sei das Angebot am Josefsplatz abgegeben worden, falle ihr dies nicht zur Last und habe mit dem Übermittlungsrisiko nichts zu tun. Sei das Angebot am Heldenplatz abgegeben worden, gelte nichts Anderes. Eine Mitarbeiterin habe es übernommen. Sie müsse erkannt haben, dass das Angebot nicht - wie auf der Adresse angegeben - am Josefsplatz sondern am Heldenplatz abgegeben worden sei. Die Antragstellerin habe aufgrund des Zustellnachweises nicht erkennen können, dass das Angebot nicht am Josefsplatz sondern am Heldenplatz abgegeben worden sei. Daraus folge, dass letztlich die Auftraggeberin die Ursache dafür gesetzt habe, dass die Antragstellerin - falls das Angebot wirklich am Heldenplatz 1 abgegeben worden sein sollte - ihr Angebot nicht rechtzeitig eingereicht habe. Dieser Fall sei von der Regelung des Übermittlungsrisikos in den Verdingungsunterlagen nicht erfasst.

Am 18. Jänner 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass der Zusteller Erfüllungsgehilfe der Antragstellerin, nicht der Auftraggeberin sei. Die Unterschrift auf der Einlieferungsbestätigung weise nicht den Ort der Übergabe, sondern die übernehmende Person nach. Frau E*** sei für die ÖNB nicht zeichnungsberechtigt. Sie könne bestenfalls die Übernahme eines Poststücks bestätigen. Laut Leistungsverzeichnis zB Seiten 41 und 47 seien Leistungen der Elektrotechnik zu erbringen. Die Antragstellerin sei mit dem Handwerk "Elektrotechnik" in der Handwerksrolle eingetragen. Eine Anzeige nach § 373a GewO habe laut Homepage des Wirtschaftsministeriums nicht stattgefunden. Fraglich sei daher, ob die Antragstellerin die für den Auftrag nötige Befugnis aufweise. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Antragstellerin die Bestandsanlage errichtet habe und dazu wohl die nötige Befugnis besitze. Im Übrigen könne über den Inhalt des Angebots keine Aussage gemacht werden, da es derzeit zumindest nicht geöffnet werden dürfe. Die Vertreterin der vergebenden Stelle gab an, dass die Wortfolge "ausschreibenden Stelle" in Punkt B.10. der Angebotsbestimmungen als "Auftraggeber" zu verstehen sei, üblicherweise würden nämlich die Angebote bei der vergebenden Stelle abgegeben. Die ÖNB mache davon eine Ausnahme. Vernommen wurden die Zeuginnen Frau E***, mittlerweile pensionierte Mitarbeiterin der Auftraggeberin in der Einlaufstelle Heldenplatz, die das Angebot entgegen genommen hat, und Frau F***, Mitarbeiterinnen der Auftraggeberin in der Einlaufstelle Josefsplatz. Am 18. Jänner 2010 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin brachte vor, dass der Zusteller Erfüllungsgehilfe der Antragstellerin, nicht der Auftraggeberin sei. Die Unterschrift auf der Einlieferungsbestätigung weise nicht den Ort der Übergabe, sondern die übernehmende Person nach. Frau E*** sei für die ÖNB nicht zeichnungsberechtigt. Sie könne bestenfalls die Übernahme eines Poststücks bestätigen. Laut Leistungsverzeichnis zB Seiten 41 und 47 seien Leistungen der Elektrotechnik zu erbringen. Die Antragstellerin sei mit dem Handwerk "Elektrotechnik" in der Handwerksrolle eingetragen. Eine Anzeige nach Paragraph 373 a, GewO habe laut Homepage des Wirtschaftsministeriums nicht stattgefunden. Fraglich sei daher, ob die Antragstellerin die für den Auftrag nötige Befugnis aufweise. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Antragstellerin die Bestandsanlage errichtet habe und dazu wohl die nötige Befugnis besitze. Im Übrigen könne über den Inhalt des Angebots keine Aussage gemacht werden, da es derzeit zumindest nicht geöffnet werden dürfe. Die Vertreterin der vergebenden Stelle gab an, dass die Wortfolge "ausschreibenden Stelle" in Punkt B.10. der Angebotsbestimmungen als "Auftraggeber" zu verstehen sei, üblicherweise würden nämlich die Angebote bei der vergebenden Stelle abgegeben. Die ÖNB mache davon eine Ausnahme. Vernommen wurden die Zeuginnen Frau E***, mittlerweile pensionierte Mitarbeiterin der Auftraggeberin in der Einlaufstelle Heldenplatz, die das Angebot entgegen genommen hat, und Frau F***, Mitarbeiterinnen der Auftraggeberin in der Einlaufstelle Josefsplatz.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Die Österreichische Nationalbibliothek schreibt in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Lieferung einer Buchförderanlage für den Transport von Büchern aus dem Tiefspeicher unter dem Burggarten bis zur Buchausleihe in der Neuen Hofburg am Heldenplatz aus. Ausschreibende Stelle ist die G***. In den Angebotsbestimmungen der Ausschreibung finden sich folgende Festlegungen:

"A.1. Projektübersicht

Mit einem Nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung wird durch die Österreichische Nationalbibliothek die Lieferung einer Buchförderanlage für den Transport von Büchern aus dem Tiefspeicher unter dem Burggarten bis zur Buchausleihe in der Neuen Hofburg am Heldenplatz ausgeschrieben.

Auftraggeber: Österreichische Nationalbibliothek

Josefsplatz 1, 1010 Wien

Projektleiter: H***

Ausschreibende Stelle: G***

Auskünfte: I***

...

Angebote sind zu senden an: Österreichische Nationalbibliothek

1. z.Litera z

Hd. Wirtschaftsabteilung, J***

Josefsplatz 1, 1010 Wien

...

A.3. Terminplan

Für das weitere Vergabeverfahren ist folgender Zeitplan vorgesehen:

Ende der Angebotsfrist 30.11.2009 Zuschlagsentscheidung 10.12.2009

Zuschlags 18.12.2009

Leistungsfrist ab 1. März 2010

...

B.6. Form der Angebote

Die geforderten Unterlagen sind beim Auftraggeber (siehe oben, Punkt A.1) bis zum Ende der Einreichfrist (siehe unten, Punkt B.11) in deutscher Sprache einzureichen. Fremdsprachige Unterlagen und Nachweise sind in beglaubigter deutscher Übersetzung beizulegen.

...

B.10. Fristen

Angebote sind bis 30.11.2009 um 13:00 Uhr einlangend bei der Österreichischen Nationalbibliothek, Haupteingang Josefsplatz 1, 1010 Wien, zHd der Wirtschaftsabteilung in je einem verschlossenen Kuvert mit der Aufschrift

Angebote zum Vergabeverfahren

"Buchförderanlage ÖNB"

!!Bitte nicht öffnen!!

per Post, Boten oder persönlich einzureichen. Bis zum Eintreffen bei der ausschreibenden Stelle reist das Angebot ausschließlich auf Gefahr des Bieters, Verzögerungen auf dem Transport gehen zu Lasten des Absenders. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass das Angebot nicht beim Haupteingang, sondern bei einem anderen Eingang der Nationalbibliothek abgegeben wird.

Die Beweislast, dass das Angebot rechtzeitig beim Auftraggeber eingelangt ist, trägt der Absender. Für die Angebote sind die Formblätter laut Anhang zu verwenden.

Die Angebote sind in doppelter Ausfertigung wie folgt beizulegen:

- * 1 Exemplar gebunden und gegen Austausch gesichert mit Vermerk "Original"
- * 1 Exemplar nicht gebunden mit Vermerk "Kopie"

B.11. Angebotsöffnung

Die Angebotsöffnung wird im Anschluss an die Abgabe der Angebote am 30.11.2009, 13:15 Uhr in den Räumlichkeiten der Nationalbibliothek (Treffpunkt Portier) stattfinden.

