

TE Verg Bescheid 2009/6/15 N/0035-BVA/09/2009-63

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.06.2009

Norm

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitdd

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §12 Abs3

BVergG 2006 §25 Abs5

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §132

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs1

BVergG 2006 §319 Abs2

BVergG 2006 §319 Abs3

BVergG 2006 §321 Abs1 Z5

BVergG 2006 §322 Abs2 Z2

AVG §71 Abs1 z1

AVG §71 Abs4

UGB §2

UGB §347

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 § 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 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 25 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 131 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 131 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 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 § 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 § 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 § 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. AVG § 71 heute
2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. AVG § 71 heute
2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. UGB Art. 11 § 2 heute
2. UGB Art. 11 § 2 gültig ab 01.08.2009

1. UGB § 347 heute
2. UGB § 347 gültig ab 01.01.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2005

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung eines Cryo-Ultramikrotoms" des Auftraggebers Technische Universität Wien, Karlsplatz 13/010, 1040 Wien, vertreten durch die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8-10/052, 1040 Wien, über den Antrag der A***, vom 15. April 2009, verbessert eingebracht am 22. April 2009, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und MMag Dr. Annemarie Mille 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 der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung eines Cryo-Ultramikrotoms" des Auftraggebers Technische Universität Wien, Karlsplatz 13/010, 1040 Wien, vertreten durch die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8-10/052, 1040 Wien, über den Antrag der A***, vom 15. April 2009, verbessert eingebracht am 22. April 2009, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag auf Bewilligung der "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand lt. § 71 ff AVG" wird abgewiesen. Der Antrag auf Bewilligung der "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand lt. Paragraph 71, ff AVG" wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 71 Abs 1 Z 1 und Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz -AVG 1991
Rechtsgrundlage: Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 4, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz -AVG 1991

II.römisch zwei.

Der Antrag, "A*** beantragt die Nichtigkeitsklärung der Entscheidung der vergebenden Stelle, im Verfahren GZL 26300.20/080/2008 den Zuschlag an die Firma B***, zu erteilen (uns mitgeteilt mit Schreiben der Technischen Universität Wien vom 6. April 2009)", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 322 Abs 2 Z 2 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag, "Den Auftraggeber zu verpflichten, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von Euro 1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf einstweilige Verfügung gemäß § 19 BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird abgewiesen. Der Antrag, "Den Auftraggeber zu verpflichten, der Antragstellerin die Pauschalgebühren in Höhe von Euro 1.200,-- für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 19, BVergG binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen", wird abgewiesen.

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

Begründung

Mit Schriftsatz vom 15. April 2009, verbessert eingebracht am 22. April 2009, brachte die A*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung ein. Mit Schriftsatz vom 16. April 2009 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Schriftsatz vom 20. April 2009, eingelangt am 24. April 2009, beantragte die Antragstellerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Mit Schreiben vom 28. April 2009 beantragte die Antragstellerin, den Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren zu verpflichten.

Begründend führte die Antragstellerin im Schriftsatz vom 15. April 2009 aus, dass sie "Einspruch" gegen die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 6.4.2009 erhebe. Die Einzelheiten zu den beeinspruchten Punkten des Leistungsverzeichnisses seien der beiliegenden Liste zu entnehmen.

Mit Schreiben vom 16. April 2009 teilte die Antragstellerin mit, dass es sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich handle und sie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stelle.

Mit Verbesserungsauftrag des Bundesvergabeamtes vom 16. April 2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-7, wurde der Antragstellerin eine umfassende Verbesserung ihres Nachprüfungsantrages sowie ihres Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aufgetragen.

Mit Schriftsatz vom 20. April 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Der Auftrag sei am 28.1.2009 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht worden. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien. Vergebende Stelle sei die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8- 10/052, 1040 Wien. Es handle sich um einen Lieferauftrag, CPV-Code 38000000, im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro XXX,--), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Zuschlagskriterien seien in der Ausschreibung festgelegt gewesen. Mit Schriftsatz vom 20. April 2009 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und übermittelte die Unterlagen des Vergabeverfahrens. Der Auftrag sei am 28.1.2009 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht worden. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien. Vergebende Stelle sei die Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM), Wiedner Hauptstraße 8- 10/052, 1040 Wien. Es handle sich um einen Lieferauftrag, CPV-Code 38000000, im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro römisch 30 ,--), der in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Zuschlagskriterien seien in der Ausschreibung festgelegt gewesen.

Die Antragstellerin und die B*** hätten am 11.2.2009 einen Teilnahmeantrag abgegeben. Die Öffnung und Prüfung der Teilnahmeanträge habe am 18.2.2009 stattgefunden. Am 19.2.2009 seien den Bewerbern die Ausschreibungsunterlagen übermittelt worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe sein last and best offer am 11.3.2009 eingereicht, die Antragstellerin am 18.3.2009. Die Angebotsöffnung habe am 20.3.2009 stattgefunden.

Der Nettoangebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe Euro XXX,-- betragen, jener der Antragstellerin Euro XXX.--. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 6.4.2009 per Telefax erfolgt. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch sei ein Widerruf erfolgt. Der Zuschlag sei nicht erteilt worden. Keines der beiden Angebote sei ausgeschieden worden. Der Nettoangebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe Euro römisch 30 ,-- betragen, jener der Antragstellerin Euro römisch 30 .--. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 6.4.2009 per Telefax erfolgt. Es sei weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden, noch sei ein Widerruf erfolgt. Der Zuschlag sei nicht erteilt worden. Keines der beiden Angebote sei ausgeschieden worden.

Mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom 20. April 2009, GZ N/0035- BVA/09/2009-10, wurde der (in der Stellungnahme des Auftraggebers vom 20.4.2009 genannte) präsumtive Zuschlagsempfänger vom Einlangen des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin verständigt und ihm die Möglichkeit gegeben, bis längstens 4. Mai 2009 begründete Einwendungen zu erheben.

Mit Schreiben vom 20. April 2009, eingelangt am 24. April 2009, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 71 ff AVG. Sie brachte hiezu sinngemäß vor, dass den Auftraggeber ein Verschulden an der Versäumung der Antragsfrist treffe. Der Auftraggeber habe in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist nämlich mit 15. April 2009 angegeben. Mit Schreiben vom 20. April 2009, eingelangt am 24. April 2009, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraphen 71, ff AVG. Sie brachte hiezu sinngemäß vor, dass den Auftraggeber ein Verschulden an der Versäumung der Antragsfrist treffe. Der Auftraggeber habe in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist nämlich mit 15. April 2009 angegeben.

Mit Schreiben vom 21. April 2009 teilte der präsumtive Zuschlagsempfänger mit, dass er großes Interesse am Erhalt des Auftrages habe und ihm bereits erhebliche Kosten entstanden seien. Es bestehe kein Grund zur "Anfechtung" seines Angebotes.

Mit Schriftsätzen vom 22. April 2009 erstattete die Antragstellerin die ihr mit Schreiben des Bundesvergabeamtes vom

16.4.2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-7, aufgetragenen Verbesserungen hinsichtlich der Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 25 Abs 5 BVergG im Unterschwellenbereich gemäß § 38 Abs1 BVergG 2006 idGF, handle. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien, Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM) Wiedner Hauptstrasse 8-10 (052), 1040 Wien. Mit Schriftsätzen vom 22. April 2009 erstattete die Antragstellerin die ihr mit Schreiben des Bundesvergabebeamten vom 16.4.2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-7, aufgetragenen Verbesserungen hinsichtlich der Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, dass es sich gegenständlich um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd Paragraph 25, Absatz 5, BVergG im Unterschwellenbereich gemäß Paragraph 38, Abs1 BVergG 2006 idGF, handle. Auftraggeber sei die Technische Universität Wien, Universitäre Serviceeinrichtung für Transmissionselektronenmikroskopie (USTEM) Wiedner Hauptstrasse 8-10 (052), 1040 Wien.

Die Antragstellerin habe mit Abgabe ihres Anbots ihr Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert. Bei richtiger Bewertung der eingereichten Angebote hätte die Antragstellerin als Bestbieterin den Zuschlag erhalten müssen:

1. a) Litera a

Im Leistungsverzeichnis seien folgende Punkte unter den Zahlen 1, 10, 52, 55, 56, 58 falsch beurteilt worden. Es seien Angaben nicht oder falsch beurteilt worden (siehe Liste 1).

2. b) Litera b

Leistungsangaben, welche vom präsuntiven Zuschlagsempfänger gemacht worden seien, seien teilweise unwahr und würden möglicherweise Patente der Antragstellerin verletzen (siehe Liste 2).

3. c) Litera c

Zwischen dem Leistungsverzeichnis und der Liste des Zuschlagsentscheides seien Positionen vermischt worden. Ab Zahl 51 bis 57 seien die Forderungen vermischt und zudem falsch beurteilt (siehe Liste 1).

4. d) Litera d

Leistungskriterien würden überbewertet und seien unrealistisch und würden die Punkte unter dem Begriff Zahl 40 und 41 betreffen (Siehe Liste 3).

Detaillierte Angaben zu den mangelhaften Bewertungen seien den beiliegenden Ausführungen zu entnehmen.

Auf Grund der Vorreihung eines anderen Unternehmens entstehe der Antragstellerin ein Schaden im Umfang des drohenden Umsatzverlustes und in Form eines entsprechend verringerten Deckungsbeitrages sowie Jahresgewinnes.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht verletzt, als Bestbieterin gereiht zu werden und auf dieser Basis den Zuschlag zu erhalten. Detaillierte Angaben zu den Gründen der Rechtswidrigkeit seien in den beiliegenden technischen Ausführungen dargestellt.

Die Antragstellerin beantrage die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Diese sei ihr mit Schreiben der TU Wien vom 6.4.2009 bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin habe den Antrag auf Nachprüfung am 15.4.2009 per E-mail beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die Frist des § 321 BVergG sei daher eingehalten. Die Antragstellerin beantrage die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Diese sei ihr mit Schreiben der TU Wien vom 6.4.2009 bekannt gegeben worden. Die Antragstellerin habe den Antrag auf Nachprüfung am 15.4.2009 per E-mail beim Bundesvergabeamt eingebracht. Die Frist des Paragraph 321, BVergG sei daher eingehalten.

Mit Schreiben vom 28. April 2009 beantragte die Antragstellerin, den Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren in Höhe von Euro 1.200,-- zu verpflichten.

Mit Schriftsatz vom 4. Mai 2009 erstattete der präsuntive Zuschlagsempfänger, nunmehr vertreten durch X***, begründete Einwendungen zum Nachprüfungsantrag. Der präsuntive Zuschlagsempfänger brachte im Wesentlichen vor, dass die Technische Universität Wien als Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Lieferauftrages im Unterschwellenbereich durchführe. Auftragsgegenstand sei die Lieferung eines Cryo-Ultramikrotoms. Nach den Ausschreibungsunterlagen gelte das Bestbieterprinzip. Mittels Telefax

vom 6.4.2009 sei dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten mitgeteilt worden. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers sei mit 729 Punkten, jenes der Antragstellerin mit 526 Punkten bewertet worden sei. Die Punktedifferenz in der Bewertung betrage sohin mehr als 28%.

Das Vorbringen der Antragstellerin werde bestritten. Deren Anträge seien zurück- bzw. abzuweisen.

1. 1.Ziffer eins

Anfechtungspunkte zum Leistungsverzeichnis mit falscher Beurteilung der A***- Angaben:

Das Vorbringen der Antragstellerin über die fehlerhafte Beurteilung durch den Auftraggeber lasse eine nähere Begründung in zahlreichen Punkten vermissen bzw. seien die Begründungen nicht nachvollziehbar. Außerdem handle es sich bei den Kommentaren der Antragstellerin um subjektive Auffassungen über die zu vergebenden Punkte. Tatsächlich sei die Bewertung durch den Auftraggeber korrekt verlaufen und die angegebenen Punktezahlen seien richtig.

In weiterer Folge ging der präsumtive Zuschlagsempfänger auf die Positionen 6, 7, 22, 52, 54, 55 und 56 des LV näher ein (Anm: mangels Entscheidungsrelevanz hier nicht wiedergegeben). In weiterer Folge ging der präsumtive Zuschlagsempfänger auf die Positionen 6, 7, 22, 52, 54, 55 und 56 des LV näher ein (Anmerkung, mangels Entscheidungsrelevanz hier nicht wiedergegeben).

1. 2.Ziffer 2

Anfechtungspunkte zum Leistungsverzeichnis: Falsche Angaben durch B***:

Die Bewertung der von der Antragstellerin angeführten Zahlen 1, 3, 29 und 36 in der Liste 2 sei - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - richtig.

1. 3.Ziffer 3

Anfechtungspunkte zum Leistungsverzeichnis: Überbewertete Punkte:

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers in den Zahlen 40 und 41 überbewertet worden sei, sei unrichtig.

