

TE Verg Bescheid 2009/5/25 N/0034-BVA/08/2009-39,, N/0043-BVA/08/2009-25;

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.05.2009

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Walter Fuchs und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 betreffend die Nachprüfungsverfahren N/0034-BVA/08/2009 und N/0043-BVA/08/2009 bezüglich der Auftragsvergabe Ergänzende ALSAG - Untersuchungen Lose 1 bis 5/08 gemäß gemeinschaftsweiter Bekanntmachung vom 19.11.2008, 2008/S 225-299385 des durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, danach durch den Landeshauptmann von Niederösterreich und letztlich durch die vergebende Stelle EP*** Rechtsanwälte GmbH vertretenen (öffentlichen) Auftraggebers Bund (= Republik Österreich) und der im bezeichneten Vergabeverfahren versandten Ausscheidensentscheidung vom 30.3.2009 zu Lasten der Antragstellerin A*** und der Zuschlagsentscheidung betreffend das Los Nr 5 dieser Vergabe vom 30.3.2009 sowie einer seitens der Antragstellerin vorgebrachten weiteren Ausscheidensentscheidung vom 28.4.2009, und weiters über pauschalgebührenbezügliche Anträge, wie folgt entscheiden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag Reinhard Grasböck, Mitglied der Auftraggeberseite Dr Walter Fuchs und Mitglied der Auftragnehmerseite Mag Alexander Piekniczek) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 betreffend die Nachprüfungsverfahren N/0034-BVA/08/2009 und N/0043-BVA/08/2009 bezüglich der Auftragsvergabe Ergänzende ALSAG - Untersuchungen Lose 1 bis 5/08 gemäß gemeinschaftsweiter Bekanntmachung vom 19.11.2008, 2008/S 225-299385 des durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft, danach durch den Landeshauptmann von Niederösterreich und letztlich durch die vergebende Stelle EP*** Rechtsanwälte GmbH vertretenen (öffentlichen) Auftraggebers Bund (= Republik Österreich) und der im bezeichneten Vergabeverfahren

versandten Ausscheidensentscheidung vom 30.3.2009 zu Lasten der Antragstellerin A*** und der Zuschlagsentscheidung betreffend das Los Nr 5 dieser Vergabe vom 30.3.2009 sowie einer seitens der Antragstellerin vorgebrachten weiteren Ausscheidensentscheidung vom 28.4.2009, und weiters über pauschalgebührenbezügliche Anträge, wie folgt entscheiden:

Spruch

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der mit Telefax der Auftraggeberin vom 30.3.2009 bekanntgemachten Entscheidung, das Angebot der A*** auszuschneiden, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur GZ N/0034- BVA/08/2009, wird abgewiesen.römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der mit Telefax der Auftraggeberin vom 30.3.2009 bekanntgemachten Entscheidung, das Angebot der A*** auszuschneiden, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur GZ N/0034- BVA/08/2009, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 325 Abs 1 BVergG 2006,BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86Rechtsgrundlage: Paragraphen 325, Absatz eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

II. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der mit Telefax vom 30.3.2009 bekanntgemachten Entscheidung, dem Angebot der B*** hinsichtlich des Loses 5 den Zuschlag erteilen zu wollen, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur GZ N/0034- BVA/08/2009, wird keine Folge gegeben.römisch zwei. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der mit Telefax vom 30.3.2009 bekanntgemachten Entscheidung, dem Angebot der B*** hinsichtlich des Loses 5 den Zuschlag erteilen zu wollen, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur GZ N/0034-BVA/08/2009, wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlage: §§ 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006,BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86Rechtsgrundlage: Paragraphen 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

III. Der Antrag auf Nichtigerklärung der mit Telefax vom 28.4.2009 bekanntgemachten Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der A*** auszuschneiden, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur GZ N/0043- BVA/08/2009, wird zurückgewiesen.römisch drei. Der Antrag auf Nichtigerklärung der mit Telefax vom 28.4.2009 bekanntgemachten Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot der A*** auszuschneiden, protokolliert beim Bundesvergabeamt zur GZ N/0043- BVA/08/2009, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 320 Abs 1 und 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86Rechtsgrundlage: Paragraphen 320, Absatz eins und 322 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

IV. Den Pauschalgebührenersatzbegehren der Antragstellerin, protokolliert zu den Geschäftszahlen des Bundesvergabeamts N/0034-BVA/08/2009 und N/0043-BVA/08/2009 und jeweils betreffend den Ersatz der für die jeweilig gestellten Nichtigerklärungsanträge und Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren wird keine Folge gegeben.römisch vier. Den Pauschalgebührenersatzbegehren der Antragstellerin, protokolliert zu den Geschäftszahlen des Bundesvergabeamts N/0034-BVA/08/2009 und N/0043-BVA/08/2009 und jeweils betreffend den Ersatz der für die jeweilig gestellten Nichtigerklärungsanträge und Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren wird keine Folge gegeben.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1 BVergG 2006,BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2007/86Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Verfahrensgang und Sachverhalt

Der Auftraggeber führt seit Herbst 2008 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Ergänzende ALSAG - Untersuchungen Lose 1 bis 5/08 gemäß gemeinschaftsweiter Bekanntmachung vom 19.11.2008, 2008/S 225-299385 " als offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich betreffend einen prioritären Dienstleistungsauftrag durch. Auftragsgegenstand sind dabei ergänzende Untersuchungen gemäß § 13 Altlastensanierungsgesetz (ALSAG), die in fünf Losen vergeben werden sollen.Der Auftraggeber führt seit Herbst 2008 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Ergänzende ALSAG - Untersuchungen Lose 1 bis 5/08 gemäß gemeinschaftsweiter Bekanntmachung vom 19.11.2008, 2008/S 225-299385 " als offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich betreffend einen prioritären

Dienstleistungsauftrag durch. Auftragsgegenstand sind dabei ergänzende Untersuchungen gemäß Paragraph 13, Altlastensanierungsgesetz (ALSAG), die in fünf Losen vergeben werden sollen.

Ein Bieter konnte dabei Angebote für alle fünf Lose legen, hatte aber zwingend Präferenzlose bei mehreren Losangeboten im Angebot anzugeben und konnte letztlich nur Auftragnehmer eines einzigen Loses werden. Die Ausschreibung blieb beim Bundesvergabeamt unangefochten.