Vertreter der Bieter sind zur Anwesenheit berechtigt und eingeladen an der Öffnung teilzunehmen.

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Formblatt 1 zur Ausschreibung lautet auszugsweise:

"Bietererklärung

Zum Nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung betreffend 'Buchförderanlage Österreichische Nationalbibliothek'

...

Einreichungsform des Angebotes:

In zweifacher Ausfertigung (ein Original und eine Kopie) in einem verschlossenen Kuvert mit der Aufschrift

'Angebot Buchförderanlage Österreichische Nationalbibliothek',

Ort der Abgabe des Angebotes:

Österreichische Nationalbibliothek

Josefsplatz 1, 1010 Wien

Anfragen:

Schriftlich an G***, office@g***.at,

Fax: ****

Ende der Angebotsfrist:

30.11.2009, 13:00 Uhr

Auftraggeber: Österreichische Nationalbibliothek

Josefsplatz 1

1010 Wien

Vergebende Stelle: G***

Leistungsgegenstand: Bauauftrag

Verfahren: Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich gemäß BVergG 2006

Ich (Wir) anerkenne(n), dass meinem (unserem) Angebot die nachfolgenden Bestimmungen zugrunde gelegt werden:

- * Bestimmungen der Ausschreibung
- * Vertragsbestimmungen
- * Leistungsverzeichnis
- * Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB)

* Unternehmensgesetzbuch (UGB)

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibung enthielt weiter rechtliche Vertragsbestimmungen und ein Leistungsverzeichnis. Eine Anfrage mit dem Ersuchen um Übermittlung von Unterlagen für die Eignungsprüfung wurde an sieben Unternehmen, ua die Antragstellerin am 10. August 2009 versandt. Die Antragstellerin übersandte die gewünschten Unterlagen mit Schreiben vom 17. August 2009. Die Ausschreibungsunterlagen wurden am 28. Oktober 2009 per E-Mail an alle Bieter versandt. Vier Bieter, ua die Antragstellerin, besichtigten die Örtlichkeiten, an denen die Anlage errichtet werden soll. Am 25. November 2009 versandte die vergebende Stelle eine Anfragenbeantwortung an alle angesprochenen Unternehmen. Am 30. November 2009 fand die Angebotsöffnung von 13.15 Uhr bis 13.30 Uhr statt. Im Protokoll über die Angebotsöffnung ist Folgendes festgehalten:

"Alle Angebote betreffend o.g. Verhandlungsverfahren welche bis Montag, 30.11.2009, 13:00, in einem verschlossenen Kuvert bei der Österreichischen Nationalbibliothek, 1010 Wien, Josefsplatz 1 eingelangt sind, wurden chronologisch versehen mit dem Eingangszeitpunkt und der Reihenfolge des Eintreffens gekennzeichnet und geordnet.

Es wurden gemäß Eingangsliste (Beilage 1) 2 (Anzahl) Angebote rechtzeitig eingebracht.

Vor Beginn der Öffnung wird das Prozedere der Angebotsöffnung erklärt.

Die Angebote werden in der Reihenfolge des Eintreffens im Beisein der Anwesenden geöffnet.

Angebot 1

...

Nachdem alle eingegangenen Angebote verlesen wurden, wird abschließend darauf aufmerksam gemacht, dass es sich um eine Angebotsöffnung und keine Angebotsprüfung handelte.

Die Qualitative Bewertung der Angebote wird nach Prüfung aller relevanten Angebotsunterlagen vorgenommen.

Nachdem von den anwesenden Personen nichts mehr vorgebracht wird, wurde die Angebotsöffnung um 13:30 Uhr geschlossen. ..."

Neben drei Vertretern der Auftraggeberin nahmen Vertreter der beiden Bieter, deren Angebote verlesen wurden, daran teil. In der Eingangsliste zur Angebotsöffnung sind die beiden geöffneten Angebote verzeichnet.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Das Angebot der Antragstellerin ist mit einem Adresskleber von C*** an "Z. HD. FRAU H***

0043153410464 262

ÖSTERREICHISCHE NATIONALBIBLIOTHEK

WIRTSCHAFTSABTEILUNG

JOSEFSPLATZ 1

1010 WIEN

AUSTRIA"

versehen.

Der Aufkleber zur Kennzeichnung des Angebots trägt folgenden Text:

""Buchförderanlage ÖNB"

!! BITTE NICHT ÖFFNEN !!

SUBMISSIONSTERMIN: 30.11.2009 12:00 Uhr

Österreichische Nationbibliothek

1. z.Litera z

Hd. Wirtschaftsabteilung, Fr. H***

Josefsplatz 1

A 1010 Wien

Absender (Bieter]

A***"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am Josefsplatz 1 befindet sich ein Servicedesk, der durchgehend von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr besetzt ist. Seine Aufgaben sind Telefonservice, die Kassa für den Prunksaal und allgemeine Auskünfte betreffend die Hofburg sowie die Annahme von Briefen und kleineren Paketen. Es werden auch Angebote entgegengenommen. Es gibt erst seit 1. Jänner 2010 ein Eingangsverzeichnis. Die Mitarbeiter sind zur Entgegennahme von Angeboten geschult. Sie vermerken Datum und Uhrzeit der Entgegennahme auf der Sendung. Wenn eine Sendung einlangt, ruft eine Mitarbeiterin des Servicedesk in der zuständigen Abteilung an. Diese holt die Sendung ab oder lässt sie sich mit der Hauspost am nächsten Tag bringen. Angebote, die am Heldenplatz abgegeben werden, werden direkt an die zuständige Abteilung weitergeleitet. Die Zufahrt mit Lieferwagen ist am Heldenplatz problemlos möglich. Am Josefsplatz wird der Schranken, der Zufahrt verhindert, bei Anruf geöffnet. Ein einziger anderer Botendienst als C*** bringt gelegentlich Sendungen zum dem Servicedesk am Josefsplatz. Am 27. November 2009 bestand keine Behinderung durch eine Baustelle. An diesem Tag langte keine Sendung ein, die von C*** gebracht wurde. (Aussage der Zeugin Frau F*** in der mündlichen Verhandlung)

An der Adresse Heldenplatz 1 befindet sich die Poststelle, die zu der Abteilung Erwerbung gehört. Sie hat die Funktion einer zentralen Einlaufstelle. Es werden Sendungen an die Auftraggeberin entgegengenommen, gleich für welche Adresse sie bestimmt sind. Die Zufahrt ist mit Lieferwagen jederzeit ungehindert möglich. Die Hauptanschrift der ÖNB ist Josefsplatz. Dies ist auch der Haupteingang. Wenn Sendungen an eine andere Adresse als Heldenplatz 1 gerichtet sind, wird in der entsprechenden Abteilung angerufen und die Sendung angekündigt. Sie wird dann am selben Tag abgeholt oder am nächsten Tag mit der Hauspost weitergeleitet. C*** gab das Angebot der Antragstellerin in der Einlaufstelle am Heldenplatz ab. Die Unterschrift auf der Empfangsbestätigung stammt von Frau E***. Am 27. November 2009 nahm sie das Angebot der Antragstellerin entgegen. Es wurde zur laufenden Nummer 742 im Postbuch verzeichnet. Als Empfänger war "1xWG" angegeben. Am 27. November 2009 waren bereits drei Kartons mit Kalendern für die Wirtschaftsabteilung abgegeben worden. Sie rief in der Wirtschaftsabteilung, vermutlich bei Frau J***, an und teilte mit, dass ein Paket mit einem roten Kuvert, etwas aus ihrer Sicht Wichtiges, eingelangt ist. Sie gab nicht an was auf dem Kuvert stand. Die Mitarbeiterin der Wirtschaftsstelle sagte, dass das Paket Montagvormittag abgeholt werden wird, weil es bis Montagmittag da sein muss. Am Montag, den 30. November 2009, war Frau E*** auf Urlaub. Sie hat gesehen, dass das Paket an die Adresse Josefsplatz 1 gerichtet war. Hätte sie es nicht entgegengenommen, wäre es erst am 30. November 2009 am Josefsplatz zugestellt worden, weil der Zusteller nicht weitergefahren wäre, sondern es in die Zentrale mitgenommen hätte. (Aussage von Frau E*** in der mündlichen Verhandlung, Beilage .A zur Verhandlungsschrift; Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auszug aus dem Postbuch OZ 24)

Die Antragstellerin konnte folgende Zustellbestätigung per Internet abrufen:

"Sehr geehrter Kunde,

Diese Nachricht dient als Zustellnachweis für die unten angeführte
Sendung.