1. 4.Ziffer 4

Kein wesentlicher Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens:

Eine Rechtsverletzung habe nur dann einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs 1 BVergG, wenn sie ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken könne. Aus diesem Grund sei die Relevanz für die Rechtsverletzung für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu prüfen. Es genüge, wenn die potentielle Möglichkeit der Herbeiführung eines anderen Verfahrensausgangs bestehe. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe um 28,8 gewichtete Punkte mehr erhalten als jenes der Antragstellerin. Rechnerisch sei eine "Änderung" des Bestbieters nur dann möglich, wenn die Antragstellerin in allen vorgebrachten Zahlen die Maximalpunktzahl erhalte und außerdem das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei sämtlichen vorgebrachten Zahlen 0 Punkte erhalten würde. Eine Rechtsverletzung habe nur dann einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, BVergG, wenn sie ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken könne. Aus diesem Grund sei die Relevanz für die Rechtsverletzung für den Ausgang des Vergabeverfahrens zu prüfen. Es genüge, wenn die potentielle Möglichkeit der Herbeiführung eines anderen Verfahrensausgangs bestehe. Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe um 28,8 gewichtete Punkte mehr erhalten als jenes der Antragstellerin. Rechnerisch sei eine "Änderung" des Bestbieters nur dann möglich, wenn die Antragstellerin in allen vorgebrachten Zahlen die Maximalpunktzahl erhalte und außerdem das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers bei sämtlichen vorgebrachten Zahlen 0 Punkte erhalten würde.

Mit Schriftsatz vom 8. Mai 2009 erstattete die Antragstellerin eine ergänzende Stellungnahme. Sie bestritt die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages, verwies auf ihr bisheriges Vorbringen und nahm zu den vom präsumtiven Zuschlagsempfänger angegebenen Punkten Stellung. Die Antragstellerin schlage zur Klärung der strittigen Punkte einen Vergleichstest der beiden Systeme vor. Dieser böte die Möglichkeit, im Detail auf die Einzelpunkte einzugehen.

Mit Schriftsatz vom 8. Mai 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 11. Mai 2009, erstattete der Auftraggeber eine ergänzende Stellungnahme und brachte im Wesentlichen Folgendes vor:

Grundsätzlich stimme der Auftraggeber dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu. Lediglich in den

Punkten 1, 3, 7, 22, 36, 52, 54, 55 und 56 würden "Ergänzungen" vorgebracht (Anm: mangels Entscheidungsrelevanz hier nicht wiedergegeben). Grundsätzlich stimme der Auftraggeber dem Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu. Lediglich in den Punkten 1, 3, 7, 22, 36, 52, 54, 55 und 56 würden "Ergänzungen" vorgebracht (Anmerkung, mangels Entscheidungsrelevanz hier nicht wiedergegeben).

Zu den Angaben der Antragstellerin sei nochmals zu betonen, dass die Bewertung aufgrund des vorliegenden Angebotes erfolgt sei. Angaben, die nachträglich gemacht worden seien und eine Punkteverschiebung bewirken hätten können, würden nicht mehr berücksichtigt werden können.

Mit Stellungnahme vom 13.05.2009 brachte der präsumtive Zuschlagsempfänger ergänzend vor, dass er das gesamte Vorbringen der Antragstellerin bestritten habe. Somit sei auch das Vorbringen zu den Zahlen 3, 10, 24 und 58 bestritten worden. Auch diese Vorbringen der Antragstellerin seien daher nicht unstrittig. Die Antragstellerin könne sich im österreichischen Hoheitsgebiet nicht auf den Schutz eines ausländischen Patents berufen. Bei den angegebenen Patenten handle es sich um zwei deutsche und zwei USamerikanische Patente. Dem von der Antragstellerin vorgeschlagenen Vergleichstest der beiden Systeme werde nicht zugestimmt. Das Vorbringen der Antragstellerin sei nicht hinreichend substantiiert und gehe auf inhaltliche Mängel in der Bewertung nur oberflächlich ein. Mit ihrem Vorbringen sei die Antragstellerin ihrer Behauptungslast nicht nachgekommen. Der Auftraggeber habe sowohl das Gerät der Antragstellerin als auch jenes des präsumtiven Zuschlagsempfängers getestet. Ein nochmaliger Vergleichstest sei nicht notwendig, da es nicht Aufgabe des BVA sei, eine Bewertung durchzuführen, sondern dies lediglich die Rechtskonformität der Bewertung durch den Auftraggeber zu beurteilen habe. Da das BVA Entscheidungen der Auftraggeber nur nachprüfe, sei die exakte Punktezahl, welche der Auftraggeber vergeben habe, nicht zu überprüfen. Gegenstand der Nachprüfung sei die Frage, ob die vergebende Punkteanzahl im Rahmen des den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmenden Ermessensspielraums des Auftraggebers liege und somit die Punkte rechtskonform vergeben worden seien. Für die Frage, ob die Anzahl der vergebenen Punkte in der Bewertung korrekt gewesen sei oder nicht, sei ein Vergleich der Geräte weder notwendig noch zulässig. Die Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens müsse nämlich den Bietern im Vorhinein objektiv ermöglichen, zu erkennen, worauf es dem Auftraggeber ankomme. Wäre das Ergebnis der Bewertung von einem direkten Vergleich mit den Angeboten der übrigen Bieter abhängig, so könnte kein Bieter objektiv beurteilen, wie er sein Angebot gestalten müsste, um die maximale Punktezahl zu erreichen.

Mit Schriftsatz vom 14. Mai 2009 erstattete der Auftraggeber eine ergänzende Stellungnahme. Darin sprach er sich nicht gegen die Durchführung eines Vergleichstests der Systeme aus. Es werde ausdrücklich bestritten, dass der Auftraggeber die Bewertung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers bzw. der Antragstellerin unrichtig durchgeführt habe. Das Vorgehen des Auftraggebers sei korrekt gewesen.

Vorgebracht wurde weiters, dass der Nachprüfungsantrag nicht den Formalerfordernissen des § 322 BVergG entspreche. Der Nachprüfungsantrag sei daher zurück-, in eventu abzuweisen. Vorgebracht wurde weiters, dass der Nachprüfungsantrag nicht den Formalerfordernissen des Paragraph 322, BVergG entspreche. Der Nachprüfungsantrag sei daher zurück-, in eventu abzuweisen.

Sollte das BVA den oben dargelegten Ausführungen nicht folgen, werde aus advokatorischer Vorsicht zu der von der Antragstellerin im Einzelnen bemängelten Bewertung von Positionen des LV (1, 3, 4, 6, 7, 8, 10, 22, 24, 27, 28, 29, 31, 34, 35, 36, 40, 41, 51, 52, 54 und 57) Stellung genommen (Anm: mangels Entscheidungsrelevanz hier nicht wiedergegeben). Sollte das BVA den oben dargelegten Ausführungen nicht folgen, werde aus advokatorischer Vorsicht zu der von der Antragstellerin im Einzelnen bemängelten Bewertung von Positionen des LV (1, 3, 4, 6, 7, 8, 10, 22, 24, 27, 28, 29, 31, 34, 35, 36, 40, 41, 51, 52, 54 und 57) Stellung genommen (Anmerkung, mangels Entscheidungsrelevanz hier nicht wiedergegeben).

Selbst wenn die Antragstellerin in diesen Positionen die maximal zu erreichenden Punkte erreichen würde, hätte dies keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Die Antragstellerin liege um mehr als 100 Punkte hinter dem präsumtiven Zuschlagsempfänger. Selbst wenn man darin eine Rechtswidrigkeit erblicken sollte, wäre der Antrag abzuweisen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009 brachte die Antragstellerin (vertreten durch K***, L***, M*** und N***) vor, dass für sie ein "Ausgleich" iSd § 43 Abs 5 AVG nicht in Frage komme. Sie bleibe bei ihrem Vorbringen und bei ihren Anträgen wie bisher. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009 brachte die

Antragstellerin (vertreten durch K***, L***, M*** und N***) vor, dass für sie ein "Ausgleich" iSd Paragraph 43, Absatz 5, AVG nicht in Frage komme. Sie bleibe bei ihrem Vorbringen und bei ihren Anträgen wie bisher.

Der Auftraggeber, vertreten durch die Finanzprokuratur, brachte im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009 ergänzend vor, dass die Antragstellerin selbst bei Zugrundelegung der von ihr im Nachprüfungsverfahren gemachten Angaben bei der Angebotsbewertung noch immer hinter dem präsumtiven Zuschlagsempfänger liegen würde und dass daher selbst allfällige Unrichtigkeiten der ursprünglichen Angebotsbewertung keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hätten. In der Folge legte der Auftraggeber eine fiktive Angebotsbewertung vor (wurde als Beilage 1 zum Akt genommen). Diese wurde der Antragstellerin "zur Überprüfung" übergeben.

Herr M*** erklärte nach Durchsicht der fiktiven Neubewertung, dass auch diese nicht in sämtlichen Punkten korrekt erfolgt sei. Bei rechtskonformer Bewertung hätte die Antragstellerin als Bestbieterin ermittelt werden müssen.

Für "rechtlich-administrative Belange" seien bei der Antragstellerin Hr. O*** sowie die Prokuristen L*** und P*** zuständig.

L*** bestätigte über Befragen, dass die Zuschlagsentscheidung bei der Antragstellerin am 6.4.2009 mittels Fax eingegangen sei. Die Zuschlagsentscheidung sei bei Fr. Q** (Sekretärin der Betriebsniederlassung Wien) eingelangt. Die Zuschlagsentscheidung sei noch am 6.4.2009 per E-Mail von Frau Q*** an den lokal zuständigen Produktverkaufsberater in der Schweiz, Hrn. N***, übermittelt worden. Herr N*** habe sofort versucht, mit Hrn. K***, seinem Vorgesetzten in Deutschland, Kontakt aufzunehmen. Dies zur Klärung der Frage, welche Maßnahmen zu ergreifen seien. Die Entscheidung, einen Nachprüfungsantrag einzubringen, habe Hr. K*** gemeinsam mit Hr. N*** am 14.4.2009 getroffen. Die formale Letztentscheidung sei bei L*** gelegen gewesen. Dieser habe den Nachprüfungsantrag unterschrieben. Hr. K*** sei in der Zeit vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 urlaubsbedingt abwesend gewesen (Herr K*** legte zur Bestätigung seiner urlaubsbedingten Abwesenheit im Zeitraum vom 4.4.2009 bis 13.4.2009 eine Gästekarte des Fremdverkehrsverbandes Ladis vor). N*** habe K*** deshalb erst am 14.4.2009 erreicht. In der Zwischenzeit sei intern diskutiert worden, wie weiter vorzugehen sei. Konkret hätten darüber Hr. N*** und Hr. M*** diskutiert. Die Diskussionen hätten sich dabei hauptsächlich auf den technischen Bereich bezogen.

Hr. N*** betreue den Verkauf der Produktpalette "Nanotechnologie" für die Gebiete Schweiz und Österreich. Er sei Techniker. Er sei der erste Ansprechpartner für Kaufinteressenten. Er unterschreibe die Offerte.

Hr. M*** erklärte, dass mit Ausnahme von Hr. O***, welcher von seiner Ausbildung her auch Betriebswirt sei, sämtliche Geschäftsführer bzw. Prokuristen der Antragstellerin eine technische Ausbildung hätten.

Über Befragen von X***, ob Hr. K*** eine Urlaubsvertretung habe, wird dies von Hrn. K*** verneint. In der urlaubsbedingten Abwesenheit von K*** habe sich Hr. N*** nicht an eine organisatorisch übergeordnete Stelle gewandt, sondern die Rückkehr von K*** abgewartet. Dies deshalb, da seiner Meinung nach die Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung noch offen gewesen sei.

Die Entscheidung, ob eine Zuschlagsentscheidung beeinträchtigt werde oder nicht, werde als solche von Hrn. K*** als Verantwortlicher dieser "Kostenstelle" getroffen. L*** dürfe diese Entscheidung nicht alleine treffen. Den Nachprüfungsantrag habe im Endeffekt Hr. L*** - in Abstimmung mit Hrn. K*** - unterfertigt.

Über Befragen von R*** erklärt Hr. L***, dass er in der Zeit vom 6.4.2009 bis 14.4.2009 nicht auf Urlaub, sondern "im Dienst" gewesen sei.

RA X*** beantragte den Nachprüfungsantrag wegen Verfristung zurückzuweisen.

Über Befragen, was sich Hr. N*** unter dem Begriff "Stillhaltefrist" vorgestellt habe, gab dieser an, kein Jurist zu sein aber davon auszugehen, dass in dieser Frist kein Auftrag erteilt werden dürfe und dass ein allfälliger Nachprüfungsantrag in diesem Zeitraum einzubringen sei. Er habe gedacht, dass sich dieser Frist in erster Linie an den Auftraggeber richte; in zweiter Linie aber auch an den Bieter. Dass ein Bieter in dieser genannten Frist nichts tun dürfe, habe er nicht angenommen. Er habe "intuitiv" angenommen, dass innerhalb dieser Frist seitens des Bieters eine Reaktion zu tätigen sein werde.

Hr. N***, Hr. L*** und Hr. K*** hätten nach deren Angaben zwischen dem 6.4.2009 und dem 15.4.2009 den Auftraggeber nicht telefonisch kontaktiert, um allfällige rechtliche Auskünfte zur Zuschlagsentscheidung zu erhalten.

Über Befragen erklärte Hr. M***, dass er in diesem Fall die Zuschlagsentscheidung von seinen Mitarbeitern vorgelegt erhalten habe. Da der Auftrag für die Antragstellerin ein besonders wichtiger sei, habe er den zuständigen Betreuer seitens USTEM, Prof. S*** - glaublich am 6.4. oder am 7.4.2009, angerufen. Sein Anruf bei Prof. S*** habe "technisch, finanzielle Hintergründe" gehabt. Um juristische Auskünfte im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung bzw. der Stillhaltefrist sei es nicht gegangen. Diese Angaben wurden in der Folge von Prof. S*** bestätigt.