Die Antragstellerin bezeichnete dieses Vergabeverfahren entsprechend der in der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung in Punkt II.1.1. verwendeten "Bezeichnung des Auftrags" in ihrer verfahrenseinleitenden Eingabe zu N/0034-BVA/08/2009 gemäß §§ 322 Abs 1 Z 1 und 328 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 als "Ergänzende Untersuchungen nach § 13 ALSAG", wobei ausweislich der Eingabe der Auftraggeberin, lfd Nr 10 des Verwaltungsakts N/0034- BVA/08/2009, jeweils das idente Vergabeverfahren als verfahrensgegenständlich beurteilt wird. Die Antragstellerin bezeichnete dieses Vergabeverfahren entsprechend der in der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung in Punkt römisch zwei.1.1. verwendeten "Bezeichnung des Auftrags" in ihrer verfahrenseinleitenden Eingabe zu N/0034-BVA/08/2009 gemäß Paragraphen 322, Absatz eins, Ziffer eins und 328 Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 als "Ergänzende Untersuchungen nach Paragraph 13, ALSAG", wobei ausweislich der Eingabe der Auftraggeberin, lfd Nr 10 des Verwaltungsakts N/0034-BVA/08/2009, jeweils das idente Vergabeverfahren als verfahrensgegenständlich beurteilt wird.

Der Auftraggeber versandte am 30.3.2009 eine Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin und eine Zuschlagsentscheidung je Los.

Die Antragstellerin focht die an sie gerichtete Ausscheidensentscheidung und die für das Los Nr 5 ergangene Zuschlagsentscheidung je vom 30.3.2009 mit einem am 14.4.2009 nach Amtsstundenende per e-mail erstmals beim Bundesvergabeamt (= BVA) eingebrachten Nachprüfungsantrag an, wobei eine postalische Gleichschrift der genannten e-mail - Eingabe am 15.4.2009 beim Bundesvergabeamt einlangte - GZ des BVA N/0034-BVA/08/2009.

Der Auftraggeber brachte in seiner Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag zu N/0034-BVA/08/2009, lfd Nr 18 des Akts N/0034-BVA/08/2009, jedenfalls einen weiteren Ausscheidensgrund (iZm der Durchführung weiterer Vergaben für den Auftraggeber durch den Auftragnehmer dieses Vergabeverfahrens) vor, worin die Antragstellerin - nach Übermittlung dieses Schriftsatzes an die Antragstellerin durch das Bundesvergabeamt am 28.4.2009 und aus prozessualer Vorsicht verständlich - eine weitere Ausscheidensentscheidung mit einem neuen Ausscheidensgrund erblickte und diesbezüglich einen weiteren Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung vom 28.4.2009, protokolliert beim Bundesvergabeamt zu N/0043-BVA/08/2009 - einbrachte. Sowohl Herr DI Nö*** als jener Mitarbeiter der Antragstellerin, der dort für die Vergabe zuständig ist, als auch Herr RA Dr Po*** als Repräsentant der vergebenden Stelle gaben dazu in der Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt am 18.5.2009 übereinstimmend an, dass dieser neue Ausscheidensgrund vom Auftraggeber erstmals in diesem Schriftsatz dargelegt und nicht anderweitig vor dem 28.4.2009 an die Antragstellerin kommuniziert worden ist.

Nach Erledigung der Provisorialbegehren zu N/0034 und 0043-BVA/08/2009 fand in den im Nachprüfungspunkte verbunden geführten Verfahren am 18.5.2009 die bereits erwähnte mündliche Verhandlung statt, in welcher mit der Antragstellerin insbesondere einige Ausscheidensgründe zu ihren Lasten erörtert wurden.

Auf Tatsachenebene ist weiters festzustellen:

Punkt 1.12. der "Allgemeinen Verfahrensbestimmungen" der gegenständlichen

Ausschreibungsunterlagen lautet in den hier interessierenden Teilen:

Der Auftraggeber ...

Der Bieter hat die Ausschreibungsunterlagen insbesondere auf Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit zu prüfen. Der Bieter bestätigt mit der Abgabe des Angebotes, dass die Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen vollständig beschrieben sind und auch keine Teilleistungen fehlen, die zur einwandfreien Erfüllung des Vertrages notwendig sind. Bestehen nach Ansicht des Bieters bei der Auslegung der Ausschreibungsunterlagen mehrere Möglichkeiten bzw. erscheint etwas unklar, so hat der Bieter vor Abgabe des Angebotes eine Klärung mit dem Auftraggeber herbeizuführen. Nach Vertragsabschluss gilt die Auslegung, die vom Auftraggeber vorgesehen ist.

Sollten sich dem Bieter bei Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Widersprüche, sonstige Unklarheiten oder vermutete Verstöße gegen Vergabebestimmungen ergeben, so ist dies dem Auftraggeber umgehend - jedenfalls 7 Tage vor Ende der Angebotsfrist - schriftlich mitzuteilen. Mit der Angebotsabgabe bestätigt der Bieter, dass die

Ausschreibungsunterlagen einer vollständigen Prüfung unterzogen worden sind, dass die Ausschreibungsunterlagen den gesetzlichen Vorgaben (insbesondere dem BVerG) entsprechen, dass die Ausschreibungsunterlagen für seine Kalkulation ausreichend sind, und dass der Bieter die zu erbringenden Leistungen sowie alle damit verbundenen Kosten mit der erforderlichen Genauigkeit beurteilen kann. Mit der Abgabe des Angebots bestätigt der Bieter darüber hinaus, dass (Kalkulations-) Irrtümer sowie Fehleinschätzungen in Zusammenhang mit der Erstellung seines Angebotes einen Teil des Unternehmerrisikos bilden und zu seinen Lasten gehen. Eine Irrtumsanfechtung ist daher ausgeschlossen.

Zentraler Hintergrund der der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 30.3.2009 und auch des weiteren, unstrittig neuen Ausscheidensgrunds in der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag des Auftraggebers zu N/0034-BVA/08/2009 war dabei das mit 5.1.2009 datierte Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin, das im Wesentlichen lautet:

An

EP*** Rechtsanwälte GmbH. Code: 12008322\briefe\k01

in Vertretung der NÖ-Landesregierung

[...]