Kontrollnummer: 127847610694379928

Referenznummer(n) 754761TPZLR

Service: EXPRESS

Gewicht: 4,00 kg

Versandt bzw. in Rechnung

gesteilt am 26.11.2009

Zugestellt am: 27.11.2009 9:12

Ausgehändigt an: 0 NAC BIBLIOTHEK 1 JOSEFPLATZ WIEN, AT 1010

Unterschrieben von: D***

Ort: MAIL ROOM

Wir hoffen, Ihnen hiermit weitergeholfen zu haben. Mit freundlichen Großen,

C***

Von C*** zur Verfügung gestellte Statusabfrageergebnisse: 27.11.2009 7:01

ET"

(Beilage Ast 7 zum Nachprüfungsantrag)

Auf dem Karton, in dem das Angebot verpackt war, findet sich die Aufschrift "742 1 x Fr. J*** 2.12.2009" mit einer Paraphe. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit folgendem Schreiben wurde das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

Bedauerlicherweise müssen wir Ihnen im Auftrag der Österreichischen Nationalbibliothek mitteilen, dass Ihr Angebot gem. § 120 Abs 1 Z 6 BVerG 2008 auszuschneiden war, da es verspätet eingelangt ist. Bedauerlicherweise müssen wir Ihnen im Auftrag der Österreichischen Nationalbibliothek mitteilen, dass Ihr Angebot gem. Paragraph 120, Absatz eins, Ziffer 6, BVerG 2008 auszuschneiden war, da es verspätet eingelangt ist.

Als Abgabeort war die Nationalbibliothek, Josefsplatz 1, 1010 Wien festgelegt. Ihr Angebot wurde durch den C*** am Heldenplatz 1, Neue Hofburg, 1010 Wien abgegeben.

In den Angebotsbestimmungen war ausdrücklich festgelegt, dass Verzögerungen auf dem Transport zu Lasten des Bieters gehen und dass dies insbesondere auch für den Fall gelte, dass das Angebot bei einem anderen als dem genannten Eingang der Nationalbibliothek abgegeben wird.

Nachdem es der Nationalbibliothek rechtlich verwehrt ist, im Nachhinein von ihren eigenen Festlegungen abzugehen, ist die Verzögerung auf dem Transport (das Angebot langte erst am 2.12.2009 in der Wirtschaftsabteilung am Josefsplatz 1 ein) Ihnen zuzurechnen, das Angebot mithin verspätet und daher auszuschneiden.

Als Anlage zu diesem Schreiben füge ich den Aktenvermerk der Nationalbibliothek vom 7.12.2009 bei."

Der Aktenvermerk hat folgenden Wortlaut:

"AV

nicht vertraulich / vertraulich Datum: 07.12.2009

Verteiler:

Betrifft: Ausschreibung Buchförderanlage - Angebot A***

Die Angebotsöffnung fand um 30.11.2009 um 13.15 Uhr statt, ohne dass das Angebot der A*** dabei verlesen wurde. Das Angebot der A*** wurde erst nachträglich, am 2.12.2009 in der Poststelle der Österreichischen Nationalbibliothek aufgefunden. Aufgrund der Zustellbenachrichtigung der Fa. C*** und des Posteingangsbuches der ÖNB ist davon auszugehen, dass das Angebot bereits am 27.11.2009 zugestellt wurde.

Obschon vom Bieter als Zustelladresse auf dem Paket 'Josefsplatz 1, 1010 Wien' angegeben wurde, hat der Kurierdienst das Angebot an der Massenbuch-Einlaufstelle Heldenplatz 1, Neue Hofburg, 1010 Wien abgegeben, wie das Posteingangsbuch der Nationalbibliothek belegt.

Die Angebotsbestimmungen regeln in Punkt B.10. Fristen diesen Fall eindeutig: 'Angebote sind bis 30.11.2009 um 13:00 Uhr einlangend bei der Österreichischen Nationalbibliothek, Haupteingang Josefsplatz 1, 1010 Wien, zHd der Wirtschaftsabteilung in je einem verschlossenen Kuvert mit der Aufschrift

ANGEBOTE ZUM VERGABEVERFAHREN

'Buchförderanlage ÖNB'

!!BITTE NICHT ÖFFNEN!!

per Post, Boten oder persönlich einzureichen. Bis zum Eintreffen bei der ausschreibenden Stelle reist das Angebot ausschließlich auf Gefahr des Bieters, Verzögerungen auf dem Transport gehen zu Lasten des Absenders. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass das Angebot nicht beim Haupteingang, sondern bei einem anderen Eingang der Nationalbibliothek abgegeben wird.

Die Beweislast, dass das Angebot rechtzeitig beim Auftraggeber eingelangt ist, trägt der Absender."

Die MitarbeiterInnen des Einkaufs haben noch unmittelbar vor Beginn (13:00 Uhr) der Ausschreibungsöffnung (13:15 Uhr) die hierfür in Frage kommenden Einlaufstellen nach Irrläufern befragt. Da das Angebot gemeinsam mit einer Massensendung Bücher geliefert wurde, ist es den Mitarbeitern der Poststelle Heldenplatz jedoch nicht aufgefallen und es wurde der Einkaufsabteilung mitgeteilt, dass keine Angebote vorliegen.

Aufgrund der Festlegungen in den Angebotsbestimmungen, an welche die Nationalbibliothek gebunden ist, ist das Angebot als nicht rechtzeitig eingetroffen anzusehen und somit auszuschließen. Zwar hat der Bieter selbst alles richtig gemacht, jedoch ist ihm der Fehler des Kurierdienstes (Abgabe am falschen Ort) zuzurechnen."

Diese Ausscheidensentscheidung wurde der Antragstellerin am 7. Dezember 2010 um 18.15 Uhr per Telefax zugestellt.