Hr. M*** erläuterte weiters, dass Hr. L*** die rechtlichen Implikationen der Zuschlagsentscheidung telefonisch mit dem Rechtsanwalt der Antragstellerin erläutert habe; dies jedoch erst nach dem 15.4.2009.

Über Befragen des Vorsitzenden erläuterte L***, dass er, Hr. N***, Hr. K*** bzw. Hr. M*** sich nicht dergestalt rechtlich informiert hätten, dass sie etwa im Bundesvergabegesetz oder im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz "Nachschau" gehalten hätten. Hr. M*** erklärte, dass dies nicht geschehen sei, da die Rückkehr des Hrn. K*** aus dem Urlaub abgewartet hätten werden sollen (müssen); dies, da Hr. K*** in finanziellen Angelegenheiten "das letzte Wort habe".

Herr K*** führte aus, dass die Antragstellerin aufgrund der der Zuschlagsentscheidung beigelegten Angebotsbewertung davon ausgegangen sei, das Verfahren - aufgrund vielfacher Rechtswidrigkeiten seitens des Auftraggebers - auch ohne rechtlichen Beistand gewinnen zu können. Auch habe "keine Not bestanden", vor Ende der genannten Stillhaltefrist einen Nachprüfungsantrag einbringen zu müssen. Für die Beauftragung eines Rechtsanwaltes sei es nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub am 14.4.2009 "schon zu spät gewesen".

Über Befragen erklärte Hr. L***, dass die Antragstellerin weder in Wien noch in der Schweiz noch in der BRD über eine Rechtsabteilung verfüge. Ob es im Unternehmen einen Juristen gebe, könne Hr. K*** nicht angeben. Im Gesamtunternehmen seien ca. XXX Mitarbeiter beschäftigt. Über Befragen erklärte Hr. L***, dass die Antragstellerin weder in Wien noch in der Schweiz noch in der BRD über eine Rechtsabteilung verfüge. Ob es im Unternehmen einen Juristen gebe, könne Hr. K*** nicht angeben. Im Gesamtunternehmen seien ca. römisch 30 Mitarbeiter beschäftigt.

Über Befragen des Vorsitzenden, ob die Antragstellerin öfter an öffentlichen Ausschreibung teilnehme, wurde dies von Hrn. L*** bejaht. Hr. N*** hingegen habe sich zum ersten Mal an einer öffentlichen Ausschreibung in Österreich beteiligt, da er dieses Gebiet erst kürzlich übernommen habe. In der Schweiz seien Ausschreibungen erst ab einem Auftragswert von 250.000,- SFR förmlich zu führen. Richtig sei, dass Hr. N*** in der Schweiz als Verkaufsberater an Ausschreibungen teilgenommen habe.

Über Befragen, ob die Antragstellerin bereits einmal mit einer Vergabekontrolle bzw. Vergabekontrollbehörden zu tun gehabt habe, wurde dies von Hr. K*** verneint. Über Befragen von RA X*** erläuterte Hr. K*** dass er für seinen Bereich in Deutschland mit Vergabenachprüfung noch nicht konfrontiert gewesen sei. Für das Gesamtunternehmen könne er dies aber nicht ausschließen.

Hr. K*** führte aus, dass die Zustimmung sowohl von L*** als auch von Hrn. P*** nicht entscheidend für die Stellung eines Nachprüfungsantrages sei.

Aufgrund der Vorbringen der Verfahrensparteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Das gegenständliche Verfahren wurde am 28.1.2009 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Auftraggeber ist die Technische Universität Wien. Vergebende Stelle ist die Universitäre Serviceeinrichtung für Transemissionselektronenmikroskopie (USTEM). Es handelt sich um einen Lieferauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf Euro XXX,-. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 25 Abs 5 BVergG vergeben werden, der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen. Das gegenständliche Verfahren wurde am 28.1.2009 im Amtlichen Lieferungsanzeiger bekannt gemacht. Auftraggeber ist die Technische Universität Wien. Vergebende Stelle ist die Universitäre Serviceeinrichtung für Transemissionselektronenmikroskopie (USTEM). Es handelt sich um einen Lieferauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf Euro römisch 30,-. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 25, Absatz 5, BVergG vergeben werden, der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen.

Schluss termin für den Eingang der Teilnahmeanträge war der 16.02.2009. Die Antragstellerin und der präsumtive Zuschlagsempfänger haben am 11.02.2009 Teilnahmeanträge abgegeben. Die Öffnung und Prüfung der

Teilnahmeanträge fand am 18.02.2009 statt. Der präsuntive Zuschlagsempfänger wurde mit Schreiben vom 18.02.2009 zur Nachreichung von Unterlagen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit aufgefordert. Die Nachreichung einer Bankauskunft erfolgte am 19.02.2009. Am selben Tag wurden den Bewerbern die Ausschreibungsunterlagen übermittelt. Der präsuntive Zuschlagsempfänger legte sein Angebot am 11.03.2009, die Antragstellerin ihres am 18.03.2009.

Die Angebotsöffnung fand am 20.03.2009 statt. Der Nettoangebotspreis des präsuntiven Zuschlagsempfängers beträgt Euro XXX.--, jener der Antragstellerin Euro XXX.--. Die Zuschlagsentscheidung vom 06.04.2009, lautend auf das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers, wurde den Bietern nachweislich am 6. April 2009 per Telefax übermittelt (vgl Vergabeakt; Faxprotokoll; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung). Das Ende der Stillhaltefrist wurde in der Zuschlagsentscheidung mit 15. April 2009 angegeben. Die Angebotsöffnung fand am 20.03.2009 statt. Der Nettoangebotspreis des präsuntiven Zuschlagsempfängers beträgt Euro römisch 30 .--, jener der Antragstellerin Euro römisch 30 .--. Die Zuschlagsentscheidung vom 06.04.2009, lautend auf das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers, wurde den Bietern nachweislich am 6. April 2009 per Telefax übermittelt (vergleiche Vergabeakt; Faxprotokoll; Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung). Das Ende der Stillhaltefrist wurde in der Zuschlagsentscheidung mit 15. April 2009 angegeben.

Die Zuschlagsentscheidung ist bei der Antragstellerin per Telefax in der Betriebsniederlassung Wien eingelangt. Die Sekretärin, Fr. Q***, leitete die Zuschlagsentscheidung per E-Mail am selben Tag an den zuständigen Produktverkaufsberater in der Schweiz, Hrn. N***, weiter (vgl. Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift, OZ 59, Seite 4). Die Zuschlagsentscheidung ist bei der Antragstellerin per Telefax in der Betriebsniederlassung Wien eingelangt. Die Sekretärin, Fr. Q***, leitete die Zuschlagsentscheidung per E-Mail am selben Tag an den zuständigen Produktverkaufsberater in der Schweiz, Hrn. N***, weiter (vergleiche Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift, OZ 59, Seite 4).

Handelsrechtliche Geschäftsführer der Antragstellerin sind O***, Herr T*** und Herr U***. Herr L*** und Herr P*** sind Prokuristen. Die Prokuristen sind gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem weiteren Gesamtprokuristen vertretungsbefugt (amtswegige Einschau im Firmenbuch vom 28.5.2009).

Für "rechtlich-administrative Belange" sind bei der Antragstellerin nach Auskunft von L*** (siehe Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4) O*** sowie die Prokuristen L*** und P*** zuständig. Hr. K***, Betriebsniederlassung in XXX, ist der Vorgesetzte von Hrn. N***. Hr. N*** ist der zuständige Produktverkaufsberater für die Schweiz und für Österreich. Sein "Homeoffice" befindet sich in St. Gallen. Für "rechtlich-administrative Belange" sind bei der Antragstellerin nach Auskunft von L*** (siehe Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4) O*** sowie die Prokuristen L*** und P*** zuständig. Hr. K***, Betriebsniederlassung in römisch 30 , ist der Vorgesetzte von Hrn. N***. Hr. N*** ist der zuständige Produktverkaufsberater für die Schweiz und für Österreich. Sein "Homeoffice" befindet sich in St. Gallen.

Hr. N*** hat seinen - von der Behörde nicht in Zweifel zu ziehenden - Angaben nach unmittelbar nach Erhalt der Zuschlagsentscheidung am 6.4.2009 versucht, mit Hrn. K*** Kontakt aufzunehmen, um abzuklären, welche Maßnahmen ergriffen werden sollten (vgl. die diesbezüglichen glaubwürdigen Angaben des Hrn. N***, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4). Die "inhaltliche" Entscheidung, ob ein Nachprüfungsantrag eingebracht wird oder nicht, trifft Herr K*** als für diese "Kostenstelle" verantwortlicher Manager (vgl Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5). Hr. N*** hat seinen - von der Behörde nicht in Zweifel zu ziehenden - Angaben nach unmittelbar nach Erhalt der Zuschlagsentscheidung am 6.4.2009 versucht, mit Hrn. K*** Kontakt aufzunehmen, um abzuklären, welche Maßnahmen ergriffen werden sollten (vergleiche die diesbezüglichen glaubwürdigen Angaben des Hrn. N***, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4). Die "inhaltliche" Entscheidung, ob ein Nachprüfungsantrag eingebracht wird oder nicht, trifft Herr K*** als für diese "Kostenstelle" verantwortlicher Manager (vergleiche Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5).

Da sich Hr. K*** in der Zeit vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 auf Urlaub befand (Anm: nachgewiesen durch eine Gästekarte der Gemeinde Ladis), hat Hr. N*** Hr. K*** erst nach dessen Rückkehr am 14.4.2009 erreicht. Eine Urlaubsvertretung im Zeitraum vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 hatte K*** nicht (vgl. Angaben K*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5). Da sich Hr. K*** in der Zeit vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 auf Urlaub

befand Anmerkung, nachgewiesen durch eine Gästekarte der Gemeinde Ladis), hat Hr. N*** Hr. K*** erst nach dessen Rückkehr am 14.4.2009 erreicht. Eine Urlaubsvertretung im Zeitraum vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 hatte K*** nicht vergliche Angaben K*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5).

Im Zeitraum der urlaubsbedingten Abwesenheit von K*** hat sich Hr. N*** nicht an eine organisatorisch übergeordnete Stelle gewandt, sondern die Rückkehr von K*** abgewartet. In der Zwischenzeit wurde lediglich intern diskutiert (Hr. N*** und Hr. M***), wie weiter vorgegangen werden solle. Die Diskussionen haben sich dabei hauptsächlich auf den "technischen Bereich" bezogen (vgl. die glaubwürdigen und schlüssig nachvollziehbaren Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4). Im Zeitraum der urlaubsbedingten Abwesenheit von K*** hat sich Hr. N*** nicht an eine organisatorisch übergeordnete Stelle gewandt, sondern die Rückkehr von K*** abgewartet. In der Zwischenzeit wurde lediglich intern diskutiert (Hr. N*** und Hr. M***), wie weiter vorgegangen werden solle. Die Diskussionen haben sich dabei hauptsächlich auf den "technischen Bereich" bezogen, vergleiche die glaubwürdigen und schlüssig nachvollziehbaren Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4).

Hr. N*** betreut den Verkauf der Produktpalette "Nanotechnologie" in Österreich und der Schweiz. Von seiner Ausbildung her ist er Techniker. Mit Ausnahme von Hr. O***, dieser ist von seiner Ausbildung her Betriebswirt, haben die übrigen Geschäftsführer bzw. die Prokuristen eine technische Ausbildung.

Die Antragstellerin ist davon ausgegangen, dass der letztmögliche Termin für die Einreichung eines Nachprüfungsantrags der 15. April 2009 ist (vgl. Angaben K***, Verhandlungsschrift OZ 59, Seiten 5/6/7). Die Antragstellerin ist davon ausgegangen, dass der letztmögliche Termin für die Einreichung eines Nachprüfungsantrags der 15. April 2009 ist, vergleiche Angaben K***, Verhandlungsschrift OZ 59, Seiten 5/6/7).

Hr. N*** ging davon aus, dass in der Stillhaltefrist ein Auftrag nicht erteilt werden dürfe und dass innerhalb dieser Frist ein allfälliger Nachprüfungsantrag einzubringen wäre. Nach Ansicht von Hr. N*** richtet sich die Stillhaltefrist in erster Linie an den Auftraggeber und erst in zweiter Linie an den Bieter. Hr. N*** hat angenommen, dass seitens des Bieters "eine Reaktion zu tätigen sein werde". Dass ein Bieter innerhalb der Stillhaltefrist "nichts tun dürfe" hat Hr. N*** nicht angenommen (vgl. die diesbezüglichen Angaben des Hr. N*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift, OZ 59, Seite 5). Hr. N*** ging davon aus, dass in der Stillhaltefrist ein Auftrag nicht erteilt werden dürfe und dass innerhalb dieser Frist ein allfälliger Nachprüfungsantrag einzubringen wäre. Nach Ansicht von Hr. N*** richtet sich die Stillhaltefrist in erster Linie an den Auftraggeber und erst in zweiter Linie an den Bieter. Hr. N*** hat angenommen, dass seitens des Bieters "eine Reaktion zu tätigen sein werde". Dass ein Bieter innerhalb der Stillhaltefrist "nichts tun dürfe" hat Hr. N*** nicht angenommen, vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Hr. N*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift, OZ 59, Seite 5).