Wien, am 05.01.2009

Betreff: Ingenieurleistungen zur Durchführung von ergänzenden Untersuchungen gem. § 13 ALSAG 1989 für fünf Lose Niederösterreich
Betreff: Ingenieurleistungen zur Durchführung von ergänzenden Untersuchungen gem. Paragraph 13, ALSAG 1989 für fünf Lose Niederösterreich

Bezug: Ausschreibung

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei übersenden wir Ihnen unser Angebot für die durchzuführenden ergänzenden Untersuchungen für fünf Lose in Niederösterreich. Hinsichtlich der Kalkulation darf auf folgende Kalkulationsgrundlagen hingewiesen werden, die wir unserem Angebot zugrundegelegt haben:

- -Strichaufzählung

Es wurde mit folgenden Stundensätzen kalkuliert:

- Projektleiter 60,00 Euro
- Dipl. Ing. 50,00 Euro
- Ingenieur 40,00 Euro
- Probennehmer 40,00 Euro
- Zeichner, EDV, Sekretärin 35,00 Euro

Hinsichtlich der Ausschreibung wird davon ausgegangen, dass die Kosten der Veröffentlichung vom AG getragen werden. Weiters wird davon ausgegangen, dass die Angebotseröffnung in den Räumen der A*** in Wien stattfinden kann. Muss die Angebotseröffnung beim Amt der Landesregierung bzw. beim Umweltbundesamt durchgeführt werden, so wird für die Durchführung 1 * Besprechungstermin in Rechnung gestellt. Weiters wird darauf hingewiesen, dass für die Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen an die Bieter auf Grund der sehr genauen und umfangreichen Ausschreibungsunterlagen der A*** pro Exemplar 30 - 40 Euro (je nach Umfang) an den Bieter in Rechnung gestellt werden müssen.

- -Strichaufzählung

Hinsichtlich der Pos. 9.2.5 „Absaugversuche“ wird festgehalten, dass der angebotene Preis ausschließlich die Planung, Koordinierung und strichprobenartige Überprüfung dieser Arbeiten beinhaltet. Die eigentliche Durchführung mit Bereitstellung und Betrieb der gesamten Anlage (einschließlich Datensammler und Messsonden), sowie Probenahme, Analytik, Messung und Dokumentation bei den Pumpversuchen wird als Fremdleistung angesehen und obliegt ausschließlich dem AN Analytik (Leistung wird in Ausschreibung Analytik mit ausgeschrieben).

- -Strichaufzählung
Hinsichtlich der Pos. 9.3.2 „Pumpversuche“ wird festgehalten, dass der angebotene Preis ausschließlich die Planung, Koordinierung und strichprobenartige Überprüfung dieser Arbeiten beinhaltet. Die eigentliche Durchführung mit Bereitstellung und Betrieb der gesamten Anlage (einschließlich Datensammler und Messsonden), sowie Probenahme, Analytik, Messung und Dokumentation bei den Pumpversuchen wird als Fremdleistung angesehen und obliegt ausschließlich dem AN Analytik (Leistung wird in Ausschreibung Analytik mit ausgeschrieben).
- -Strichaufzählung
Hinsichtlich der Position 4 „Probennahme durch den Probennehmer des AN Ing.“ wird darauf hingewiesen, dass von der A*** ein qualifizierter (Dipl. Ing. La***) und angestellter Mitarbeiter und kein freier Mitarbeiter eingesetzt wird. Es wurde mit einem mittlern Stundensatz von rd. 40 Euro und einer täglichen Arbeitszeit von 8,0 Stunden kalkuliert. Außerdem wurde noch die Auswertung und die Vorbereitung eingerechnet. Sollten die Arbeitszeit von täglich 8 Stunden überschritten werden, wären die zusätzlich anfallenden Stunden nach ausdrücklicher Rücksprache mit dem AG in Regie abzugelten. Der angebotene Stundensatz sowie der angebotene Tagssatz stellen aus Sicht der A*** das absolute Minimum für einen qualifizierten Probennehmer da, der tatsächlich über die gesamte Arbeitszeit vor Ort ist.
- -Strichaufzählung
Hinsichtlich der Position 9.2.2 und 9.2.3 „Probennahme Untergrundproben und Oberbodenproben“ wird darauf hingewiesen, dass von der A*** ein qualifizierter (Dipl. Ing. La***) und angestellter Mitarbeiter und kein freier Mitarbeiter eingesetzt wird. Es wurde mit einem mittlern Stundensatz von rd. 40 Euro und einer täglichen Arbeitszeit von 8,0 Stunden kalkuliert. Außerdem wurde noch die Auswertung und die Vorbereitung eingerechnet. Sollten die Arbeitszeit von täglich 8 Stunden überschritten werden, wären die zusätzlich anfallenden Stunden nach ausdrücklicher Rücksprache mit dem AG in Regie abzugelten. Der angebotene Stundensatz sowie der angebotene Tagssatz stellen aus Sicht der A*** das absolute Minimum für einen qualifizierten Probennehmer da, der tatsächlich über die gesamte Arbeitszeit vor Ort ist.
- -Strichaufzählung
Hinsichtlich der Position 9.4 „Probennahme und Untersuchung Sedimentproben“ wird davon ausgegangen, dass der angebotene Preis ausschließlich die Planung, Koordinierung und strichprobenartige Überprüfung dieser Arbeiten beinhaltet. Die eigentliche Durchführung wird als Fremdleistung angesehen und obliegt ausschließlich dem AN Analytik (Leistung wird in Ausschreibung Analytik mit ausgeschrieben).
- -Strichaufzählung
Die per Mail bekanntgegebenen Änderungen werden akzeptiert.
- -Strichaufzählung
Hinsichtlich der Abrechnung wird davon ausgegangen, dass bei den Zwischenberichten nach Vorlage des jeweiligen Zwischenberichtes 1/3 des Positionspreises in Rechnung gestellt werden darf.
- -Strichaufzählung
Es wird davon ausgegangen, dass eine eventuell erforderliche Vermessung der erhobenen Grundwassermessstellen mit der Position 7.2 abgegolten wird. Die Vermessung wurde in die Pauschal der Position 1.3 nicht eingerechnet, da die genaue Anzahl der einzumessenden Messstellen derzeit nicht bekannt ist, und somit die Leistung nicht kalkulierbar ist. Für die Vermessung dieser Messstellen fehlt eine entsprechende eigene Leistungsposition. Diese Vorgangsweise entspricht den bisherigen Gepflogenheiten bei der Durchführung von ergänzenden Untersuchungen in NÖ.
- -Strichaufzählung
Es wird darauf hingewiesen, dass die angegebenen Ausführungszeiten für die Errichtung von Grundwassermessstellen und vor allem hinsichtlich der Erkundung der Ablagerung bzw. der ungesättigten Bodenzonen teilweise viel zu gering angesetzt sind. Die Abrechnung der Tage für Probennehmer erfolgen nach tatsächlichem Umfang (Tage Seitens der ZT-Gesellschaft A*** werden sämtliche ausgeschrieben Arbeiten selbst durchgeführt. Wir möchten betonen, dass wir an der Durchführung der gegenständlichen Untersuchung sehr interessiert sind. Die obigen Klarstellungen dienen ausschließlich dazu, die Kalkulationsgrundlagen offen zu legen.