(Unterlage des Vergabeverfahrens)

Um 18.15 Uhr befindet sich normalerweise niemand mehr im Büro der Antragstellerin, wo das zentrale Faxgerät steht. So befand sich auch am 7. Dezember 2009 um diese Tageszeit niemand mehr in dem Büro der Antragstellerin. (Anlage Ast 9 zu OZ 9)

Eine Zuschlagsentscheidung erging noch nicht. Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Das Angebot der Antragstellerin wurden noch nicht geöffnet. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin bezahlte Euro 3.750 an Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die Aussagen der vernommenen Zeuginnen waren schlüssig und widerspruchsfrei. Sie liegen dem festgestellten Sachverhalt so weit zu Grunde, als ihnen nicht widersprochen wurde. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Österreichische Nationalbibliothek. Sie ist gemäß § 13 Abs 1 Bundesmuseen-Gesetz 2002, BGBl I 2002/14, idFBGBl I 2009/52 eine wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechtes des Bundes, der unbewegliche und bewegliche Denkmale im Besitz des Bundes zur Erfüllung ihres kulturpolitischen und wissenschaftlichen Auftrags als gemeinnützige öffentliche Aufgabe anvertraut sind. Nach dieser Bestimmung erlangte sie mit In-Kraft-Treten der Bibliotheksordnung BGBl II 2002/12, mittlerweile durch die Bibliotheksordnung BGBl II 2009/402 ersetzt, mit 1. Jänner 2002 eigene Rechtspersönlichkeit. Gemäß § 13 Abs 3 Bundesmuseen-Gesetz 2002 ist der Zweck der Österreichischen Nationalbibliothek der Ausbau, die wissenschaftliche Bearbeitung und Erschließung, die Bereitstellung und langfristige Erhaltung sowie die Verwaltung des ihr auf Dauer oder bestimmte Zeit sinngemäß nach § 5 Abs 1 Bundesmuseen-Gesetz 2002 überlassenen oder von ihr erworbenen Sammlungsgutes unter Beachtung der Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Gemäß § 13 Abs 4 Bundesmuseen-Gesetz 2002 kann sie für sich Rechte und Pflichten begründen; für diese trifft den Bund keine Haftung. Die Nationalbibliothek erfüllt durch die genannten Zwecke eine Aufgabe im öffentlichen Interesse. Sie steht nicht in Konkurrenz zu anderen Einrichtungen am Markt. Die Ausrichtung ihrer Tätigkeit ist auf die Bewahrung kulturellen Guts gerichtet. Diese ist nicht gewerblich. Sie besitzt Rechtspersönlichkeit. Gemäß §§ 14 Abs 2 iVm 3 Bundesmuseen-Gesetz 2002 untersteht die Nationalbibliothek der Bundesaufsicht. Dem zuständigen Minister kommen dabei Einsichtsrechte

in alle Unterlagen und eine Zuständigkeit zur Rechnungsprüfung zu. Weiters unterliegt die Nationalbibliothek gemäß § 14 Abs 2 iVm 2 Abs 4 Bundesmuseen-Gesetz 2002 der Kontrolle durch den Rechnungshof. Schließlich erfolgt gemäß § 14 Abs 2 iVm 5 Abs 4 Bundesmuseen-Gesetz 2002 eine Finanzierung durch den Bund. Die Österreichische Nationalbibliothek ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Österreichische Nationalbibliothek. Sie ist gemäß Paragraph 13, Absatz eins, Bundesmuseen-Gesetz 2002, BGBl römisch eins 2002/14, in der Fassung BGBl römisch eins 2009/52 eine wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechtes des Bundes, der unbewegliche und bewegliche Denkmale im Besitz des Bundes zur Erfüllung ihres kulturpolitischen und wissenschaftlichen Auftrags als gemeinnützige öffentliche Aufgabe anvertraut sind. Nach dieser Bestimmung erlangte sie mit In-Kraft-Treten der Bibliotheksordnung BGBl römisch zwei 2002/12, mittlerweile durch die Bibliotheksordnung BGBl römisch zwei 2009/402 ersetzt, mit 1. Jänner 2002 eigene Rechtspersönlichkeit. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, Bundesmuseen-Gesetz 2002 ist der Zweck der Österreichischen Nationalbibliothek der Ausbau, die wissenschaftliche Bearbeitung und Erschließung, die Bereitstellung und langfristige Erhaltung sowie die Verwaltung des ihr auf Dauer oder bestimmte Zeit sinngemäß nach Paragraph 5, Absatz eins, Bundesmuseen-Gesetz 2002 überlassenen oder von ihr erworbenen Sammlungsgutes unter Beachtung der Grundsätze der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Gemäß Paragraph 13, Absatz 4, Bundesmuseen-Gesetz 2002 kann sie für sich Rechte und Pflichten begründen; für diese trifft den Bund keine Haftung. Die Nationalbibliothek erfüllt durch die genannten Zwecke eine Aufgabe im öffentlichen Interesse. Sie steht nicht in Konkurrenz zu anderen Einrichtungen am Markt. Die Ausrichtung ihrer Tätigkeit ist auf die Bewahrung kulturellen Guts gerichtet. Diese ist nicht gewerblich. Sie besitzt Rechtspersönlichkeit. Gemäß Paragraphen 14, Absatz 2, in Verbindung mit 3 Bundesmuseen-Gesetz 2002 untersteht die Nationalbibliothek der Bundesaufsicht. Dem zuständigen Minister kommen dabei Einsichtsrechte in alle Unterlagen und eine Zuständigkeit zur Rechnungsprüfung zu. Weiters unterliegt die Nationalbibliothek gemäß Paragraph 14, Absatz 2, in Verbindung mit 2 Absatz 4, Bundesmuseen-Gesetz 2002 der Kontrolle durch den Rechnungshof. Schließlich erfolgt gemäß Paragraph 14, Absatz 2, in Verbindung mit 5 Absatz 4, Bundesmuseen-Gesetz 2002 eine Finanzierung durch den Bund. Die Österreichische Nationalbibliothek ist somit öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 18. Dezember 2009, OZ 11, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 18. Dezember 2009, OZ 11, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

3.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

Behauptet wird die Verspätung des Nachprüfungsantrags. Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Fristen für Nachprüfungsanträge

§ 321. (1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind Paragraph 321, (1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind

1. 1.Ziffer eins

...

2. 5.Ziffer 5

im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des 2. oder des 3. Teiles dieses Bundesgesetzes binnen sieben Tagen,

3. 6.Ziffer 6

...

ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Übermittlung von Unterlagen oder Informationen zwischen Auftraggebern und Unternehmern

§ 43. (1) ...Paragraph 43, (1) ...

1. (6) Absatz 6, Auftraggeber und Unternehmer haben zwingend eine Faxnummer oder eine elektronische Adresse bekannt zu geben, an die sämtliche Unterlagen und Informationen rechtsgültig übermittelt werden können. Soweit in diesem Gesetz zwingend eine Mitteilung von Entscheidungen an Unternehmer auf elektronischem Weg oder mittels Telefax vorgesehen wird, ist eine briefliche Übermittlung nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Elektronisch übermittelte Sendungen gelten als übermittelt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt sind.

2. (7) Absatz 7, ...

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend: Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. 1.Ziffer eins

...

2. 15.Ziffer 15

Elektronisch ist ein Verfahren, bei dem elektronische Geräte für die Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten zum Einsatz kommen und bei dem Informationen über Kabel, über Funk, mit optischen Verfahren oder mit anderen elektromagnetischen Verfahren übertragen, weitergeleitet und empfangen werden.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) ...Paragraph 129, (1) ...

1. (3) Absatz 3, Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Die Auftraggeberin übermittelte die Ausscheidensentscheidung mit Telefax am 7. Dezember 2009, 18.15 Uhr. Nach dem Sendeprotokoll wurde es zu diesem Zeitpunkt übermittelt und bei der Antragstellerin ausgedruckt. Zu diesem Zeitpunkt war das Büro der Antragstellerin nicht mehr besetzt. Sie sah die Ausscheidensentscheidung erst am Morgen des 8. Dezember 2009. Den Nachprüfungsantrag brachte sie am 15. Dezember 2009 ein. Um die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags prüfen zu können, sind die Voraussetzungen des § 321 Abs 1 letzter Satz BVergG für den Beginn des Laufs der Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrags zu prüfen. Die Auftraggeberin übermittelte die Ausscheidensentscheidung mit Telefax am 7. Dezember 2009, 18.15 Uhr. Nach dem Sendeprotokoll wurde es zu diesem Zeitpunkt übermittelt und bei der Antragstellerin ausgedruckt. Zu diesem Zeitpunkt war das Büro der Antragstellerin nicht mehr besetzt. Sie sah die Ausscheidensentscheidung erst am Morgen des 8. Dezember 2009. Den Nachprüfungsantrag brachte sie am 15. Dezember 2009 ein. Um die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags prüfen zu können, sind die Voraussetzungen des Paragraph 321, Absatz eins, letzter Satz BVergG für den Beginn des Laufs der Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrags zu prüfen.