Weder Hr. N***, Hr. L*** noch Hr. K*** haben im Zeitraum vom 6.4.2009 bis 15.4.2009 den Auftraggeber kontaktiert, um allfällige (juristische) Auskünfte zur Zuschlagsentscheidung bzw. zur Stillhaltefrist zu erhalten (vgl. die Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 6). Weder Hr. N***, Hr. L*** noch Hr. K*** haben im Zeitraum vom 6.4.2009 bis 15.4.2009 den Auftraggeber kontaktiert, um allfällige (juristische) Auskünfte zur Zuschlagsentscheidung bzw. zur Stillhaltefrist zu erhalten, vergleiche die Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 6).

Hr. M*** hat am 6. oder 7. April 2009 den zuständigen Betreuer des Projektes seitens USTEM, Prof. S***, angerufen. Das Telefonat des Hr. M*** mit Prof. S*** hatte "technisch - finanzielle Hintergründe". Um juristische Auskünfte im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung bzw. der Stillhaltefrist ist es in diesem Gespräch nicht gegangen (vgl. Angaben Hr. M*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, welche von Hr. Prof. S*** bestätigt wurden; Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 6). Hr. M*** hat am 6. oder 7. April 2009 den zuständigen Betreuer des Projektes seitens USTEM, Prof. S***, angerufen. Das Telefonat des Hr. M*** mit Prof. S*** hatte "technisch - finanzielle Hintergründe". Um juristische Auskünfte im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung bzw. der Stillhaltefrist ist es in diesem Gespräch nicht gegangen, vergleiche Angaben Hr. M*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, welche von Hr. Prof. S*** bestätigt wurden; Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 6).

Weder Hr. L***, Hr. N***, Hr. K*** noch Hr. M*** haben im Bundesvergabegesetz die Bestimmungen zur Zuschlagsentscheidung bzw. der Stillhaltefrist "nachgeschaut". Es wurde diesbezüglich die Rückkehr des Hr. K*** aus dem Urlaub abgewartet. Die Antragstellerin ist auf Grundlage der der Zuschlagsentscheidung beigelegten

Angebotsbewertung davon ausgegangen, dass ein Nachprüfungsverfahren - aufgrund der vielfachen Rechtswidrigkeiten seitens des Auftraggebers - auch ohne rechtlichen Beistand gewonnen werden kann (vgl. die diesbezüglichen Angaben des Hrn. K*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift, OZ 59, Seite 6). Die A*** verfügt weder in Österreich, noch in der Schweiz oder Deutschland über eine Rechtsabteilung. Das Gesamtunternehmen beschäftigt ca. XXX Mitarbeiter. Weder Hr. L***, Hr. N***, Hr. K*** noch Hr. M*** haben im Bundesvergabegesetz die Bestimmungen zur Zuschlagsentscheidung bzw. der Stillhaltefrist "nachgeschaut". Es wurde diesbezüglich die Rückkehr des Hrn. K*** aus dem Urlaub abgewartet. Die Antragstellerin ist auf Grundlage der der Zuschlagsentscheidung beigelegten Angebotsbewertung davon ausgegangen, dass ein Nachprüfungsverfahren - aufgrund der vielfachen Rechtswidrigkeiten seitens des Auftraggebers - auch ohne rechtlichen Beistand gewonnen werden kann vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Hrn. K*** in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2009, Verhandlungsschrift, OZ 59, Seite 6). Die A*** verfügt weder in Österreich, noch in der Schweiz oder Deutschland über eine Rechtsabteilung. Das Gesamtunternehmen beschäftigt ca. römisch 30 Mitarbeiter.

Die Entscheidung, die Zuschlagsentscheidung zu beeinspruchen, wurde von Hrn. K*** gemeinsam mit Hrn. N*** am 14. April 2009 getroffen. Unterfertigt wurde der Nachprüfungsantrag von Hrn. L*** und Hrn. P*** (siehe Vergabeakt). Die Prokuristen sind nach den internen "Regelungen" der Antragstellerin nicht allein befugt, einen Nachprüfungsantrag einzubringen (siehe Angaben K***, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 8).

Erst zu einem nach dem 15. April 2009 liegenden Zeitpunkt hat L*** die rechtlichen Implikationen der Zuschlagsentscheidung bzw der Stillhaltefrist mit dem Rechtsanwalt der Antragstellerin (RA Dr. Y***) telefonisch erörtert (siehe die diesbezüglichen glaubwürdigen Aussagen Hr. M***, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 6). Nach der Rückkehr von Hrn. K*** aus dem Urlaub (14.4.2009) war es nach dessen Angaben bereits zu spät, einen Rechtsanwalt zu beauftragen.

Die Antragstellerin beteiligt sich öfters an öffentlichen Ausschreibungen (vgl. die diesbezüglichen Angaben des L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 7). Hr. N*** hat sich zum ersten Mal an einer öffentlichen Ausschreibung in Österreich beteiligt. Er hat jedoch als Verkaufsberater mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen in der Schweiz teilgenommen. Die Antragstellerin beteiligt sich öfters an öffentlichen Ausschreibungen vergleiche die diesbezüglichen Angaben des L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 7). Hr. N*** hat sich zum ersten Mal an einer öffentlichen Ausschreibung in Österreich beteiligt. Er hat jedoch als Verkaufsberater mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen in der Schweiz teilgenommen.

Die Antragstellerin hat bisher keine Erfahrungen mit Vergabenachprüfungsverfahren bzw. -behörden. Auch Hr. K*** ist für "seinen Bereich" in Deutschland noch nicht mit Vergabenachprüfungen konfrontiert gewesen (Angaben K*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift, OZ 59, Seite 7).

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin datiert vom 15.04.2009. Mit Schreiben vom 20.04.2009 stellte die Antragstellerin (nach entsprechender Manuduktion durch die Behörde) einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das Verfahren wurde nicht widerrufen, ein Zuschlag noch nicht erteilt.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Technische Universität Wien ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Sie wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, ist zumindest teilrechtsfähig und wird überwiegend vom Bund finanziert. Die Technische Universität Wien ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Sie wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, ist zumindest teilrechtsfähig und wird überwiegend vom Bund finanziert.

Es handelt sich gegenständlich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf Euro XXX,-- exkl USt. Demnach liegt ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vor (vgl. § 12 Abs 3 BVergG; Schwellenwertverordnung EG Nr. 1422/2007 vom 5.12.2007). Es handelt sich gegenständlich um einen Lieferauftrag.

Der geschätzte Auftragswert beläuft sich auf Euro römisch 30 ,-- exkl USt. Demnach liegt ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vor vergleiche Paragraph 12, Absatz 3, BVergG; Schwellenwerteverordnung EG Nr. 1422 aus 2007, vom 5.12.2007).

Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 25 Abs 5 BVergG iVm § 38 Abs 1 BVergG vergeben werden. Die von der Antragstellerin bekämpfte Zuschlagsentscheidung stellt bei dieser Verfahrensart eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG dar. Der Auftrag soll in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd Paragraph 25, Absatz 5, BVergG in Verbindung mit Paragraph 38, Absatz eins, BVergG vergeben werden. Die von der Antragstellerin bekämpfte Zuschlagsentscheidung stellt bei dieser Verfahrensart eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG dar.

Die Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin nachweislich am 6. April 2009 zugegangen.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen einzubringen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 15. April 2009 wurde sohin außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist für die Einbringung von Nachprüfungsanträgen gestellt. Mit Schreiben vom 20. April 2009 stellte die Antragstellerin - welche nicht rechtsfreundlich vertreten ist - einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 Abs 1 AVG 1991 (Anm: siehe hiezu im Einzelnen unter Spruchpunkt I.). Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen einzubringen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 15. April 2009 wurde sohin außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist für die Einbringung von Nachprüfungsanträgen gestellt. Mit Schreiben vom 20. April 2009 stellte die Antragstellerin - welche nicht rechtsfreundlich vertreten ist - einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG 1991 Anmerkung, siehe hiezu im Einzelnen unter Spruchpunkt römisch eins.).

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher insofern zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I:

Die Zuschlagsentscheidung ist die an die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (§ 2 Z 48 BVergG). Die Zuschlagsentscheidung ist die an die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (Paragraph 2, Ziffer 48, BVergG).

Gemäß § 131 BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter un verzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. [...]. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Gemäß Paragraph 131, BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter un verzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. [...]. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bieter das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Paragraph 132,, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben

[....].

Die Regel des § 131 BVergG verpflichtet den Auftraggeber somit, dem Bieter in der Zuschlagsentscheidung des Ende der Stillhaltefrist anzugeben. Zur Angabe der Frist, innerhalb der ein Nachprüfungsantrag einzubringen ist, ist ein Auftraggeber nach dieser Bestimmung hingegen nicht verhalten. Die Regel des Paragraph 131, BVergG verpflichtet den Auftraggeber somit, dem Bieter in der Zuschlagsentscheidung des Ende der Stillhaltefrist anzugeben. Zur Angabe der Frist, innerhalb der ein Nachprüfungsantrag einzubringen ist, ist ein Auftraggeber nach dieser Bestimmung hingegen nicht verhalten.

Gemäß § 132 Abs 1 BVergG darf der Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen erteilt werden. Die Stillhaltefrist beginnt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung [...]. Im Falle der Vergabe von Aufträgen [...] nach Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Gemäß Paragraph 132, Absatz eins, BVergG darf der Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen erteilt werden. Die Stillhaltefrist beginnt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung [...]. Im Falle der Vergabe von Aufträgen [...] nach Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage.

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen einzubringen. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen einzubringen.

Nach dem System des BVergG 2006 ist die verfahrensrechtliche Frist des § 321 leg.cit. zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages von der materiellrechtlichen Stillhaltefrist (§ 132 BVergG) "entkoppelt" und grundsätzlich von dieser zu unterscheiden. Nach dem System des BVergG 2006 ist die verfahrensrechtliche Frist des Paragraph 321, leg.cit. zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages von der materiellrechtlichen Stillhaltefrist (Paragraph 132, BVergG) "entkoppelt" und grundsätzlich von dieser zu unterscheiden.

Mit dem Zugang der Zuschlagsentscheidung, die den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu nennen hat, erlangt der Bieter Kenntnis von der getroffenen (gesondert anfechtbaren) Zuschlagsentscheidung. Damit beginnt für den Bieter die Frist des § 321 Abs 1 BVergG zu laufen, innerhalb der ein Nachprüfungsantrag eingebracht werden kann. Für das hier vorliegende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vgl § 321 Abs 1 Z 5 BVergG, wonach im Unterschwellenbereich Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen sind, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. In der Regelung des § 321 BVergG wird die Stillhaltefrist demnach nicht einmal erwähnt. Mit dem Zugang der Zuschlagsentscheidung, die den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu nennen hat, erlangt der Bieter Kenntnis von der getroffenen (gesondert anfechtbaren) Zuschlagsentscheidung. Damit beginnt für den Bieter die Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG zu laufen, innerhalb der ein Nachprüfungsantrag eingebracht werden kann. Für das hier vorliegende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vergleiche Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wonach im Unterschwellenbereich Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen sind, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. In der Regelung des Paragraph 321, BVergG wird die Stillhaltefrist demnach nicht einmal erwähnt.

Von der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages ist die - an den Auftraggeber adressierte - Stillhaltefrist zu unterscheiden. Innerhalb der Stillhaltefrist darf bei sonstiger absoluter Nichtigkeit der Zuschlag nicht erteilt werden (§ 132 Abs 1 BVergG); vgl Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 131 Rz 40. Von der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages ist die - an den Auftraggeber adressierte - Stillhaltefrist zu unterscheiden. Innerhalb der Stillhaltefrist darf bei sonstiger absoluter Nichtigkeit der Zuschlag nicht erteilt werden (Paragraph 132, Absatz eins, BVergG); vergleiche Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 131, Rz 40.

Anders als nach dem BVergG 2002 ist die Stillhaltefrist nicht zugleich die Frist für die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und müssen Stillhaltefrist und Antragsfrist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages nicht notwendiger Weise übereinstimmen. So gibt es durchaus Fälle, in denen die Anfechtungsfrist kürzer als die Stillhaltefrist ist. § 321 BVergG 2006 verweist in seinen Regelungen für die Fristen für Nachprüfungsanträge dem entsprechend auch nicht mehr auf die Stillhaltefrist des § 132 BVergG 2006 (siehe oben). Vielmehr ist die Nachprüfungsfrist in § 321 BVergG 2006 "autonom" geregelt (so Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, § 132, Rz 4). Anders als nach dem BVergG 2002 ist die Stillhaltefrist nicht zugleich die Frist für die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung und müssen Stillhaltefrist und Antragsfrist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages nicht notwendiger Weise übereinstimmen. So gibt es durchaus Fälle, in denen die

Anfechtungsfrist kürzer als die Stillhaltefrist ist. Paragraph 321, BVergG 2006 verweist in seinen Regelungen für die Fristen für Nachprüfungsanträge dem entsprechend auch nicht mehr auf die Stillhaltefrist des Paragraph 132, BVergG 2006 (siehe oben). Vielmehr ist die Nachprüfungsfrist in Paragraph 321, BVergG 2006 "autonom" geregelt (so Aicher, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Paragraph 132,, Rz 4).