mit freundlichen Grüßen

[Firmenstempel der Antragstellerin und Unterschrift]

für die A***

Beilagen: Angebotsschreiben, Angebot, Unterlagen für Angebotsprüfung

Herr DI Nö*** hatte eine ausreichende Vollmacht zur Unterfertigung dieses Begleitschreibens, wie sich dies aus den übereinstimmenden Aussagen des Herrn DI Nö*** und des Herrn RA Dr Po*** in der Verhandlung am 18.5.2009 ergibt - Verhandlungsniederschrift lfd Nr 34 des Akts N/0034-BVA/08/2009. Dass dabei Herr DI Nö*** eine aufrechte Bevollmächtigung durch die Antragstellerin als Projektleiter darlegte, während RA Dr Po*** von einer Anscheinsvollmacht des DI Nö*** gegenüber dem Auftraggeber ausging, ändert nichts an der im Ergebnis jedenfalls vorliegenden Vertretungsmacht des DI Nö*** zur Unterfertigung des Begleitschreibens zum Angebot der Antragstellerin mit Wirksamkeit für die Antragstellerin. (In Vorwegnahme eines Teils der rechtlichen Beurteilung ist damit der insoweit seitens der Antragstellerin in der Verhandlung im Punkte der fehlenden Vollmachtsprüfung gerügte Angebotsprüfungsmangel - so er überhaupt vorliegt - jedenfalls ohne wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens - § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.) Herr DI Nö*** hatte eine ausreichende Vollmacht zur Unterfertigung dieses Begleitschreibens, wie sich dies aus den übereinstimmenden Aussagen des Herrn DI Nö*** und des Herrn RA Dr Po*** in der Verhandlung am 18.5.2009 ergibt - Verhandlungsniederschrift lfd Nr 34 des Akts N/0034-BVA/08/2009. Dass dabei Herr DI Nö*** eine aufrechte Bevollmächtigung durch die Antragstellerin als Projektleiter darlegte, während RA Dr Po*** von einer Anscheinsvollmacht des DI Nö*** gegenüber dem Auftraggeber ausging, ändert nichts an der im Ergebnis jedenfalls vorliegenden Vertretungsmacht des DI Nö*** zur Unterfertigung des Begleitschreibens zum Angebot der Antragstellerin mit Wirksamkeit für die Antragstellerin. (In Vorwegnahme eines Teils der rechtlichen Beurteilung ist damit der insoweit seitens der Antragstellerin in der Verhandlung im Punkte der fehlenden Vollmachtsprüfung gerügte Angebotsprüfungsmangel - so er überhaupt vorliegt - jedenfalls ohne wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens - Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.)

Der Auftraggeber verfasste am 30.3.2009 eine Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin unter Angabe mehrerer Ausscheidensgründe, in welcher gleichzeitig auch die Zuschlagsentscheidungen je Los enthalten waren, wobei die Ausscheidensentscheidung in den hier interessierenden Teilen im wesentlichen lautet wie folgt:

An die [Antragstellerin]

zHd Herrn DI Nö***

[Betreff]

Sehr geehrter Herr Diplomingenieur Nö***!

Im Namen des Bundes, [...]

Leider müssen wir mitteilen, dass die Angebote Ihres Büros insbesondere aufgrund folgender Vorbehalte und Bedingungen im Begleitschreiben vom 5.1.2009 und daher wegen Vorliegen zwingender Gründe ausgeschieden werden mussten:

1. a.Litera a

Auf Seite 2 des Begleitschreibens ist in Bezug auf die Positionen 4,

9.2.2 und 9.2.3 jeweils folgender Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen enthalten: "Sollten die Arbeitszeit von täglich 8 Stunden überschritten werden, wären die zusätzlich anfallenden Stunden nach ausdrücklicher Rücksprache mit dem AG in Regie abzugelten." Eine solche allgemeine und generelle Möglichkeit, die Leistungen auf Regiebasis nach den angebotenen Stundensätzen zu verrechnen, widerspricht der Festlegung in Punkt 4.10.2. der Ausschreibungsbestimmungen. Daran ändert auch der Hinweis des Bieters nichts, dass diese Verrechnung nur "nach ausdrücklicher Rücksprache" erfolgen würde, weil der Auftraggeber ständig mit Verhandlungen über eine Regieverrechnung konfrontiert wäre.

[...]

Unstrittig ist dabei zB im Leistungsverzeichnis für das Los Nr 5 in der Position 9.2.2 eine Beschreibung der Position enthalten, die lautet:

"Probenahme des Untergrundes und Dokumentation der Aufschlüsse gemäß Lstg

3.2.

Die Koordinierungstätigkeiten betreffend der Probenübergabe an den AN Chem sind einzukalkulieren. Die Abrechnung erfolgt je Probenahmetag für 1 Probenehmer"

Die Antragstellerin hat dazu in ihrem Angebot in der Spalte 1 des Leistungsverzeichnisses "Fläche 1 - VF Bahnsiedlung", also unschwer erkennbar maW in der Spalte betreffend die zu untersuchende Verdachtsfläche 1 des Loses Nr 5, bei der Position 9.2.2 insgesamt zwei Tage als Probenahmetage mit einem Preis von je 400,00 Euro und sohin insgesamt einen Preis von 800,00 Euro angegeben.

Dieser Preisteil für 2 Probenahmetage betreffend die Verdachtsfläche 1 fließt damit in den Gesamtangebotspreis der Antragstellerin ein. Wenn daher die Antragstellerin "nach Rücksprache mit dem Auftraggeber" über den angebotenen Preis laut Leistungsverzeichnis hinaus zusätzlich etwas für einen Probenahmetag in Rechnung stellen dürfte, könnte die Antragstellerin - im Vergabewettbewerb vorteilhaft - zu einem geringeren der Bewertung zu unterziehenden Preis anbieten, jedoch im Leistungsfall gegebenen Falls auch mehr abrechnen.

Die Bewertungsrelevanz des Preises ergibt sich dabei aus Punkt 3. der Ausschreibung.