Die Materialien (RV 1171 BlgNR 22. GP 138) führen dazu aus: "Die Antragsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der

Antragsteller von der anzufechtenden gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können; dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung öffentlich bekannt zu machen ist, der Unternehmer jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt. Solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht - insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird - beginnt die Frist nicht zu laufen." Die Materialien Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 138) führen dazu aus: "Die Antragsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der anzufechtenden gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können; dabei ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in denen die Entscheidung öffentlich bekannt zu machen ist, der Unternehmer jedenfalls die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat und die Antragsfrist daher mit der Bekanntmachung zu laufen beginnt. Solange die Möglichkeit einer Kenntnisnahme nicht besteht - insbesondere weil eine Entscheidung nicht bekannt gegeben wird - beginnt die Frist nicht zu laufen."

Der Beginn des Fristenlaufs wird alternativ an zwei Voraussetzungen geknüpft das tatsächliche Kennen oder das kennen Können. Tatsächliche Kenntnis erlangte die Antragstellerin unstrittig erst am 8. Dezember 2009. Fraglich ist nun, ob die Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung schon am 7. Dezember 2009 hätte kennen können. Aus dem Zusammenhang mit der Art der Übermittlung von Entscheidungen stellt das "kennen können" auf jene Entscheidungen ab, die in Publikationsmedien veröffentlicht werden. Dabei ist § 43 Abs 6 letzter Satz BVergG von Bedeutung. Der Beginn des Fristenlaufs wird alternativ an zwei Voraussetzungen geknüpft das tatsächliche Kennen oder das kennen Können. Tatsächliche Kenntnis erlangte die Antragstellerin unstrittig erst am 8. Dezember 2009. Fraglich ist nun, ob die Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung schon am 7. Dezember 2009 hätte kennen können. Aus dem Zusammenhang mit der Art der Übermittlung von Entscheidungen stellt das "kennen können" auf jene Entscheidungen ab, die in Publikationsmedien veröffentlicht werden. Dabei ist Paragraph 43, Absatz 6, letzter Satz BVergG von Bedeutung.

Die Materialien (RV 1171 BlgNR 22. GP 52) dazu führen aus: "Das in Abs. 6 normierte zwingende Erfordernis der Bekanntgabe einer, d.h. einer einzigen Faxnummer oder elektronischen Adresse soll die Abwicklung des Informationsaustausches erheblich vereinfachen und beschleunigen. Mit der Bekanntgabe einer elektronischen Adresse stimmt der Unternehmer zu, dass Dokumente an diese Adresse rechtsgültig übermittelt werden können. Bei Angabe einer personalisierten elektronischen Adresse wäre auf Seiten des Unternehmers, der der eigentliche Adressat ist, sicherzustellen, dass der Eingang von elektronischen Nachrichten unter dieser Adresse auch bei Abwesenheit der bekannt gegebenen Person kontrolliert werden kann, denn derartige Sendungen gelten als übermittelt, sobald sie in den Verfügungsbereich des Empfängers (= das Unternehmen) gelangt sind. Dies ist etwa mit dem Einlangen der elektronischen Nachricht beim Server des Unternehmers oder, bei Inanspruchnahme der Dienste eines Zustellservice, mit dem Einlangen der elektronischen Nachricht beim Server des für den Unternehmer arbeitenden Dienstleisters der Fall. Ein begründeter Ausnahmefall im Sinne des zweiten Satzes liegt etwa vor, wenn eine Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Fax in absehbarer Zeit nicht vorgenommen werden kann (etwa wegen Ausfall eines Servers, oder ein Unternehmer hat kein Fax und auch kein E-Mail)." Die Materialien Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 52) dazu führen aus: "Das in Absatz 6, normierte zwingende Erfordernis der Bekanntgabe einer, d.h. einer einzigen Faxnummer oder elektronischen Adresse soll die Abwicklung des Informationsaustausches erheblich vereinfachen und beschleunigen. Mit der Bekanntgabe einer elektronischen Adresse stimmt der Unternehmer zu, dass Dokumente an diese Adresse rechtsgültig übermittelt werden können. Bei Angabe einer personalisierten elektronischen Adresse wäre auf Seiten des Unternehmers, der der eigentliche Adressat ist, sicherzustellen, dass der Eingang von elektronischen Nachrichten unter dieser Adresse auch bei Abwesenheit der bekannt gegebenen Person kontrolliert werden kann, denn derartige Sendungen gelten als übermittelt, sobald sie in den Verfügungsbereich des Empfängers (= das Unternehmen) gelangt sind. Dies ist etwa mit dem Einlangen der elektronischen Nachricht beim Server des Unternehmers oder, bei Inanspruchnahme der Dienste eines Zustellservice, mit dem Einlangen der elektronischen Nachricht beim Server des für den Unternehmer arbeitenden Dienstleisters der Fall. Ein begründeter Ausnahmefall im Sinne des zweiten Satzes liegt etwa vor, wenn eine Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Fax in absehbarer Zeit nicht vorgenommen werden kann (etwa wegen Ausfall eines Servers, oder ein Unternehmer hat kein Fax und auch kein E-Mail)."

§ 43 Abs 6 letzter Satz BVergG stellt eine Zustellfiktion auf. Elektronisch übermittelte Sendungen gelten demnach als übermittelt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gekommen sind. § 2 Z 15

BVergG definiert in Übernahme der gleichlautenden Begriffsbestimmungen der Art 1 Abs 13 RL 2004/18/EG und Art 1 Abs 12 RL 2004/17/EG (RV 1171 BlgNR 22. GP 13), was als "elektronisch" zu verstehen ist. Schon § 43 Abs 6 erster Satz BVergG unterscheidet - wie alle Bestimmungen über Übermittlungen vom Auftraggeber an einen Unternehmer wie etwa für die Ausscheidensentscheidungen in § 129 Abs 3 BVergG - zwischen der elektronischen Übermittlung und der Übermittlung per Telefax. Auch Art 42 Abs 1 RL 2004/18/EG und Art 48 Abs 1 RL 2004/17/EG über Mitteilungen und die Übermittlung von Informationen kennen diese Unterscheidung. Die Begriffsbestimmung des § 2 Z 15 BVergG hat daher nicht das Telefax, sondern die Übermittlung auf anderen elektronischen Wegen wie E-Mail vor Augen. Die Zustellfiktion des § 43 Abs 6 letzter Satz BVergG ist daher im gegenständlichen Fall mangels elektronischer Zustellung nicht anzuwenden. Die Frist des § 321 Abs 1 Z 5 BVergG beginnt somit gemäß § 321 Abs 1 letzter Satz BVergG mit der tatsächlichen Kenntnis der Entscheidung zu laufen. Paragraph 43, Absatz 6, letzter Satz BVergG stellt eine Zustellfiktion auf. Elektronisch übermittelte Sendungen gelten demnach als übermittelt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gekommen sind. Paragraph 2, Ziffer 15, BVergG definiert in Übernahme der gleichlautenden Begriffsbestimmungen der Artikel eins, Absatz 13, RL 2004/18/EG und Artikel eins, Absatz 12, RL 2004/17/EG Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 13), was als "elektronisch" zu verstehen ist. Schon Paragraph 43, Absatz 6, erster Satz BVergG unterscheidet - wie alle Bestimmungen über Übermittlungen vom Auftraggeber an einen Unternehmer wie etwa für die Ausscheidensentscheidungen in Paragraph 129, Absatz 3, BVergG - zwischen der elektronischen Übermittlung und der Übermittlung per Telefax. Auch Artikel 42, Absatz eins, RL 2004/18/EG und Artikel 48, Absatz eins, RL 2004/17/EG über Mitteilungen und die Übermittlung von Informationen kennen diese Unterscheidung. Die Begriffsbestimmung des Paragraph 2, Ziffer 15, BVergG hat daher nicht das Telefax, sondern die Übermittlung auf anderen elektronischen Wegen wie E-Mail vor Augen. Die Zustellfiktion des Paragraph 43, Absatz 6, letzter Satz BVergG ist daher im gegenständlichen Fall mangels elektronischer Zustellung nicht anzuwenden. Die Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG beginnt somit gemäß Paragraph 321, Absatz eins, letzter Satz BVergG mit der tatsächlichen Kenntnis der Entscheidung zu laufen.