Bereits an dieser Stelle sei vorausgeschickt, dass die Antragstellerin mit Zugang der Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die B*** - und damit von der hier relevanten gesondert anfechtbaren Zuschlagsentscheidung - nachweislich am 6.4.2009 Kenntnis erlangt hat. Dies wurde auch von der Antragstellerin nicht bestritten (vgl Angaben des L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 3). Bereits an dieser Stelle sei vorausgeschickt, dass die Antragstellerin mit Zugang der Zuschlagsentscheidung am 6. April 2009 von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die B*** - und damit von der hier relevanten gesondert anfechtbaren Zuschlagsentscheidung - nachweislich am 6.4.2009 Kenntnis erlangt hat. Dies wurde auch von der Antragstellerin nicht bestritten vergleiche Angaben des L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 3).

Die Antragstellerin ist fälschlicher Weise davon ausgegangen, dass das Ende der Stillhaltefrist zugleich auch das Ende der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages sei. Die Antragstellerin ist diesbezüglich einem Rechtsirrtum unterlegen, der zu einer Fristversäumung geführt hat.

Zu klären ist daher, ob die Versäumung der Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrages in der konkret vorliegenden Konstellation einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG zugänglich ist. Zu klären ist daher, ob die Versäumung der Frist zur Einbringung des Nachprüfungsantrages in der konkret vorliegenden Konstellation einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, AVG zugänglich ist.

§ 71 AVG lautet: Paragraph 71, AVG lautet:

1. 1.Ziffer eins

Gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn:

1. a) Litera a

die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, oder

2. b) Litera b

die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angabe enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei.

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Wiedereinsetzung muss binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden.

1. 3.Ziffer 3

Im Falle der Versäumung einer Frist hat die Partei die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen.

1. 4.Ziffer 4

Zur Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist die Behörde berufen, bei der die versäumte Handlung vorzunehmen war oder die die versäumte Handlung angeordnet oder die unrichtige Rechtsmittelbelehrung erteilt hat.

Gegenständlich handelt es sich um einen Lieferauftrag im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert exkl USt Euro XXX,-). Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin nachweislich am 6. April 2009 bekannt gegeben. Die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages ist somit grundsätzlich am 13. April 2009 abgelaufen. Da das Ende der (verfahrensrechtlichen) Frist jedoch auf einen gesetzlichen Feiertag gefallen ist (Anm: Ostermontag), wäre der nächste Werktag (Anm: Dienstag 14. April 2009) der letzte Tag der Frist für das Einbringen eines Nachprüfungsantrages gewesen (vgl § 33 Abs 2 AVG). Gegenständlich handelt es sich um einen Lieferauftrag im Unterschwellenbereich (geschätzter Auftragswert exkl USt Euro römisch 30 ,--). Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin

nachweislich am 6. April 2009 bekannt gegeben. Die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages ist somit grundsätzlich am 13. April 2009 abgelaufen. Da das Ende der (verfahrensrechtlichen) Frist jedoch auf einen gesetzlichen Feiertag gefallen ist (Anmerkung, Ostermontag), wäre der nächste Werktag (Anmerkung, Dienstag 14. April 2009) der letzte Tag der Frist für das Einbringen eines Nachprüfungsantrages gewesen (vergleiche Paragraph 33, Absatz 2, AVG).

Der Nachprüfungsantrag wurde jedoch am 15. April 2009 - und somit außerhalb der gesetzlichen Frist für die Einbringung eines Nachprüfungsantrages - eingebracht. Die Antragstellerin hat somit die Frist zum Einbringen eines Nachprüfungsantrages versäumt.

Am 20. April 2009 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß 71 AVG gestellt. Der Wiedereinsetzungsantrag richtet sich gegen die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Als "Wiedereinsetzungsgrund" wurde seitens der Antragstellerin angeführt, dass das Ende der Stillhaltefrist vom Auftraggeber mit 15.4.2009 angegeben worden und somit der Nachprüfungsantrag vom 15.4.2009 "fristgerecht eingebracht" worden sei. Einen "weiteren" Wiedereinsetzungsgrund brachte die Antragstellerin nicht vor. Am 20. April 2009 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71, AVG gestellt. Der Wiedereinsetzungsantrag richtet sich gegen die Versäumung der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung. Als "Wiedereinsetzungsgrund" wurde seitens der Antragstellerin angeführt, dass das Ende der Stillhaltefrist vom Auftraggeber mit 15.4.2009 angegeben worden und somit der Nachprüfungsantrag vom 15.4.2009 "fristgerecht eingebracht" worden sei. Einen "weiteren" Wiedereinsetzungsgrund brachte die Antragstellerin nicht vor.

Hiezu ist Folgendes anzumerken:

Bei den Antragsfristen nach dem BVergG (§ 321 BVergG 2006) handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den §§ 32ff AVG zu erfolgen hat. Gegen die Versäumung verfahrensrechtlicher Fristen steht grundsätzlich das Rechtsinstrument der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71ff AVG offen (vgl. Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, § 321 Rz 2 und 32). Die Wiedereinsetzung kommt nur bei der Versäumung verfahrensrechtlicher Fristen in Betracht (VwGH 15.03.1995, 95/01/0035). Bei den Antragsfristen nach dem BVergG (Paragraph 321, BVergG 2006) handelt es sich um verfahrensrechtliche Fristen, deren Berechnung nach den Paragraphen 32 f, f, AVG zu erfolgen hat. Gegen die Versäumung verfahrensrechtlicher Fristen steht grundsätzlich das Rechtsinstrument der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß Paragraph 71 f, f, AVG offen (vergleiche Pointner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 321, Rz 2 und 32). Die Wiedereinsetzung kommt nur bei der Versäumung verfahrensrechtlicher Fristen in Betracht (VwGH 15.03.1995, 95/01/0035).

Gegenständlich hat die Antragstellerin eine verfahrensrechtliche Frist versäumt. Eine Wiedereinsetzung kann auch während eines noch laufenden Verfahrens erfolgen (vgl. Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 306). Gegenständlich hat die Antragstellerin eine verfahrensrechtliche Frist versäumt. Eine Wiedereinsetzung kann auch während eines noch laufenden Verfahrens erfolgen (vergleiche Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 306).

Versäumt ist eine Frist dann, wenn der Lauf der Frist für eine Prozesshandlung durch den gesetzlich vorgesehenen Akt (hier: die Zuschlagsentscheidung) ausgelöst wurde und die Frist (hier grundsätzlich sieben Tage) ungenützt verstrichen ist. Die Partei muss durch die Versäumung der Frist oder der Verhandlung einen Rechtsnachteil erleiden. Dies bedeutet, dass sie wegen der Versäumung der Frist eine sonst mögliche Prozesshandlung (hier Einbringung eines Nachprüfungsantrages) nicht mehr setzen kann. Ob die versäumte Prozesshandlung erfolgreich gewesen wäre, ist für die Frage der Wiedereinsetzung nach herrschender Ansicht ohne Bedeutung (vgl. Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 307). Versäumt ist eine Frist dann, wenn der Lauf der Frist für eine Prozesshandlung durch den gesetzlich vorgesehenen Akt (hier: die Zuschlagsentscheidung) ausgelöst wurde und die Frist (hier grundsätzlich sieben Tage) ungenützt verstrichen ist. Die Partei muss durch die Versäumung der Frist oder der Verhandlung einen Rechtsnachteil erleiden. Dies bedeutet, dass sie wegen der Versäumung der Frist eine sonst mögliche Prozesshandlung (hier Einbringung eines Nachprüfungsantrages) nicht mehr setzen kann. Ob die versäumte Prozesshandlung erfolgreich gewesen wäre, ist für die Frage der Wiedereinsetzung nach herrschender Ansicht ohne Bedeutung (vergleiche Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 307).

Voraussetzung für die Bewilligung der Wiedereinsetzung ist das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes. Ein solcher ist gegeben, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie daran kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft.

Nach der jüngeren Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 6.5.2004, 2001/20/0195, mwN) kann auch ein Rechtsirrtum - Unkenntnis von Rechtsvorschriften - einen Wiedereinsetzungsgrund darstellen. Dies jedoch nur unter der Bedingung, dass die weiteren Voraussetzungen, insbesondere mangelndes Verschulden bzw. milderer Grad des Versehens, vorliegen (vgl. Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 308). Nach der jüngeren Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 6.5.2004, 2001/20/0195, mwN) kann auch ein Rechtsirrtum - Unkenntnis von Rechtsvorschriften - einen Wiedereinsetzungsgrund darstellen. Dies jedoch nur unter der Bedingung, dass die weiteren Voraussetzungen, insbesondere mangelndes Verschulden bzw. milderer Grad des Versehens, vorliegen (vergleiche Thienel, Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 308).

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Ereignis unabwendbar ist, kommt es nach der Rechtssprechung (z.B. VwGH 24.1.1996, 94/12/0179) auf objektive Umstände an; nämlich darauf, ob das Ereignis auch von einem Durchschnittsmenschen objektiv nicht verhindert werden kann.

Ob ein Ereignis unvorhergesehen ist, hängt demgegenüber nach der Rechtssprechung nicht von einer objektiven Durchschnittsbetrachtung, sondern vom konkreten Ablauf der Geschehnisse ab. Unvorhergesehen ist ein Ereignis dann, wenn es von der Partei tatsächlich nicht einberechnet wurde und mit zumutbarer Vorsicht auch nicht vorhergesehen werden konnte (z.B. VwGH 3.4.2001, 2000/08/0214).

Ein Verschulden der Partei hindert die Wiedereinsetzung nur dann nicht, wenn es sich dabei lediglich um einen milderer Grad des Versehens (leichte Fahrlässigkeit) handelt. Eine solche liegt dann vor, wenn der Partei ein Fehler unterläuft, der gelegentlich auch einer sorgfältigen Person unterlaufen kann (z.B. VwGH 20.6.2002, 2002/20/0230), wobei bei einem rechtskundigen Parteienvertreter ein höherer Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist (z.B. VwGH 22.1.2003, 2002/04/0136). Ausgeschlossen ist die Wiedereinsetzung dann, wenn der Partei Vorsatz oder offenkundige Sorglosigkeit vorzuwerfen ist.

Der geltend gemachte Wiedereinsetzungsgrund muss schon im Wiedereinsetzungsantrag bezeichnet und sein Vorliegen glaubhaft gemacht werden. Die Partei muss also jene Umstände, durch die sie an der Vornahme der Prozesshandlung gehindert wurde, konkret beschreiben. Glaubhaftmachung bedeutet, dass der Antragsteller Beweismittel anbieten muss, durch die die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens des Wiedereinsetzungsgrundes dargetan wird. Die Behörde hat allein das Vorliegen des geltend gemachten Wiedereinsetzungsgrundes zu prüfen; eine amtswegige Prüfung, ob allenfalls weitere Gründe für eine Wiedereinsetzung vorliegen, ist nicht vorgesehen. Nach Ablauf der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag kann der geltend gemachte Wiedereinsetzungsgrund auch nicht mehr ausgewechselt werden (z.B. VwGH 25.2.2003, 2002/10/0223).

Wird die Wiedereinsetzung wegen Versäumung einer Frist beantragt, hat die Partei nach § 71 Abs 3 AVG die versäumte Handlung (hier den Nachprüfungsantrag) gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen. Nach der neuen Rechtssprechung muss aber eine bereits - verspätet - gesetzte Prozesshandlung nicht (gemeinsam mit dem Wiedereinsetzungsantrag) nochmals gesetzt werden. Eine, wenn auch verspätet, bereits gesetzte Prozesshandlung, muss nicht iSd § 46 Abs 3 2. Satz VwGG nachgeholt werden [VwGH verstärkter Senat 19.1.1977, Slg 9226A; Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, Seite 1067, § 71 AVG, Rz 3b)]. Wird die Wiedereinsetzung wegen Versäumung einer Frist beantragt, hat die Partei nach Paragraph 71, Absatz 3, AVG die versäumte Handlung (hier den Nachprüfungsantrag) gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen. Nach der neuen Rechtssprechung muss aber eine bereits - verspätet - gesetzte Prozesshandlung nicht (gemeinsam mit dem Wiedereinsetzungsantrag) nochmals gesetzt werden. Eine, wenn auch verspätet, bereits gesetzte Prozesshandlung, muss nicht iSd Paragraph 46, Absatz 3, 2. Satz VwGG nachgeholt werden [VwGH verstärkter Senat 19.1.1977, Slg 9226A; Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 6. Auflage, Seite 1067, Paragraph 71, AVG, Rz 3b)].

Nach dem Gesagten ist somit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfüllt sind:

In ihrem Wiedereinsetzungsantrag vom 20. April 2009 brachte die Antragstellerin ausschließlich vor, dass in der Zuschlagsentscheidung vom 6. April 2009 das Ende der Stillhaltefrist mit 15. April 2009 angegeben worden sei.