Zu einem weiteren - amtswegig aufgegriffenen Ausscheidensgrund ist festzustellen:

Der Antragstellerin wurde rücksichtlich ihres Angebotsbegleitschreibens am 28.4.2009 folgender Vorhalt gemacht:

Das Bundesvergabeamt übermittelt vorerst die Stellungnahme des Auftraggebers zum Nachprüfungsantrag an die Antragstellerin.

Danach das Begleitschreiben der Antragstellerin zu deren Angebot gemäß § 37 AVG an beide Adressaten. Danach das Begleitschreiben der Antragstellerin zu deren Angebot gemäß Paragraph 37, AVG an beide Adressaten.

Nunmehr wird vorerst auf Punkt 1.12. der Angebotsunterlagen verwiesen, mit welchem die Antragstellerin bestätigt haben könnte, dass die Ausschreibungsunterlagen für eine Kalkulation ausreichen;

danach auf den Text des Begleitschreibens der Antragstellerin zu ihrem Anbot;

und schließlich - zur Vermeidung einer allfälligen Überraschungsentscheidung bzw jedenfalls zur gesetzmäßigen Erörterung potentiell spruchrelevanter Aspekte iSv VwGH 2007/04/0232, 0233 entsprechend den Wertungen aus VwGH 2005/04/0200 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs - auf den vom zuständigen Senat erlassenen Vorbescheid v 9.7.2007, N/0055-BVA/08/2007-86 (insb Seiten 29 bis 33 des auf der Homepage des BVA veröffentlichten Bescheids iS von Auslegungsvorbehalten zu den Ausschreibungsunterlagen und damit Widerspruch zur Ausschreibung bzw unzulässig bedingtes Angebot) bzw darauf aufbauend zB auf BVA 30.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-18.

Die Antragstellerin wird nunmehr aufgefordert, eine allfällige Replik zum Auftraggeberschriftsatz und eine Stellungnahme vom obigen Vorhalt bis 4.5.2009, 12.00 Uhr einlangend beim Bundesvergabeamt zu erstatten.

Danach wurde der Antragstellerin in der Verhandlung am 18.5.2009 wie folgt vorgehalten:

Über Vorhalt des Pkt. 1.12 (Seite 11/67 der Ausschreibungsbestimmungen) und des Textes des Begleitschreibens der Antragstellerin vom 5.1.2009 erfolgt gegenüber der Antragstellerin im Sinne des EuGH C-249/01 der Vorhalt, dass das Angebotbegleitschreiben gemäß der Unklarheitenregelung des § 915 ABGB dahingehend verstanden werden könnte, dass mit diesem Begleitschreiben entgegen Pkt. 1.12 auch zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe der Antragstellerin Unklarheiten über den Inhalt bzw. die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen bestanden haben könnten und sohin die Antragstellerin ein Angebot gelegt hat, das insoweit den Ausschreibungsunterlagen widerspricht, sodass das Angebot der Antragstellerin aus diesem Grunde auszuschneiden sein könnte. Über Vorhalt des Pkt. 1.12 (Seite 11/67 der Ausschreibungsbestimmungen) und des Textes des Begleitschreibens der Antragstellerin vom 5.1.2009 erfolgt gegenüber der Antragstellerin im Sinne des EuGH C-249/01 der Vorhalt, dass das Angebotbegleitschreiben gemäß der Unklarheitenregelung des Paragraph 915, ABGB dahingehend verstanden werden könnte, dass mit diesem Begleitschreiben entgegen Pkt. 1.12 auch zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe der Antragstellerin Unklarheiten über den Inhalt bzw. die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen bestanden haben könnten und sohin die Antragstellerin ein Angebot gelegt hat, das insoweit den Ausschreibungsunterlagen widerspricht, sodass das Angebot der Antragstellerin aus diesem Grunde auszuschneiden sein könnte.

Ausweislich des rechtsverbindlich für die Antragstellerin unterfertigten Begleitschreibens zum Angebot der Antragstellerin haben insoweit zum Zeitpunkt der Angebotslegung für die Antragstellerin etliche Unklarheiten über die Abrechnung der Leistung im Auftragsfall bestanden.

1. 2.Ziffer 2

Beweismittel und Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und dort insbesondere jeweils aus den ausdrücklich bezogenen Unterlagen; bzw insbesondere auch aus den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 18.5.2009.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.0. - Allgemeines

Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 und dem Bundesvergabeamt gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 iVm Art 14b B-VG vergabekontrollunterworfen. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 und dem Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14 b, B-VG vergabekontrollunterworfen.

Die abzuhandelnden Rechtsschutzanträge richten sich eindeutig gegen den Auftraggeber Bund, ohne dass durch die partielle anderweitige Bezeichnung durch die Antragstellerin in den Verfahren darüber auch nur Zweifel entstanden - § 13 AVG idF BGBl I 2008/5. Die abzuhandelnden Rechtsschutzanträge richten sich eindeutig gegen den Auftraggeber Bund, ohne dass durch die partielle anderweitige Bezeichnung durch die Antragstellerin in den Verfahren darüber auch nur Zweifel entstanden - Paragraph 13, AVG in der Fassung BGBl römisch eins 2008/5.

In Folge Vergabeverfahrenseinleitung im Kalenderjahr 2008 findet das BVergG 2006, BGBl I 2006/17 zur Gänze idF BGBl I 2007/86 auf das strittige Vergabegeschehen inklusive Rechtsschutzverfahren Anwendung - § 345 Z 13 BVergG 2006 idF BGBl I 2007/86. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich mangels anderweitiger Angabe auf diese Letztfassung. In Folge Vergabeverfahrenseinleitung im Kalenderjahr 2008 findet das BVergG 2006, BGBl römisch eins 2006/17 zur Gänze in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86 auf das strittige Vergabegeschehen inklusive Rechtsschutzverfahren Anwendung - Paragraph 345, Ziffer 13, BVergG 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2007/86. Zitate des BVergG 2006 beziehen sich mangels anderweitiger Angabe auf diese Letztfassung.

3.1. - ad Spruchpunkt I 3.1. - ad Spruchpunkt römisch eins.

3.1.0. Voranzustellen ist, dass es im Nachprüfungsverfahren, in dem eine Ausscheidensentscheidung angefochten wird, primär darum geht, ob die Ausscheidensentscheidung auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens rechtmäßig beurteilt werden kann - VwGH 2007/04/0095, bzw ob - hier - die Antragstellerin durch eine derartige Ausscheidensentscheidung zu ihren Lasten in ihren vergaberechtlichen Rechten verletzt sein kann. Sihin war gegenständlich hinsichtlich der zu Lasten der Antragstellerin am 30.3.2009 versandten Ausscheidensentscheidung einerseits zu prüfen, ob die in dieser Ausscheidensentscheidung angeführten Ausscheidensgründe auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens auftraggeberseits vergaberechtskonform nachgewiesen sind.