An diesem Ergebnis kann auch die Beurteilung im Bescheid BVA 14. 6. 2006, N/0042-BVA/08/2006-30, nichts ändern. Die vorliegende Konstellation ist mit jener in diesem Bescheid nicht vergleichbar. Dort wird die Qualifikation der Faxnummer als elektronische Adresse aus § 315 BVergG abgeleitet. Bei dieser Bestimmung handelt es sich jedoch um eine Regelung, die Abweichungen vom ZustG festlegt (RV 1171 BlgNR 22. GP 135). Ihr Inhalt ist die Zustellung von Schriftstücken durch das BVA an die Verfahrensparteien. Die Entgegennahme von Eingaben oder Übermittlungen durch den Auftraggeber sind davon nicht erfasst. Zum Zweck der Abweichung vom ZustG wird einerseits der Zustellung mittels Telefax die Qualität einer nachweislichen Zustellung gegeben und bei Zustellung per E-Mail die Anwendung des 3. Teils des ZustG vermieden. (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009], § 315 Rz 1 ff) Bei der Übermittlung der Ausscheidensentscheidung handelt es sich nicht um eine Zustellung iSd § 315 BVergG, also nicht um einen Hoheitsakt. Vielmehr ist § 43 BVergG einschlägig. Es handelt sich um einen zivilrechtlich zu beurteilenden Vorgang. Daher sind auch die obigen Überlegungen maßgeblich. An diesem Ergebnis kann auch die Beurteilung im Bescheid BVA 14. 6. 2006, N/0042-BVA/08/2006-30, nichts ändern. Die vorliegende Konstellation ist mit jener in diesem Bescheid nicht vergleichbar. Dort wird die Qualifikation der Faxnummer als elektronische Adresse aus Paragraph 315, BVergG abgeleitet. Bei dieser Bestimmung handelt es sich jedoch um eine Regelung, die Abweichungen vom ZustG festlegt Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 135). Ihr Inhalt ist die Zustellung von Schriftstücken durch das BVA an die Verfahrensparteien. Die Entgegennahme von Eingaben oder Übermittlungen durch den Auftraggeber sind davon nicht erfasst. Zum Zweck der Abweichung vom ZustG wird einerseits der Zustellung mittels Telefax die Qualität einer nachweislichen Zustellung gegeben und bei Zustellung per E-Mail die Anwendung des 3. Teils des ZustG vermieden. (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG² [2009], Paragraph 315, Rz 1 ff) Bei der Übermittlung der Ausscheidensentscheidung handelt es sich nicht um eine Zustellung iSd Paragraph 315, BVergG, also nicht um einen Hoheitsakt. Vielmehr ist Paragraph 43, BVergG einschlägig. Es handelt sich um einen zivilrechtlich zu beurteilenden Vorgang. Daher sind auch die obigen Überlegungen maßgeblich.

Das BVA (BVA 9. 10. 2001, N-102/01-10, BVergSlg 3.60 = BVergSlg 22.22 =

BVergSlg 24.93 = RdW 2001/755) sah eine am Wochenende gemäß § 53a

BVergG 1997 per Telefax zugestellte Zuschlagsentscheidung erst bei Arbeitsbeginn des nächsten Arbeitstages als zugegangen an. Es betrachtete die Zuschlagsentscheidung dabei als zivilrechtliche Willenserklärung. Es stützte seine Beurteilung auf das allgemeine Zivilrecht, da das BVergG 1997 keine speziellen Regeln für die Übermittlung enthielt.

Diese Sichtweise ist mangels abweichender Regelung auch zur Auslegung des § 43 Abs 6 BVergG herzuziehen. Da die Zustellfiktion im letzten Satz nicht anwendbar ist und es sich um Sonderzivilrecht handelt (AB 1118 BlgNR 21. GP 9; Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht, ÖJZ 2003/25), sind bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im BVergG die Regelungen des allgemeinen Zivilrechts heranziehen. Aus § 862a ABGB ergibt sich, dass der Zugangszeitpunkt bei Signaleingang während der Geschäftszeit der Zeitpunkt des Signaleingangs ist, sonst der Beginn des nächsten Arbeitstages (Rummel in Rummel, ABGB³ [2000] § 862a Rz 3). Aus diesen Gründen ist darauf abzustellen, wann von der Ausscheidungsentscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt wurde. Da der Übermittlungszeitpunkt außerhalb der Geschäftszeiten der Antragstellerin liegt, kam die Ausscheidungsentscheidung erst am 8. Dezember 2009 der Antragstellerin zu. Der am 15. Dezember 2009 eingebrachte Nachprüfungsantrag ist fristgerecht. BVergG 1997 per Telefax zugestellte Zuschlagsentscheidung erst bei Arbeitsbeginn des nächsten Arbeitstages als zugegangen an. Es betrachtete die Zuschlagsentscheidung dabei als zivilrechtliche Willenserklärung. Es stützte seine Beurteilung auf das allgemeine Zivilrecht, da das BVergG 1997 keine speziellen Regeln für die Übermittlung enthielt. Diese Sichtweise ist mangels abweichender Regelung auch zur Auslegung des Paragraph 43, Absatz 6, BVergG herzuziehen. Da die Zustellfiktion im letzten Satz nicht anwendbar ist und es sich um Sonderzivilrecht handelt Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 9; Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht, ÖJZ 2003/25), sind bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im BVergG die Regelungen des allgemeinen Zivilrechts heranziehen. Aus Paragraph 862 a, ABGB ergibt sich, dass der Zugangszeitpunkt bei Signaleingang während der Geschäftszeit der Zeitpunkt des Signaleingangs ist, sonst der Beginn des nächsten Arbeitstages (Rummel in Rummel, ABGB³ [2000] Paragraph 862 a, Rz 3). Aus diesen Gründen ist darauf abzustellen, wann von der Ausscheidungsentscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt wurde. Da der Übermittlungszeitpunkt außerhalb der Geschäftszeiten der Antragstellerin liegt, kam die Ausscheidungsentscheidung erst am 8. Dezember 2009 der Antragstellerin zu. Der am 15. Dezember 2009 eingebrachte Nachprüfungsantrag ist fristgerecht.

3.3 Inhaltliche Beurteilung

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG lauten:

Einreichen der Angebote in Papierform

§ 110. Angebote in Papierform sind in einem verschlossenen Umschlag innerhalb der Angebotsfrist einzureichen. Allenfalls vom Auftraggeber beigestellte Umschläge sind tunlichst zu verwenden. Der Umschlag ist mit dem vorgeschriebenen Kennwort oder, wenn ein solches nicht vorgeschrieben ist, mit einer den Inhalt kennzeichnenden Aufschrift zu versehen. Wird ein Datenträger für die Angebotsabgabe verwendet, ist dies auf dem Umschlag besonders (zB "Achtung Datenträger") zu vermerken. In gleicher Weise ist die Verpackung von gesondert einzureichenden Bestandteilen zu kennzeichnen. Paragraph 110, Angebote in Papierform sind in einem verschlossenen Umschlag innerhalb der Angebotsfrist einzureichen. Allenfalls vom Auftraggeber beigestellte Umschläge sind tunlichst zu verwenden. Der Umschlag ist mit dem vorgeschriebenen Kennwort oder, wenn ein solches nicht vorgeschrieben ist, mit einer den Inhalt kennzeichnenden Aufschrift zu versehen. Wird ein Datenträger für die Angebotsabgabe verwendet, ist dies auf dem Umschlag besonders (zB "Achtung Datenträger") zu vermerken. In gleicher Weise ist die Verpackung von gesondert einzureichenden Bestandteilen zu kennzeichnen.