Daraus ist zu folgern, dass die Antragstellerin fälschlicher Weise davon ausgegangen ist, dass der letzte Tag der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung mit dem letzten Tag der Stillhaltefrist ident und damit der 15. April 2009 sei (vgl. Angaben des Herrn N*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.6.2009, VH-Schrift OZ 59, Seite 5; K***, Seite 7). Die Antragstellerin ist also - aufgrund der Angaben des Auftraggebers zum Ende der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung (15.4.2009) - davon ausgegangen, dass der letztmögliche Tag zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der 15. April 2009 wäre. Die Antragstellerin ist daher irriger Weise davon ausgegangen, dass gegenständlich ein Nachprüfungsantrag bis zum Ende der Stillhaltefrist eingebracht werden könnte. Daraus ist zu folgern, dass die Antragstellerin fälschlicher Weise davon ausgegangen ist, dass der letzte Tag der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung mit dem letzten Tag der Stillhaltefrist ident und damit der 15. April 2009 sei (vergleiche Angaben des Herrn N*** in der mündlichen Verhandlung vom 2.6.2009, VH-Schrift OZ 59, Seite 5; K***, Seite 7). Die Antragstellerin ist also - aufgrund der Angaben des Auftraggebers zum Ende der Stillhaltefrist in der Zuschlagsentscheidung (15.4.2009) - davon ausgegangen, dass der letztmögliche Tag zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der 15. April 2009 wäre. Die Antragstellerin ist daher irriger Weise davon ausgegangen, dass gegenständlich ein Nachprüfungsantrag bis zum Ende der Stillhaltefrist eingebracht werden könnte.

Die Antragstellerin hat somit die Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG versäumt. Die Antragstellerin ist - da sie den ihr in der Zuschlagsentscheidung mitgeteilten Ablauf der Stillhaltefrist mit dem Fristende für das Einbringen eines Nachprüfungsantrages gleichgesetzt hat - somit einem Rechtsirrtum unterlegen. Die Antragstellerin hat somit die Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG versäumt. Die Antragstellerin ist - da sie den ihr in der Zuschlagsentscheidung mitgeteilten Ablauf der Stillhaltefrist mit dem Fristende für das Einbringen eines Nachprüfungsantrages gleichgesetzt hat - somit einem Rechtsirrtum unterlegen.

Ein "Ereignis" iSd § 71 Abs 1 Z 1 AVG kann nach der Judikatur des VwGH nicht nur ein "äußeres" Ereignis, sondern auch ein "Irrtum" sein (VwGH 31.4.2001, 2001/20/0266, VwGH 1.9.2005, 2005/20/0410). Nach der jüngeren Judikatur des VwGH kann auch ein Rechtsirrtum ein solches maßgebliches Ereignis iSd § 71 Abs 1 Z 1 AVG darstellen (VwGH 7.6.2000, 99/01/0337; VwGH 18.4.2002, 2001/01/0559; VwGH 20.4.2005, 2004/20/0435; BVA 12.5.2009, N/0014- BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22). Ein "Ereignis" iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG kann nach der Judikatur des VwGH nicht nur ein "äußeres" Ereignis, sondern auch ein "Irrtum" sein (VwGH 31.4.2001, 2001/20/0266, VwGH 1.9.2005, 2005/20/0410). Nach der jüngeren Judikatur des VwGH kann auch ein Rechtsirrtum ein solches maßgebliches Ereignis iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG darstellen (VwGH 7.6.2000, 99/01/0337; VwGH 18.4.2002, 2001/01/0559; VwGH 20.4.2005, 2004/20/0435; BVA 12.5.2009, N/0014- BVA/04/2009-28 und N/0025-BVA/04/2009-22).

Die Frage, ob aufgrund eines Irrtums die Wiedereinsetzung zu bewilligen ist, ist jedoch stets von der Verschuldensfrage abhängig. So käme eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im konkreten Fall nach den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben nur bei Vorliegen eines minderen Grades des Versehens der Antragstellerin in Betracht (vgl. auch BVA 12.5.2009, N/0014-BVA/04/2009-28, N/0025-BVA/04/2009-22). Die Frage, ob aufgrund eines Irrtums die Wiedereinsetzung zu bewilligen ist, ist jedoch stets von der Verschuldensfrage abhängig. So käme eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im konkreten Fall nach den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben nur bei Vorliegen eines minderen Grades des Versehens der Antragstellerin in Betracht (vergleiche auch BVA 12.5.2009, N/0014-BVA/04/2009-28, N/0025-BVA/04/2009-22).

Zunächst ist zu klären, ob das maßgebliche "Ereignis" (Anm: der Rechtsirrtum), das zur Versäumung der Antragsfrist geführt hat, ein "unabwendbares" Ereignis iSd § 71 Abs 1 Z 1 AVG darstellt. Zunächst ist zu klären, ob das maßgebliche "Ereignis" (Anmerkung, der Rechtsirrtum), das zur Versäumung der Antragsfrist geführt hat, ein "unabwendbares" Ereignis iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG darstellt.

Dabei kommt es nach der Rechtsprechung auf objektive Umstände an, nämlich darauf, ob dieses Ereignis auch von einem Durchschnittsmenschen objektiv nicht verhindert werden kann (Thienel in Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 308; VwGH 24.1.1996, 94/12/0179).

Das Ereignis, das zur Fristversäumnis geführt hat, nämlich der bereits dargestellte Rechtsirrtum, der in der irrigen Gleichsetzung von Stillhaltefrist und Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung besteht, ist jedoch grundsätzlich nicht als Ereignis zu qualifizieren, das von einem Durchschnittsmenschen nicht verhindert werden könnte. Dieses Ereignis ist sohin nicht als "unabwendbares" Ereignis iSd § 71 Abs 1 Z 1 AVG zu werten. Das Ereignis, das zur

Fristversäumnis geführt hat, nämlich der bereits dargestellte Rechtsirrtum, der in der irrigen Gleichsetzung von Stillhaltefrist und Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung besteht, ist jedoch grundsätzlich nicht als Ereignis zu qualifizieren, das von einem Durchschnittsmenschen nicht verhindert werden könnte. Dieses Ereignis ist sohin nicht als "unabwendbares" Ereignis iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG zu werten.

In weiterer Folge ist daher zu klären, ob der "alternative" Tatbestand eines unvorhergesehenen Ereignisses iSd § 71 Abs 1 Z 1 AVG verwirklicht ist. Es ist somit zu prüfen, ob der Rechtsirrtum, in dem sich die Antragstellerin befunden hat, ein "unvorhergesehenes" Ereignis iSd § 71 Abs 1 Z 1 AVG darstellt. In weiterer Folge ist daher zu klären, ob der "alternative" Tatbestand eines unvorhergesehenen Ereignisses iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG verwirklicht ist. Es ist somit zu prüfen, ob der Rechtsirrtum, in dem sich die Antragstellerin befunden hat, ein "unvorhergesehenes" Ereignis iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG darstellt.

Die Beurteilung, ob ein unvorhergesehenes Ereignis nach der zitierten Bestimmung vorliegt, hängt nach der Rechtsprechung nicht von einer objektiven Durchschnittsbetrachtung, sondern vom konkreten Ablauf der Geschehnisse ab. Unvorhergesehen ist ein Ereignis dann, wenn es von der Partei tatsächlich nicht einberechnet wurde und mit zumutbarer Vorsicht auch nicht vorhergesehen werden konnte (vgl. Thienel in Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 308; VwGH 3.4.2001, 2000/08/0214). Die Beurteilung, ob ein unvorhergesehenes Ereignis nach der zitierten Bestimmung vorliegt, hängt nach der Rechtsprechung nicht von einer objektiven Durchschnittsbetrachtung, sondern vom konkreten Ablauf der Geschehnisse ab. Unvorhergesehen ist ein Ereignis dann, wenn es von der Partei tatsächlich nicht einberechnet wurde und mit zumutbarer Vorsicht auch nicht vorhergesehen werden konnte (vergleiche Thienel in Verwaltungsverfahrenrecht, Seite 308; VwGH 3.4.2001, 2000/08/0214).

Die Antragstellerin ist nach ihren eigenen Angaben davon ausgegangen, dass das vom Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung angegebene Ende der Stillhaltefrist zugleich auch jenen Zeitpunkt markiert, bis zu dem ein allfälliger Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung eingebracht werden kann. Insofern wurde das maßgebliche "Ereignis" (Rechtsirrtum hinsichtlich Identität von Stillhaltefrist und Antragsfrist) von der Antragstellerin tatsächlich nicht einberechnet [vgl. Angaben Hr. N*** in der mündlichen Verhandlung....."dass in dieser Frist ein Nachprüfungsantrag einzubringen sei" (Verhandlungsschrift Seite 5); Angaben K*** in der mündlichen Verhandlung, dass....." auch habe keine Not bestanden, vor der genannten Stillhaltefrist einen Nachprüfungsantrag einleiten zu müssen" (Verhandlungsschrift Seiten 6/7)].

Zusätzlich dazu, und zwar als kumulative Voraussetzung, muss dieses Ereignis von der betreffenden Partei jedoch auch bei zumutbarer Vorsicht nicht vorherzusehen gewesen sein.

Es ist damit zu klären, ob die Antragstellerin im Hinblick auf ihr Verhalten - welches zu dem beschriebenen unvorhergesehenen Ereignis geführt hat - bloß ein mindereres Grades des Versehens trifft. Nur für den Fall, dass die Antragstellerin ein Verschulden iS eines bloß minderen Grades des Versehens (leichte Fahrlässigkeit) trifft, kann eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt werden.

Wie im Folgenden auseinander gesetzt wird, ist ein bloß mindereres Grad des Versehens der Antragstellerin jedoch nicht gegeben:

Für "rechtlich-administrative Belange" sind bei der Antragstellerin O*** sowie die Prokuristen L*** und P*** zuständig (vgl. Angaben L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4). Herr N*** ist der zuständige Produktverkaufsberater für die Produktpalette "Nanotechnologie" für Österreich und die Schweiz. Sein "Home-Office" befindet sich in St. Gallen. K***, dessen "Home-Office" sich in XXX, BRD, befindet, ist der Vorgesetzte von Herrn N*** und ist letztendlich verantwortlich für die Frage, ob ein Nachprüfungsantrag eingebracht wird oder nicht (Verantwortlicher der entsprechenden "Kostenstelle"; vgl. Verhandlungsschrift Seite 5). Weder Herr P*** noch Herr L*** dürfen diese Entscheidung ohne die "Zustimmung" des Herrn K*** treffen. Die Entscheidung, einen Nachprüfungsantrag einzubringen, wurde von K*** gemeinsam mit Herrn N*** am 14.4.2009 getroffen. Unterzeichnet

wurde der Nachprüfungsantrag von den Prokuristen L*** und P*** (vgl Verhandlungsschrift Seite 4).Für "rechtlich-administrative Belange" sind bei der Antragstellerin O*** sowie die Prokuristen L*** und P*** zuständig vergleiche Angaben L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 4). Herr N*** ist der zuständige Produktverkaufsberater für die Produktpalette "Nanotechnologie" für Österreich und die Schweiz. Sein "Home-Office" befindet sich in St. Gallen. K***, dessen "Home-Office" sich in römisch 30 , BRD, befindet, ist der Vorgesetzte von Herrn N*** und ist letztendlich verantwortlich für die Frage, ob ein Nachprüfungsantrag eingebracht wird oder nicht (Verantwortlicher der entsprechenden "Kostenstelle"; vergleiche Verhandlungsschrift Seite 5). Weder Herr P*** noch Herr L*** dürfen diese Entscheidung ohne die "Zustimmung" des Herrn K*** treffen. Die Entscheidung, einen Nachprüfungsantrag einzubringen, wurde von K*** gemeinsam mit Herrn N*** am 14.4.2009 getroffen. Unterzeichnet wurde der Nachprüfungsantrag von den Prokuristen L*** und P*** vergleiche Verhandlungsschrift Seite 4).

Die Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009 ist der Antragstellerin am 6.4.2009 per Telefax übermittelt worden. Frau Q***, Sekretärin in der Betriebsniederlassung Wien, hat die Zuschlagsentscheidung noch am selben Tag per E-Mail an den Produktverantwortlichen Herrn N*** weitergeleitet (vgl Verhandlungsschrift Seite 4).Die Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009 ist der Antragstellerin am 6.4.2009 per Telefax übermittelt worden. Frau Q***, Sekretärin in der Betriebsniederlassung Wien, hat die Zuschlagsentscheidung noch am selben Tag per E-Mail an den Produktverantwortlichen Herrn N*** weitergeleitet vergleiche Verhandlungsschrift Seite 4).

Herr N*** hat nach eigenen Angaben umgehend versucht, mit seinem Vorgesetzten K*** Kontakt aufzunehmen, um zu klären, welche Maßnahmen seitens der Antragstellerin gesetzt werden sollten. Herr K*** befand sich in der Zeit vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 auf Urlaub (Anm: nachgewiesen durch Vorlage einer Gästekarte der Gemeinde Ladis in der mündlichen Verhandlung) und konnte daher von Herrn N*** erst nach seiner Rückkehr am 14.4.2009 kontaktiert werden. K*** hatte keine Urlaubsvertretung (Angaben K*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5).Herr N*** hat nach eigenen Angaben umgehend versucht, mit seinem Vorgesetzten K*** Kontakt aufzunehmen, um zu klären, welche Maßnahmen seitens der Antragstellerin gesetzt werden sollten. Herr K*** befand sich in der Zeit vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 auf Urlaub Anmerkung, nachgewiesen durch Vorlage einer Gästekarte der Gemeinde Ladis in der mündlichen Verhandlung) und konnte daher von Herrn N*** erst nach seiner Rückkehr am 14.4.2009 kontaktiert werden. K*** hatte keine Urlaubsvertretung (Angaben K*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5).