Andererseits war aber im Ausmaß des § 39 Abs 2 und 3 AVG auch zu prüfen, ob sich bereits aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin ergeben, die die Ausscheidensentscheidung jedenfalls im Ergebnis als rechtmäßig erscheinen lassen, so dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten jedenfalls keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens mehr haben konnten - § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006; womit eine weitere Verzögerung des Vergabeverfahrens unsachlich in das Rechtsverhältnis der für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin mit dem Auftraggeber (Recht auf Zuschlagserhalt der präsumtiven Bestbieterin gemäß VwGH 2003/04/0199) eingreifend erschiene; idS bereits BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88. Dabei hatte das BVA rechtliches Gehör iSv EuGH C-249/01 "Hackermüller" im gebotenen Ausmaß zu gewähren. Andererseits war aber im Ausmaß des Paragraph 39, Absatz 2 und 3 AVG auch zu prüfen, ob sich bereits aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens Ausscheidensgründe zu Lasten der Antragstellerin ergeben, die die Ausscheidensentscheidung jedenfalls im Ergebnis als rechtmäßig erscheinen lassen, so dass die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten jedenfalls keinen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens mehr haben konnten - Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006; womit eine weitere Verzögerung des Vergabeverfahrens unsachlich in das Rechtsverhältnis der für den Zuschlag in Aussicht genommenen

Bieterin mit dem Auftraggeber (Recht auf Zuschlagserhalt der präsumtiven Bestbieterin gemäß VwGH 2003/04/0199) eingreifend erschiene; idS bereits BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88. Dabei hatte das BVA rechtliches Gehör iSv EuGH C-249/01 "Hackermüller" im gebotenen Ausmaß zu gewähren.

Ab einer insoweit gegebenen Erweislichkeit auch nur eines einzigen Ausscheidensgrunds auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens kommt dem BVA keine Befugnis zu, eine auftraggeberseits versandte Ausscheidensentscheidung über Antrag eines jeweils Rechtsschutz suchenden Bieters aufzuheben - § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Ab einer insoweit gegebenen Erweislichkeit auch nur eines einzigen Ausscheidensgrunds auf Basis der Aktenlage des Vergabeverfahrens kommt dem BVA keine Befugnis zu, eine auftraggeberseits versandte Ausscheidensentscheidung über Antrag eines jeweils Rechtsschutz suchenden Bieters aufzuheben - Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

3.1.1. Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist zunächst auf das Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin und weiters den Ausscheidensgrund laut Ausscheidensentscheidung zu verweisen, bei dem sich die Antragstellerin trotz eines im Leistungsverzeichnis auszupreisenden Tagessatzes pro Probenehmer und der Angabe der Anzahl der Probenemertage bei zB der Verdachtsfläche 1 des Loses Nr 5 eine Mehrabrechnungsmöglichkeit "nach Rücksprache mit dem Auftraggeber" vorbehalten wollte.

Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin und des Herrn DI Nö*** in der Verhandlung wurden mit dem im Sachverhalt diesbezüglich wiedergegebenen Text des Begleitschreibens zum Angebot und insbesondere der Passage:

"Sollten die Arbeitszeit von täglich 8 Stunden überschritten werden, wären die zusätzlich anfallenden Stunden nach ausdrücklicher Rücksprache mit dem AG in Regie abzugelten."

nicht bloß Kalkulationsgrundlagen offen gelegt, sondern wurde diesbezüglich die Grundlage dafür geschaffen, dass über den Angebotspreis hinaus etwas verrechnet werden könnte.

Das Beweisverfahren hat dabei gerade nicht ergeben, dass zwischen dem Auftraggeber und der Antragstellerin zumindest subjektiver Konsens darüber bestanden hätte, dass "nach Rücksprache mit dem AG " bedeuten würde: "mit Zustimmung des Auftraggebers".

Sohin ist das Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin und damit das Angebot der Antragstellerin insgesamt (zumindest) gemäß den Grundwertungen des § 915 2. Halbsatz ABGB, der (scil § 915 2. Halbsatz ABGB) auch bei der Anbahnung entgeltlicher Verträge im vorvertraglichen Stadium anzuwenden ist, auf Basis des Wortlauts eben des gegenständlichen Begleitschreibens dahin zu bewerten, dass sich die Antragstellerin damit eine Willenserklärung zurechnen lassen muss, mit der sie ausgesagt hat, dass eine bloße Rücksprache, also eine bloße Kontaktaufnahme mit dem Auftraggeber - ohne diesbezügliches Zustimmungserfordernis durch den Auftraggeber - ausreichen würde, um über eine anzubietende Tagespauschale pro Probenehmer hinaus auf Stundensatzbasis mehr als den Angebotspreis verrechnen zu können, wenn der fragliche Probenahmetag im Auftragsfalle eben länger als acht Arbeitszeitstunden dauern sollte. Dies insb zB entgegen dem Text der Position 9.2.2 des Leistungsverzeichnisses des Loses Nr 5 der streitgegenständlichen Ausschreibung, wobei sich in objektiver Auslegung dieser letztgenannten Ausschreibungspassage ergibt, dass eine Pauschale als Produkt aus Anzahl des Tagsatzes pro Probenehmer und aus der Anzahl der Probenahmetage den Positionspreis je Verdachtsfläche des Loses auszupreisen ist, wobei dieser Positionspreis dann eben in den Gesamtangebotspreis Eingang findet; und gerade keine zusätzliche Abrechnung nach tatsächlich am Probentag geleisteten Arbeitsstunden bei dieser Position stattfinden soll. Sohin ist das Angebotsbegleitschreiben der Antragstellerin und damit das Angebot der Antragstellerin insgesamt (zumindest) gemäß den Grundwertungen des Paragraph 915, 2. Halbsatz ABGB, der (scil Paragraph 915, 2. Halbsatz ABGB) auch bei der Anbahnung entgeltlicher Verträge im vorvertraglichen Stadium anzuwenden ist, auf Basis des Wortlauts eben des gegenständlichen Begleitschreibens dahin zu bewerten, dass sich die Antragstellerin damit eine Willenserklärung zurechnen lassen muss, mit der sie ausgesagt hat, dass eine bloße Rücksprache, also eine bloße Kontaktaufnahme mit dem Auftraggeber - ohne diesbezügliches Zustimmungserfordernis durch den Auftraggeber - ausreichen würde, um über eine anzubietende Tagespauschale pro Probenehmer hinaus auf Stundensatzbasis mehr als den Angebotspreis verrechnen zu können, wenn der fragliche Probenahmetag im Auftragsfalle eben länger als acht Arbeitszeitstunden dauern sollte. Dies insb zB entgegen dem Text der Position 9.2.2 des Leistungsverzeichnisses des Loses Nr 5 der streitgegenständlichen Ausschreibung, wobei sich in objektiver Auslegung dieser letztgenannten Ausschreibungspassage ergibt, dass eine Pauschale als Produkt aus Anzahl des Tagsatzes pro Probenehmer und aus