Entgegennahme und Verwahrung der Angebote

§ 117. (1) Die Stelle, bei der die Angebote einzureichen sind, hat auf dem verschlossenen Umschlag Datum und Uhrzeit des Einganges zu vermerken. Alle Angebote sind in der Reihenfolge ihres Einlangens in ein Verzeichnis einzutragen. Paragraph 117, (1) Die Stelle, bei der die Angebote einzureichen sind, hat auf dem verschlossenen Umschlag Datum und Uhrzeit des Einganges zu vermerken. Alle Angebote sind in der Reihenfolge ihres Einlangens in ein Verzeichnis einzutragen.

1. (2) Absatz 2,...

Öffnung der Angebote

§ 118. (1) ...Paragraph 118, (1) ...

1. (3) Absatz 3, Vor dem Öffnen eines Angebotes ist festzustellen, ob es ungeöffnet und vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist. Nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind als verspätet eingelangt zu kennzeichnen und, ausgenommen dies ist zur Feststellung der Identität des Bieters für die Verständigung gemäß § 129 Abs. 3

erforderlich, nicht zu öffnen. Vor dem Öffnen eines Angebotes ist festzustellen, ob es ungeöffnet und vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist. Nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind als verspätet eingelangt zu kennzeichnen und, ausgenommen dies ist zur Feststellung der Identität des Bieters für die Verständigung gemäß Paragraph 129, Absatz 3, erforderlich, nicht zu öffnen.

2. (4) Absatz 4,...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. 1. Ziffer eins

...

2. 6. Ziffer 6

verspätet eingelangte Angebote;

3. 7. Ziffer 7

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

4. 8. Ziffer 8

...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. 1. Ziffer eins

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. 2. Ziffer 2

die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

1. (2) Absatz 2,...

Die Antragstellerin sandte das Angebot entsprechend der Festlegung in Punkt B.10 der Ausschreibungsbestimmungen per Boten, nämlich dem Botendienst C***. Als Adresse gab sie Österreichische Nationalbibliothek, Josefsplatz 1, 1010 Wien, an. Die Zustellbestätigung bestätigt eine Abgabe an der Adresse Josefsplatz 1 am 27. November 2009. Tatsächlich wurde das Angebot am 27. November 2009 in der Poststelle, der zentralen Einlaufstelle der Österreichischen Nationalbibliothek, an der Adresse Heldenplatz 1 übernommen, diese Übernahme ungeachtet der Adresse Josefsplatz 1 bestätigt und im Posteingangsbuch vermerkt. Die zuständige Abteilung wurde telefonisch vom Einlangen dieses Paktes verständigt, ohne dabei anzugeben, dass es sich um ein Angebot zu einem laufenden Vergabeverfahren handelt. Allerdings muss dieser Umstand der zuständigen Wirtschaftsabteilung bewusst gewesen sein, da sie angab, es bis Montagmittag zu benötigen. Dies entspricht nach den Aussagen in der mündlichen Verhandlung auch der üblichen Vorgangsweise bei der Entgegennahme von Angeboten in der Poststelle der Österreichischen Nationalbibliothek. Auch ist es üblich, dass Botendienste ihre Sendungen an der Abgabestelle Heldenplatz 1 abgeben. Die Behandlung des Angebots wäre - abgesehen von dem Eintrag des Datums und der Uhrzeit der Abgabe - am Josefsplatz genau so gewesen.

"Dem vergaberechtlichen Angebot entspricht in der Terminologie des Zivilrechtes der 'Antrag' gemäß § 862 ABGB. Ein

'Antrag' ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Auftraggeber gegenüber abzugeben ist. Kein Angebot - mangels Bindungswillen des Erklärenden - ist ein 'freibleibend' gestelltes Angebot oder eine unverbindliche Preisauskunft." (RV 1171 22. GP 11)"Dem vergaberechtlichen Angebot entspricht in der Terminologie des Zivilrechtes der 'Antrag' gemäß Paragraph 862, ABGB. Ein 'Antrag' ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Auftraggeber gegenüber abzugeben ist. Kein Angebot - mangels Bindungswillen des Erklärenden - ist ein 'freibleibend' gestelltes Angebot oder eine unverbindliche Preisauskunft." Regierungsvorlage 1171 22. Gesetzgebungsperiode 11)

Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen bestimmt sich nach § 862a ABGB (Rummel in Rummel³ § 862a Rz 1; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB Bd 4³ [2006] § 861 Rz 1). Der Botendienst ist als Erklärungsbote anzusehen. Der rechtzeitige Zugang der Erklärung ist dann anzunehmen, wenn die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangen, dass mit einer rechtzeitigen Kenntnis durch in gerechnet werden kann und Störungen nur mehr in seiner Sphäre, nicht beim Absender oder der Übermittlungsanstalt möglich sind (Rummel in Rummel³ § 862a Rz 2; Apathy/Riedler in Schwimann § 862a Rz 3). Daher ist zu prüfen, ob das Angebot so rechtzeitig in den Machtbereich der Auftraggeberin gelangt ist, dass es rechtzeitig zur Angebotsöffnung vorliegen konnte. Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen bestimmt sich nach Paragraph 862 a, ABGB (Rummel in Rummel³ Paragraph 862 a, Rz 1; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB Bd 4³ [2006] Paragraph 861, Rz 1). Der Botendienst ist als Erklärungsbote anzusehen. Der rechtzeitige Zugang der Erklärung ist dann anzunehmen, wenn die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangen, dass mit einer rechtzeitigen Kenntnis durch in gerechnet werden kann und Störungen nur mehr in seiner Sphäre, nicht beim Absender oder der Übermittlungsanstalt möglich sind (Rummel in Rummel³ Paragraph 862 a, Rz 2; Apathy/Riedler in Schwimann Paragraph 862 a, Rz 3). Daher ist zu prüfen, ob das Angebot so rechtzeitig in den Machtbereich der Auftraggeberin gelangt ist, dass es rechtzeitig zur Angebotsöffnung vorliegen konnte.