Herr N*** hat sich im Zeitraum der urlaubsbedingten Abwesenheit des K*** an keine "organisatorisch übergeordnete Stelle" gewandt, sondern bloß die Rückkehr des K*** aus dem Urlaub abgewartet. In der Zwischenzeit haben Herr N*** und Herr M*** lediglich "intern" - und auch dies vorwiegend nur über technische Belange des Auftrages, nicht aber über allenfalls zu ergreifende Maßnahmen gegen die Zuschlagsentscheidung- diskutiert.

Weder Herr N***, Herr L*** noch Herr P*** sind in der Zeit zwischen dem 6.4.2009 und dem 15.4.2009 etwa an den Auftraggeber um Auskünfte zur Zuschlagsentscheidung bzw zu der in der Zuschlagsentscheidung genannten Stillhaltefrist, herantreten. Herr M*** hat am 6.4.2009 oder am 7.4.2009 zwar den zuständigen Projektbetreuer der USTEM, Herrn Professor S***, telefonisch kontaktiert. Auch bei diesem Telefonat ging es jedoch allein um "technisch-finanzielle" Aspekte des Vergabeverfahrens, nicht jedoch um allfällige rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung (vgl die übereinstimmenden Angaben des Herrn M*** sowie des Prof. S*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift Seite 6).Weder Herr N***, Herr L*** noch Herr P*** sind in der Zeit zwischen dem 6.4.2009 und dem 15.4.2009 etwa an den Auftraggeber um Auskünfte zur Zuschlagsentscheidung bzw zu der in der Zuschlagsentscheidung genannten Stillhaltefrist, herantreten. Herr M*** hat am 6.4.2009 oder am 7.4.2009 zwar den zuständigen Projektbetreuer der USTEM, Herrn Professor S***, telefonisch kontaktiert. Auch bei diesem Telefonat ging es jedoch allein um "technisch-finanzielle" Aspekte des Vergabeverfahrens, nicht jedoch um allfällige rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Zuschlagsentscheidung vergleiche die übereinstimmenden Angaben des Herrn M*** sowie des Prof. S*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift Seite 6).

Erst zu einem nach dem 15.4.2009 liegenden Zeitpunkt hat L*** die rechtlichen Aspekte und Folgewirkungen der Zuschlagsentscheidung telefonisch mit dem Rechtsanwalt der Antragstellerin, RA Y***, erörtert (vgl Angaben Herr M***, Verhandlungsschrift, Seite 6).Erst zu einem nach dem 15.4.2009 liegenden Zeitpunkt hat L*** die rechtlichen Aspekte und Folgewirkungen der Zuschlagsentscheidung telefonisch mit dem Rechtsanwalt der Antragstellerin, RA Y***, erörtert vergleiche Angaben Herr M***, Verhandlungsschrift, Seite 6).

Die Antragstellerin ist, wie sie selbst angegeben hat, davon ausgegangen, dass sie ein Nachprüfungsverfahren ohnedies auch ohne rechtlichen Beistand gewinnen würde (vgl Angaben K***, Verhandlungsschrift Seite 6). Sie verfügt in der Betriebsniederlassung Wien und in den Niederlassungen in der Schweiz und in Deutschland über keine Rechtsabteilung. Sie hat jedoch bereits mehrfach an öffentlichen Ausschreibungen teilgenommen. Die Antragstellerin ist, wie sie selbst angegeben hat, davon ausgegangen, dass sie ein Nachprüfungsverfahren ohnedies auch ohne rechtlichen Beistand gewinnen würde vergleiche Angaben K***, Verhandlungsschrift Seite 6). Sie verfügt in der Betriebsniederlassung Wien und in den Niederlassungen in der Schweiz und in Deutschland über keine Rechtsabteilung. Sie hat jedoch bereits mehrfach an öffentlichen Ausschreibungen teilgenommen.

Die für "technisch-administrative Belange" zuständigen Beschäftigten der Antragstellerin in Österreich (O*** und die Prokuristen L*** und P***) sind von ihrer Ausbildung her Techniker. Auch der von Deutschland aus für den gegenständlichen Bereich (Kostenstelle) zuständige Verantwortliche, der die Letztentscheidung über die Einbringung eines Nachprüfungsantrages trifft, K***, ist Techniker. O*** ist von seiner Ausbildung her (auch) Betriebswirt. Eine Rechtsabteilung ist nicht vorhanden.

All diese im innerorganisatorischen Bereich der Antragstellerin liegenden Umstände vermögen jedoch ein einen bloß minderen Grad des Versehens übersteigendes Verschulden der Antragstellerin iSd § 71 Abs 1 Z 1 AVG am oben dargestellten Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Ganz im Gegenteil; gerade von (juristisch nicht einschlägig gebildeten) Entscheidungsträgern ist im Sinne der gebotenen gehörigen Aufmerksamkeit und der erforderlichen Sorgfalt im Geschäftsleben zu erwarten und geradezu zu verlangen, dass diese bei "Unklarheiten" in Bezug auf die rechtlichen Folgen einer vom Auftraggeber getroffenen Entscheidung (hier der Zuschlagsentscheidung) Erkundigungen einholen. All diese im innerorganisatorischen Bereich der Antragstellerin liegenden Umstände vermögen jedoch ein einen bloß minderen Grad des Versehens übersteigendes Verschulden der Antragstellerin iSd Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG am oben dargestellten Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Ganz im Gegenteil; gerade von (juristisch nicht einschlägig gebildeten) Entscheidungsträgern ist im Sinne der gebotenen gehörigen Aufmerksamkeit und der erforderlichen Sorgfalt im Geschäftsleben zu erwarten und geradezu zu verlangen, dass diese bei "Unklarheiten" in Bezug auf die rechtlichen Folgen einer vom Auftraggeber getroffenen Entscheidung (hier der Zuschlagsentscheidung) Erkundigungen einholen.

Dass die Antragstellerin gewisse Zweifel an der Bedeutung und den Wirkungen der Stillhaltefrist zumindest nicht ausgeschlossen hat, die sie zu Aufklärungsschritten zu veranlassen gehabt hätten, ergibt sich aus ihrem eigenen Vorbringen. So gab Herr N*** in der mündlichen Verhandlung am 2.6.2009 an, dass er sich unter der Stillhaltefrist vorgestellt habe, "dass in dieser Frist kein Auftrag erteilt werde und dass in dieser Frist ein Nachprüfungsantrag einzubringen sei. In weiterer Folge hat er dieses Vorbringen jedoch dadurch abgeschwächt, dass er einräumte, dass er selbst davon ausgegangen sei, dass sich diese Frist in erster Linie an den Auftraggeber, und nur in zweiter Linie auch an den Bieter richte. Er habe intuitiv angenommen, dass seitens des Bieters eine Reaktion zu tätigen sein werde" (vgl Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5). Dieser Intuition, dass vom Bieter allfällige Schritte - innerhalb der hiefür vorgesehenen Frist - zu setzen wären, ist Herr N*** jedoch nicht weiter nachgegangen. Herr N*** hat es vielmehr damit bewenden lassen und sich mit dem Zuwarten auf die Rückkehr des K*** aus dem Urlaub begnügt. Dass die Antragstellerin gewisse Zweifel an der Bedeutung und den Wirkungen der Stillhaltefrist zumindest nicht ausgeschlossen hat, die sie zu Aufklärungsschritten zu veranlassen gehabt hätten, ergibt sich aus ihrem eigenen Vorbringen. So gab Herr N*** in der mündlichen Verhandlung am 2.6.2009 an, dass er sich unter der Stillhaltefrist vorgestellt habe, "dass in dieser Frist kein Auftrag erteilt werde und dass in dieser Frist ein Nachprüfungsantrag einzubringen sei. In weiterer Folge hat er dieses Vorbringen jedoch dadurch abgeschwächt, dass er einräumte, dass er selbst davon ausgegangen sei, dass sich diese Frist in erster Linie an den Auftraggeber, und nur in zweiter Linie auch an den Bieter richte. Er habe intuitiv angenommen, dass seitens des Bieters eine Reaktion zu tätigen sein werde" vergleiche Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 5). Dieser Intuition, dass vom Bieter allfällige Schritte - innerhalb der hiefür vorgesehenen Frist - zu setzen wären, ist Herr N*** jedoch nicht weiter nachgegangen. Herr N*** hat es vielmehr damit bewenden lassen und sich mit dem Zuwarten auf die Rückkehr des K*** aus dem Urlaub begnügt.

Die Antragstellerin hat dem Thema "Fristen" in Wahrheit keine allzu große Bedeutung beigemessen. Dies gibt sie schließlich selbst zu erkennen. Hiefür spricht nämlich schon ihre Äußerung, dass sie das Verfahren "aufgrund der vielfachen Rechtswidrigkeiten des Auftraggebers ohnedies gewinnen wird".

Gerade der Mangel an juristischem Wissen hätte die genannten Verantwortlichen der Antragstellerin jedoch dazu

veranlassen müssen, sich die erforderlichen juristischen Grundinformationen in irgendeiner Form zu besorgen. In Frage gekommen wären hierfür etwa eine Nachfrage beim Auftraggeber, eigene Nachschau im BVerGG oder im AVG, zeitgerechte Kontaktierung eines Rechtsanwaltes (Anm: Wie dies zu einem Zeitpunkt nach dem 15.4.2009 auch geschehen ist) oder etwa auch Kontaktierung einer gesetzlichen Interessensvertretung etc. Gerade der Mangel an juristischem Wissen hätte die genannten Verantwortlichen der Antragstellerin jedoch dazu veranlassen müssen, sich die erforderlichen juristischen Grundinformationen in irgendeiner Form zu besorgen. In Frage gekommen wären hierfür etwa eine Nachfrage beim Auftraggeber, eigene Nachschau im BVerGG oder im AVG, zeitgerechte Kontaktierung eines Rechtsanwaltes Anmerkung, Wie dies zu einem Zeitpunkt nach dem 15.4.2009 auch geschehen ist) oder etwa auch Kontaktierung einer gesetzlichen Interessensvertretung etc.

Dies alles ist jedoch nach den Angaben der Vertreter der Antragstellerin nicht geschehen. Im Zeitraum vom 6.4.2009 bis 14.4.2009 wurde lediglich "antragstellerintern" - und zwar nur hinsichtlich "technisch-finanzieller" Belange der gegenständlichen Auftragsvergabe - über das mögliche weitere Vorgehen beraten. Ansonsten wurde lediglich die Rückkehr des K*** aus dem Urlaub am 14.4.2009 abgewartet. Auch K*** verfügt - wie bereits erwähnt - nicht über juristische Fachkenntnisse. K*** konnte somit lediglich aus der Sicht des für die "Kostenstelle" Verantwortlichen (sohin rein aus finanzieller und nicht aus rechtlicher Sicht) eine Entscheidung hinsichtlich der Einbringung eines Nachprüfungsantrages treffen.

Auch daraus, dass die Antragstellerin weder an der Niederlassung in Österreich noch an den Niederlassungen in der Schweiz und in Deutschland über eigene Rechtsabteilungen verfügt, ist für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Vielmehr ist der Antragstellerin vorzuwerfen, dass sie mit diesen internen organisatorischen Gegebenheiten einschließlich der dargestellten Ablauforganisation geradezu (vorhersehbar) in Kauf nimmt, dass Techniker - in Unkenntnis der Rechtslage - schlussendlich Entscheidungen treffen, die juristische Kenntnisse erfordern würden. Interne Organisationsdefizite vermögen jedenfalls keine Rechtfertigung dafür zu liefern, dass das gebotene Einholen von juristischen Auskünften zur Gänze unterblieben ist.

Gleiches gilt auch für den Umstand, dass der Verantwortliche für die entsprechende "Kostenstelle", K***, keine Urlaubsvertretung hatte. Die für den "rechtlich-administrativen Bereich" zuständigen Beschäftigten der Antragstellerin hätten es nicht dabei bewenden lassen dürfen, lediglich auf die Rückkehr des K*** aus dem Urlaub am 14.4.2009 zu warten. Nämlich im Falle, dass selbst das angegebene Ende der Stillhaltefrist (15.4.2009) mit dem Ende der Nachprüfungsfrist zusammengefallen wäre, wäre es für die Antragstellerin "zeitlich eng geworden", da selbst dann nur mehr maximal ein Tag für die Ausarbeitung eines Nachprüfungsantrages zur Verfügung gestanden wäre. Angesichts des engen Zeitrahmens wäre es jedenfalls angezeigt gewesen, die Vorgesetzten des K*** zu kontaktieren und gegebenenfalls von diesen die Ermächtigung zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages einzuholen.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, somit um einen Unternehmer kraft Rechtsform iSd § 2 Unternehmensgesetzbuch (UGB). Einem solchen Unternehmen legt § 347 UGB bei unternehmensbezogenen Geschäften die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Unternehmers auf. Die Beteiligung an einer öffentlichen Ausschreibung und in der Folge die Legung eines Angebotes ist als ein solches, die entsprechende Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Unternehmers nach sich ziehendes, unternehmensbezogenes Geschäft zu werten. Diese Sorgfaltspflicht wurde völlig außer Acht gelassen. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, somit um einen Unternehmer kraft Rechtsform iSd Paragraph 2, Unternehmensgesetzbuch (UGB). Einem solchen Unternehmen legt Paragraph 347, UGB bei unternehmensbezogenen Geschäften die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Unternehmers auf. Die Beteiligung an einer öffentlichen Ausschreibung und in der Folge die Legung eines Angebotes ist als ein solches, die entsprechende Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Unternehmers nach sich ziehendes, unternehmensbezogenes Geschäft zu werten. Diese Sorgfaltspflicht wurde völlig außer Acht gelassen.