der Anzahl der Probenahmetage den Positionspreis je Verdachtsfläche des Loses auszureisen ist, wobei dieser Positionspreis dann eben in den Gesamtangebotspreis Eingang findet; und gerade keine zusätzliche Abrechnung nach tatsächlich am Probentag geleisteten Arbeitsstunden bei dieser Position stattfinden soll.

Wenn die Antragstellerin diesbezüglich im Text ihres Angebotsbegleitschreibens darauf hinweist, dass sie bestimmte - im Schreiben erwähnte - Kalkulationsgrundlagen ihrem Angebot zugrunde legt, ist insbesondere auch damit erwiesen, dass die Summe der Ausführungen der Antragstellerin im ausgefüllten Ausschreibungsformular und im Begleitschreiben zu diesem ihrem Angebot jene Willenserklärung darstellt, die die Antragstellerin als Angebot iS des § 861 ABGB und § 2 Z 3 BVergG 2006 abgeben wollte, um ein Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren zu legen. Wenn die Antragstellerin diesbezüglich im Text ihres Angebotsbegleitschreibens darauf hinweist, dass sie bestimmte - im Schreiben erwähnte - Kalkulationsgrundlagen ihrem Angebot zugrunde legt, ist insbesondere auch damit erwiesen, dass die Summe der Ausführungen der Antragstellerin im ausgefüllten Ausschreibungsformular und im Begleitschreiben zu diesem ihrem Angebot jene Willenserklärung darstellt, die die Antragstellerin als Angebot iS des Paragraph 861, ABGB und Paragraph 2, Ziffer 3, BVergG 2006 abgeben wollte, um ein Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren zu legen.

Durch den Vorbehalt einer Mehrabrechnung über den Positionsangebotspreis laut zB Punkt 9.2.2 des Leistungsverzeichnisses hinaus - wie oben aufgezeigt - hat die Antragstellerin ein den Vorgaben der Ausschreibung und insbesondere dem Leistungsverzeichnis widersprechendes Angebot gelegt.

Damit liegt der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 zu Lasten der Antragstellerin ausweislich der Aktenlage des Vergabeverfahrens vor. Damit liegt der Ausscheidensgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 zu Lasten der Antragstellerin ausweislich der Aktenlage des Vergabeverfahrens vor.

Schon allein deshalb war dem gegen die Ausscheidensentscheidung vom 30.3.2009 gerichteten Nichtigkeitsantrag nicht mehr stattzugeben, weil die Ausscheidensentscheidung insoweit im Ergebnis rechtmäßig erscheint.

Eine Erörterung dieses Ausscheidensgrunds zwischen Auftraggeber und Antragstellerin gemäß §§ 126f BVergG 2006 war nicht geboten, da die in den §§ 126 und 127 BVergG 2006 vorgesehenen Gespräche zwischen Auftraggeber und Bieter im offenen Vergabeverfahren nicht dazu führen dürfen, dass ein a priori zum Zeitpunkt des Schlusstermins für die Angebotsabgabe ausschreibungswidriges Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 19 Abs 1 BVergG 2006 nachträglich ausschreibungskonform würde oder aber die Ausschreibung nach dem besagten Termin zu Gunsten eines Bieters nachträglich geändert würde. Eine Erörterung dieses Ausscheidensgrunds zwischen Auftraggeber und Antragstellerin gemäß Paragraphen 126 f, BVergG 2006 war nicht geboten, da die in den Paragraphen 126 und 127 BVergG 2006 vorgesehenen Gespräche zwischen Auftraggeber und Bieter im offenen Vergabeverfahren nicht dazu führen dürfen, dass ein a priori zum Zeitpunkt des Schlusstermins für die Angebotsabgabe ausschreibungswidriges Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 nachträglich ausschreibungskonform würde oder aber die Ausschreibung nach dem besagten Termin zu Gunsten eines Bieters nachträglich geändert würde.

3.1.2. Zudem ergibt sich im Abgleich des Angebotsbegleitschreibens der Antragstellerin mit Punkt 1.12 der Allgemeinen Verfahrensbestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung ein weiterer grundsätzlicher - aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erschießbarer - zwingender und nicht dem Ermessen des Auftraggebers anheim gestellter - Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. 3.1.2. Zudem ergibt sich im Abgleich des Angebotsbegleitschreibens der Antragstellerin mit Punkt 1.12 der Allgemeinen Verfahrensbestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung ein weiterer grundsätzlicher - aus der Aktenlage des Vergabeverfahrens erschießbarer - zwingender und nicht dem Ermessen des Auftraggebers anheim gestellter - Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Wenn nämlich Punkt 1.12 der Allgemeinen Verfahrensbestimmungen der präkludierten Ausschreibung ein Angebot verlangt, bei dem vor der Angebotsabgabe des Bieters bei diesem keine Unklarheiten mehr über die Ausschreibung vorliegen, dokumentiert das im Sachverhalt wiedergegebene Angebotsbegleitschreiben, dass die Antragstellerin in etlichen Punkten nur "davon ausgegangen" ist, dass die Ausschreibung in bestimmter Weise angewendet würde, ohne dass diese Annahmen und Auslegungsunsicherheiten betreffend die Ausschreibung ausschreibungskonform vorab mit dem Auftraggeber klargestellt bzw abgeklärt worden wären. Setzt die präkludierte Ausschreibung voraus, dass das

Angebot nur auf Basis einer für den Bieter eindeutigen Ausschreibung abgegeben wird, ist mit dem Angebotsbegleitschreiben - mit Vorbehalten bzw Auslegungsannahmen zur Ausschreibung über nahezu zwei Seiten - erwiesen, dass für die Antragstellerin keine Klarheit über die nachmalige Anwendung der Ausschreibung im Auftragsfalle bestanden hat.