Die Beschriftung des Angebots der Antragstellerin entspricht nicht ganz den Vorgaben des § 110 BVergG. Diese Bestimmung verweist im Wesentlichen auf die Vergaben der Ausschreibung über die Abgabe des Angebots. Die Beschriftung entspricht nur teilweise den Vorgaben in Punkt B.10. der Ausschreibungsbestimmungen. Einerseits ist das bei der Beschriftung des Angebots verwendete Wort "Submissionstermin" in Österreich unüblich. Andererseits fehlt die Aufschrift "Angebote zum Vergabeverfahren". Trotzdem ist problemlos erkennbar, dass es sich bei der Sendung um ein Angebot zu dem Vergabeverfahren "Buchförderanlage ÖNB" handelt, das innerhalb der Angebotsfrist 30. November 2009, 13.00 Uhr, abgegeben werden sollte. Dass diese Bestimmung nicht wegen übertriebenen Formalismus zum Ausscheiden von Angeboten führen soll, zeigt das Wort "tunlichst" (so auch G. Gruber in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel § 110 Rz 5). Auch der Wirtschaftsabteilung war bewusst, dass es sich um ein Angebot zum laufenden Vergabeverfahren handelt. Die Beschriftung des Angebots der Antragstellerin entspricht nicht ganz den Vorgaben des Paragraph 110, BVergG. Diese Bestimmung verweist im Wesentlichen auf die Vergaben der Ausschreibung über die Abgabe des Angebots. Die Beschriftung entspricht nur teilweise den Vorgaben in Punkt B.10. der Ausschreibungsbestimmungen. Einerseits ist das bei der Beschriftung des Angebots verwendete Wort "Submissionstermin" in Österreich unüblich. Andererseits fehlt die Aufschrift "Angebote zum Vergabeverfahren". Trotzdem ist problemlos erkennbar, dass es sich bei der Sendung um ein Angebot zu dem Vergabeverfahren "Buchförderanlage ÖNB" handelt, das innerhalb der Angebotsfrist 30. November 2009, 13.00 Uhr, abgegeben werden sollte. Dass diese Bestimmung nicht wegen übertriebenen Formalismus zum Ausscheiden von Angeboten führen soll, zeigt das Wort "tunlichst" (so auch G. Gruber in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel Paragraph 110, Rz 5). Auch der Wirtschaftsabteilung war bewusst, dass es sich um ein Angebot zum laufenden Vergabeverfahren handelt.

Die Übermittlung des Angebots durch den Botendienst erfolgte gemäß Punkt B.10. der Ausschreibungsbestimmungen auf Risiko der Antragstellerin. Das Handeln des Botendienstes ist der Antragstellerin zuzurechnen. Sie trägt das Risiko (G. Gruber in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel § 110 Rz 5). Mit der Abgabe des Angebots bei der Auftraggeberin geht jedoch das Risiko auf die Auftraggeberin über. Die Übermittlung des Angebots durch den Botendienst erfolgte gemäß Punkt B.10. der Ausschreibungsbestimmungen auf Risiko der Antragstellerin. Das Handeln des Botendienstes ist der Antragstellerin zuzurechnen. Sie trägt das Risiko (G. Gruber in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel Paragraph 110, Rz 5). Mit der Abgabe des Angebots bei der Auftraggeberin geht jedoch das Risiko auf die Auftraggeberin über.

Die Abgabe des Angebots am Heldenplatz entspricht nicht den Vorgaben der Ausschreibung. Sie entspricht jedoch der üblichen Praxis bei der Übermittlung von Sendungen an die Österreichische Nationalbibliothek durch Botendienste. Botendienste, insbesondere auch C***, liefern ihre Sendungen am Heldenplatz ab, gleich welche Adresse der

Auftraggeberin auf der Sendung angegeben ist. Dort werden sie auch anstandslos übernommen, die Übernahme für die angegebene Adresse bestätigt und intern weitergeleitet.

So wurde auch im vorliegenden Fall das Angebot auch von der Poststelle der Österreichischen Nationalbibliothek entgegengenommen und die Übernahme bestätigt. Dies geschah ungeachtet dessen, dass eine andere Adresse auf der Sendung vermerkt und dies der Bediensteten der Österreichischen Nationalbibliothek bewusst war. Die Antragstellerin konnte daher davon ausgehen, dass das Angebot fristgerecht bei der Österreichische Nationalbibliothek abgegeben wurde. Das Risiko der Weiterleitung des Angebots an die zuständige Abteilung ging mit der Entgegennahme des Angebots durch die Poststelle der Österreichischen Nationalbibliothek auf diese über. Die Bedienstete der Poststelle unternahm die gebotenen Schritte, um das - nach ihrer Ansicht - wichtige Paket möglichst schnell der Wirtschaftsstelle zuzuleiten, für die es entsprechend den Vorgaben in Punkt B.10. der Angebotsunterlagen erkennbar bestimmt war. Daher ist es der Antragstellerin nicht zuzurechnen, dass das Angebot bei der Angebotsöffnung nicht vorlag. Das Ausscheiden wegen Verspätung gemäß § 129 Abs 1 Z 6 BVergG ist daher rechtswidrig, da das Angebot fristgerecht bei der Auftraggeberin eingelangt war. So wurde auch im vorliegenden Fall das Angebot auch von der Poststelle der Österreichischen Nationalbibliothek entgegengenommen und die Übernahme bestätigt. Dies geschah ungeachtet dessen, dass eine andere Adresse auf der Sendung vermerkt und dies der Bediensteten der Österreichischen Nationalbibliothek bewusst war. Die Antragstellerin konnte daher davon ausgehen, dass das Angebot fristgerecht bei der Österreichische Nationalbibliothek abgegeben wurde. Das Risiko der Weiterleitung des Angebots an die zuständige Abteilung ging mit der Entgegennahme des Angebots durch die Poststelle der Österreichischen Nationalbibliothek auf diese über. Die Bedienstete der Poststelle unternahm die gebotenen Schritte, um das - nach ihrer Ansicht - wichtige Paket möglichst schnell der Wirtschaftsstelle zuzuleiten, für die es entsprechend den Vorgaben in Punkt B.10. der Angebotsunterlagen erkennbar bestimmt war. Daher ist es der Antragstellerin nicht zuzurechnen, dass das Angebot bei der Angebotsöffnung nicht vorlag. Das Ausscheiden wegen Verspätung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG ist daher rechtswidrig, da das Angebot fristgerecht bei der Auftraggeberin eingelangt war.

Das Vorbringen der Auftraggeberin zur fehlenden Befugnis kann auf Grundlage des derzeitigen Wissensstandes nicht beurteilt werden. Insbesondere ist nicht bekannt, ob ein Subunternehmer mit der erforderlichen Befugnis namhaft gemacht wurde. Es kommt dem Bundesvergabeamt gemäß § 118 Abs 3 BVergG nicht zu, das ungeöffnete Angebot zu öffnen, so lange nicht rechtskräftig über die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens wegen Verspätung entschieden ist. Das Vorliegen der Befugnis kann jedoch erst auf Grundlage der diesbezüglichen Angaben im Angebot beurteilt werden. Anzumerken ist, dass auf die Notwendigkeit einer Anzeige nach § 373a GewO nicht hingewiesen wurde. Dieser Ausscheidensgrund vermag daher das Ausscheiden des Angebots nicht zu tragen. Das Vorbringen der Auftraggeberin zur fehlenden Befugnis kann auf Grundlage des derzeitigen Wissensstandes nicht beurteilt werden. Insbesondere ist nicht bekannt, ob ein Subunternehmer mit der erforderlichen Befugnis namhaft gemacht wurde. Es kommt dem Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 118, Absatz 3, BVergG nicht zu, das ungeöffnete Angebot zu öffnen, so lange nicht rechtskräftig über die Rechtmäßigkeit des Ausscheidens wegen Verspätung entschieden ist. Das Vorliegen der Befugnis kann jedoch erst auf Grundlage der diesbezüglichen Angaben im Angebot beurteilt werden. Anzumerken ist, dass auf die Notwendigkeit einer Anzeige nach Paragraph 373 a, GewO nicht hingewiesen wurde. Dieser Ausscheidensgrund vermag daher das Ausscheiden des Angebots nicht zu tragen.

Die Ausscheidensentscheidung ist einerseits mit einer Rechtswidrigkeit belastet, andererseits ist durch eine Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich. Sie ist daher gemäß § 325 Abs 1 BVergG für nichtig zu erklären. Die Ausscheidensentscheidung ist einerseits mit einer Rechtswidrigkeit belastet, andererseits ist durch eine Teilnahme der Antragstellerin am Vergabeverfahren ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens möglich. Sie ist daher gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären.

Schlagworte

Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags; Verspätete Angebotsabgabe;

Zuletzt aktualisiert am

10.05.2010

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