Auch die Tatsache, dass die Antragstellerin in Österreich erstmals an einer öffentlichen Ausschreibung teilgenommen hat, ergibt keine abweichende Beurteilung. Die Antragstellerin bewegt sich als Unternehmer kraft Rechtsform tagtäglich in einem Umfeld, welches durch eine Vielzahl an Rechtsnormen aus den unterschiedlichsten Rechtsgebieten determiniert ist. In diesem Umfeld hat sich ein Unternehmer auf adäquate Art und Weise und in vertretbarem Umfang auch mit den maßgeblichen Rechtsnormen "auseinander zu setzen". Dementsprechend gebietet es die Beteiligung an einer öffentlichen Ausschreibung, sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür im erforderlichen Umfang vertraut zu machen. Bei zumutbarer sorgfältiger Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen hätte die Antragstellerin

(und somit auch die handelnden "Nicht-Juristen") erkennen müssen, dass das Bundesvergabegesetz den rechtlichen Rahmen für die Auftragsvergabe darstellt. Das in diesem Zusammenhang erhobene Vorbringen des Herrn N***, dass sich die Antragstellerin erstmalig an einer öffentlichen Ausschreibung in Österreich beteiligt habe - jedoch schon mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen in der Schweiz teilgenommen habe - vermag die Nachlässigkeit der Antragstellerin nicht zu entschuldigen. Dies umso mehr, als sich die Antragstellerin sogar schon mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen in der Schweiz beteiligt hat (vgl. Angaben L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 7). Bei der Schweiz handelt es sich um einen EWR-Mitgliedsstaat, sodass auch die Schweiz nicht als "vergaberechtsfreier Raum" anzusehen ist, sondern auch dort Vergaberechtswidrigkeiten vielmehr unter Bindung an bestimmte Fristen geltend gemacht werden müssen. Ebenso irrelevant ist es, dass die Antragstellerin nach ihren eigenen (von ihr jedoch nicht belegten) Angaben bisher noch nicht mit Vergabenachprüfungen konfrontiert gewesen ist. Auch die Tatsache, dass die Antragstellerin in Österreich erstmals an einer öffentlichen Ausschreibung teilgenommen hat, ergibt keine abweichende Beurteilung. Die Antragstellerin bewegt sich als Unternehmer kraft Rechtsform tagtäglich in einem Umfeld, welches durch eine Vielzahl an Rechtsnormen aus den unterschiedlichsten Rechtsgebieten determiniert ist. In diesem Umfeld hat sich ein Unternehmer auf adäquate Art und Weise und in vertretbarem Umfang auch mit den maßgeblichen Rechtsnormen "auseinander zu setzen". Dementsprechend gebietet es die Beteiligung an einer öffentlichen Ausschreibung, sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür im erforderlichen Umfang vertraut zu machen. Bei zumutbarer sorgfältiger Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen hätte die Antragstellerin (und somit auch die handelnden "Nicht-Juristen") erkennen müssen, dass das Bundesvergabegesetz den rechtlichen Rahmen für die Auftragsvergabe darstellt. Das in diesem Zusammenhang erhobene Vorbringen des Herrn N***, dass sich die Antragstellerin erstmalig an einer öffentlichen Ausschreibung in Österreich beteiligt habe - jedoch schon mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen in der Schweiz teilgenommen habe - vermag die Nachlässigkeit der Antragstellerin nicht zu entschuldigen. Dies umso mehr, als sich die Antragstellerin sogar schon mehrmals an öffentlichen Ausschreibungen in der Schweiz beteiligt hat vergleiche Angaben L*** in der mündlichen Verhandlung, Verhandlungsschrift OZ 59, Seite 7). Bei der Schweiz handelt es sich um einen EWR-Mitgliedsstaat, sodass auch die Schweiz nicht als "vergaberechtsfreier Raum" anzusehen ist, sondern auch dort Vergaberechtswidrigkeiten vielmehr unter Bindung an bestimmte Fristen geltend gemacht werden müssen. Ebenso irrelevant ist es, dass die Antragstellerin nach ihren eigenen (von ihr jedoch nicht belegten) Angaben bisher noch nicht mit Vergabenachprüfungen konfrontiert gewesen ist.

Auch aus dem - von der Antragstellerin bemerkenswerter Weise erstmals im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 2.6.2009 vorgebrachten Umstand - dass sich der entscheidungsbefugte Verantwortliche für die entsprechende "Kostenstelle" im Zeitraum vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 auf Urlaub befunden hat und erst am 14.4.2009 wieder erreichbar war, ergibt keine abweichende Beurteilung. Dies schon deshalb nicht, da die Partei an den im Antrag vorgebrachten Wiedereinsetzungsgrund gebunden bleibt (siehe Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens, § 71, Anmerkung 7a.). Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom 20.4.2009 als (einzigen) "Wiedereinsetzungsgrund" angeführt, dass der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist mit 15.4.2009 angegeben hat. Eine Auswechslung des einmal vorgebrachten Grundes ist jedoch rechtlich unzulässig (vgl. etwa VwGH 13.4.1984, 83/02/0391; VwGH 20.3.1986, 85/06/0185; VwGH 20.6.1986, 84/17/0136; VwGH 25.10.1990, 89/06/0064; VwGH 28.2.2000, 99/17/0317 u.a.). Abgesehen von der Unzulässigkeit einer Auswechslung des Grundes, ist festzuhalten, dass die Nichteinrichtung einer Urlaubsvertretung ein Organisationsverschulden darstellt, welches jedenfalls als Verschulden zu werten ist, das den minderen Grad des Versehens übersteigt (siehe hierzu auch oben). Auch aus dem - von der Antragstellerin bemerkenswerter Weise erstmals im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 2.6.2009 vorgebrachten Umstand - dass sich der entscheidungsbefugte Verantwortliche für die entsprechende "Kostenstelle" im Zeitraum vom 6.4.2009 bis 13.4.2009 auf Urlaub befunden hat und erst am 14.4.2009 wieder erreichbar war, ergibt keine abweichende Beurteilung. Dies schon deshalb nicht, da die Partei an den im Antrag vorgebrachten Wiedereinsetzungsgrund gebunden bleibt (siehe Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens, Paragraph 71,, Anmerkung 7a.). Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom 20.4.2009 als (einzigen) "Wiedereinsetzungsgrund" angeführt, dass der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist mit 15.4.2009 angegeben hat. Eine Auswechslung des einmal vorgebrachten Grundes ist jedoch rechtlich unzulässig vergleiche etwa VwGH 13.4.1984, 83/02/0391; VwGH 20.3.1986, 85/06/0185; VwGH 20.6.1986, 84/17/0136; VwGH 25.10.1990, 89/06/0064; VwGH 28.2.2000, 99/17/0317 u.a.). Abgesehen von der Unzulässigkeit einer

Auswechslung des Grundes, ist festzuhalten, dass die Nichteinrichtung einer Urlaubsvertretung ein Organisationsverschulden darstellt, welches jedenfalls als Verschulden zu werten ist, das den minderen Grad des Versehens übersteigt (siehe hiezu auch oben).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH 7.6.2000, 99/01/0337, darf der Wiedereinsetzungswerber nicht auffallend sorglos gehandelt haben, somit die im Verkehr mit Behörden und für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben. Wenngleich an berufliche rechtskundige Parteienvertreter ein strengerer Maßstab anzulegen als an rechtsunkundige oder bisher noch nie an gerichtlichen Verfahren beteiligte Personen, hat die Antragstellerin die gebotene und ihr auch zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen.

So erblickte der VwGH in der obzitierten Entscheidung keine auffallende Sorglosigkeit darin, dass ein 19-jähriger Asylwerber, der sich erst seit 8 Monaten im Bundesgebiet aufgehalten hatte, der deutschen Sprache nicht mächtig war und der noch keine Erfahrung im Umgang mit Behörden erworben hatte, sich auf die (falsche) Auskunft seiner Betreuungsstelle verlassen hat. Im Gegensatz zu dem dem BVA nunmehr vorliegenden Fall hatte damals der - noch dazu sprachunkundige - Asylwerber die ihm zumutbaren Auskünfte sehr wohl eingeholt.

In seinem Erkenntnis vom 30.4.2003, 2001/03/0183, hat der VwGH klargestellt, dass den Wiedereinsetzungswerber als "ordentliche Prozesspartei" eine Sorgfaltspflicht trifft, im Rahmen derer es ihm obliegt, sich bei geeigneten Stellen zu erkundigen und Gewissheit über den Beginn des Fristenlaufes zu verschaffen. Weiters hat der VwGH im zitierten Erkenntnis untersucht, ob die damalige Prozesspartei (Wiedereinsetzungswerber) allenfalls daran gehindert gewesen wäre oder es ihr nicht zumutbar gewesen wäre, sich die notwendigen Kenntnisse zu verschaffen. Solche Umstände vermochte der VwGH jedoch nicht zu erkennen. Schließlich hat der VwGH den Schluss gezogen, dass den Wiedereinsetzungswerber in Anbetracht der Bedeutsamkeit der Rechtsmittelfristen ein den minderen Grad des Versehens übersteigendes Verschulden trifft.

Überträgt man die vom VwGH im zuletzt zitierten Erkenntnis ausgesprochenen Grundsätze auf den konkreten Fall, so ist im Hinblick auf die im konkreten Fall gegebene Sachverhaltskonstellation auch gegenständlich davon auszugehen, dass die Antragstellerin ein einen minderen Grad des Versehens übersteigendes, als auffallende Sorglosigkeit zu wertendes "Verschulden" an ihrem Rechtsirrtum trifft.

Schlussfolgerungen:

Das dargestellte Verhalten der Antragstellerin ist nicht geeignet, ihr einen bloß minderen Grad des Versehens (leichte Fahrlässigkeit) anzulasten, welcher jedoch Voraussetzung für eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wäre. Der Wiedereinsetzungsantrag war somit mangels Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 71 Abs 1 Z 1 AVG nicht zu bewilligen. Das dargestellte Verhalten der Antragstellerin ist nicht geeignet, ihr einen bloß minderen Grad des Versehens (leichte Fahrlässigkeit) anzulasten, welcher jedoch Voraussetzung für eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wäre. Der Wiedereinsetzungsantrag war somit mangels Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG nicht zu bewilligen.

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des 2. oder des 3. Teiles dieses Bundesgesetzes binnen sieben Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich gemäß den Bestimmungen des 2. oder des 3. Teiles dieses Bundesgesetzes binnen sieben Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

Es handelt sich gegenständlich unzweifelhaft um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich (Lieferauftrag; geschätzter Auftragswert Euro XXX,-- exkl USt; siehe Stellungnahme Auftraggeber vom 22.4.2009, OZ 8). Die Antragstellerin bekämpft gegenständlich die (gesondert anfechtbare) Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009. Diese ist der Antragstellerin nachweislich am 6.4.2009 zugegangen (siehe Faxprotokoll im Vergabeakt). Der Nachprüfungsantrag wurde am 15.4.2009 eingebracht und ist somit iSd § 321 Abs 1 Z 5 BVergG verfristet. Der Antrag auf Nichtigerklärung

der Zuschlagsentscheidung war daher gemäß § 322 Abs 2 Z 2 BVergG als unzulässig zurückzuweisen. Es handelt sich gegenständlich unzweifelhaft um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich (Lieferauftrag; geschätzter Auftragswert Euro römisch 30 ,-- exkl USt; siehe Stellungnahme Auftraggeber vom 22.4.2009, OZ 8). Die Antragstellerin bekämpft gegenständlich die (gesondert anfechtbare) Zuschlagsentscheidung vom 6.4.2009. Diese ist der Antragstellerin nachweislich am 6.4.2009 zugegangen (siehe Faxprotokoll im Vergabeakt). Der Nachprüfungsantrag wurde am 15.4.2009 eingebracht und ist somit iSd Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG verfristet. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung war daher gemäß Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG als unzulässig zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit. entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Wie sich aus Spruchpunkt II des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen. Ein Obsiegen des Antragstellers iSd § 319 Abs 1 BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag war abzuweisen. Wie sich aus Spruchpunkt römisch zwei des gegenständlichen Bescheides ergibt, wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückgewiesen. Ein Obsiegen des Antragstellers iSd Paragraph 319, Absatz eins, BVergG liegt sohin nicht vor. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag war abzuweisen.

Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 24.4.2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-EV29, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag jedoch zurückgewiesen (vgl Spruchpunkt II.). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß § 319 Abs 2 BVergG nicht in Betracht. Dies gilt auch für den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zwar wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Bescheid des BVA vom 24.4.2009, GZ N/0035-BVA/09/2009-EV29, stattgegeben, der Nachprüfungsantrag jedoch zurückgewiesen (vergleiche Spruchpunkt römisch zwei.). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kam daher gemäß Paragraph 319, Absatz 2, BVergG nicht in Betracht.

Zuletzt aktualisiert am

14.08.2009

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