Das Angebot der Antragstellerin widerspricht insoweit gleichfalls der Ausschreibung gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006. Das Angebot der Antragstellerin widerspricht insoweit gleichfalls der Ausschreibung gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Die Ausscheidensentscheidung vom 30.3.2009 ist damit im Ergebnis auch aus diesem Grunde rechtmäßig, so dass auch insoweit von einer Nichtigerklärung Abstand zu nehmen war.

Die Antragstellerin wurde auch zu diesem Ausscheidensgrund iSv EuGH C- 249/01 vorab hinreichend gehört.

3.2. - ad Spruchpunkt II.3.2. - ad Spruchpunkt römisch zwei.

Ein auszuscheidender Bieter hat keinen Schaden durch eine im gleichen Vergabeverfahren zu Gunsten eines anderen Bieters ergehenden Zuschlagsentscheidung - § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006; bzw kann ein bereits ausgeschiedener Bieter durch eine derartig anderweitig ergehende Zuschlagsentscheidung nicht in seinen Rechten gemäß § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 verletzt sein - VwGH 2007/04/0232 und 0233. Da die Antragstellerin aus den Gründen, wie in Punkt 3.1 dieses Bescheids dargelegt, bereits rechtmäßig ausgeschieden wurde, war daher dem gegen die anderweitig ergangene Zuschlagsentscheidung gerichteten Nichtigerklärungsbegehren im Lichte des gerade zitierten VwGH - Erk keine Folge zu geben. Ein auszuscheidender Bieter hat keinen Schaden durch eine im gleichen Vergabeverfahren zu Gunsten eines anderen Bieters ergehenden Zuschlagsentscheidung - Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006; bzw kann ein bereits ausgeschiedener Bieter durch eine derartig anderweitig ergehende Zuschlagsentscheidung nicht in seinen Rechten gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 verletzt sein - VwGH 2007/04/0232 und 0233. Da die Antragstellerin aus den Gründen, wie in Punkt 3.1 dieses Bescheids dargelegt, bereits rechtmäßig ausgeschieden wurde, war daher dem gegen die anderweitig ergangene Zuschlagsentscheidung gerichteten Nichtigerklärungsbegehren im Lichte des gerade zitierten VwGH - Erk keine Folge zu geben.

3.3. - ad Spruchpunkt III.3.3. - ad Spruchpunkt römisch drei.

Prozesserklärungen an die Behörde sind vom Grundsatz her keine Willenserklärungen und damit Entscheidungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren an einen Bieter, siehe dazu nur BVA 17.3.2009, N/0078- BVA/08/2008-347 und 1.2.2008, N/0127-BVA/08/2007-25). Es sind auch keine Tatsachen hervorgekommen und hat die Antragstellerin auch keine weiteren Beweisanträge gestellt, die dazu führen hätten können, dass der in der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag zu N/0034- BVA/08/2009 enthaltene neue Ausscheidensgrund - im Vergleich zur Ausscheidensentscheidung vom 30.3.2009 - dennoch eine weitere Ausscheidensentscheidung wäre.

Für dieses Ergebnis spricht auch die stRsp des VwGH zur Antragslegitimation iSv VwGH 2005/04/0200, da bei Zugrundelegung der Auffassung der Antragstellerin, in dem am 28.4.2009 an sie übermittelten Schriftsatz wäre eine weitere Ausscheidensentscheidung enthalten gewesen, die vom VwGH in 2005/04/0181 vorgenommene Differenzierung, dass nach einem Ausscheiden abzuweisen ist, jedoch bei einem Vorliegen eines Ausscheidensgrunds ohne formelle Ausscheidensentscheidung zurückzuweisen ist, obsolet wäre.

MaW wäre insoweit die Lösung von Nachprüfungsanträgen wider eine Zuschlagsentscheidung auf der Ebene der Antragslegitimation bei einem erst im Nachprüfungsverfahren auftraggeberseits zu Lasten einer Antragstellerin vorgebrachten und danach im Schadenspunkte geprüften Ausscheidensgrunds überholt - siehe dazu nur VwGH 2007/04/0095, wenn ein Prozessvorbringen zum Vorliegen eines Ausscheidensgrunds gleichzeitig eine Ausscheidensentscheidung iS des § 129 Abs 3 BVergG 2006 wäre, die der Auftraggeber direkt an die Antragstellerin zu richten hätte. Da sohin insbesondere auch nach Befragung des Herrn DI Nöbauer am 18.5.2009 in der Verhandlung vor dem BVA betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0043-BVA/08/2009 keine neuerliche Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 28.4.2009 erweislich war, war der diesbezügliche Nichtigerklärungsantrag aus dem Grunde des § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 zurückzuweisen. MaW wäre insoweit die Lösung von Nachprüfungsanträgen wider eine Zuschlagsentscheidung auf der Ebene der Antragslegitimation bei einem erst im Nachprüfungsverfahren auftraggeberseits zu Lasten einer Antragstellerin vorgebrachten und danach im Schadenspunkte geprüften Ausscheidensgrunds überholt - siehe dazu nur VwGH 2007/04/0095, wenn ein Prozessvorbringen zum Vorliegen eines

Ausscheidensgrunds gleichzeitig eine Ausscheidensentscheidung iS des Paragraph 129, Absatz 3, BVergG 2006 wäre, die der Auftraggeber direkt an die Antragstellerin zu richten hätte. Da sohin insbesondere auch nach Befragung des Herrn DI Nöbauer am 18.5.2009 in der Verhandlung vor dem BVA betreffend das Nachprüfungsverfahren N/0043-BVA/08/2009 keine neuerliche Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers vom 28.4.2009 erweislich war, war der diesbezügliche Nichtigerklärungsantrag aus dem Grunde des Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 zurückzuweisen.

Weiters kann diese Zurückweisung des Nichtigerklärungsantrags zu N/0043- BVA/08/2009 auch darauf gestützt werden, dass der Antragstellerin kein Schaden iS des § 320 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 durch eine neuerliche Ausscheidensentscheidung mehr droht, wenn bereits eine erste Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin rechtmäßig dem Rechtsbestand angehört. Weiters kann diese Zurückweisung des Nichtigerklärungsantrags zu N/0043- BVA/08/2009 auch darauf gestützt werden, dass der Antragstellerin kein Schaden iS des Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 durch eine neuerliche Ausscheidensentscheidung mehr droht, wenn bereits eine erste Ausscheidensentscheidung zu Lasten der Antragstellerin rechtmäßig dem Rechtsbestand angehört.

3.4. - zur aktuellen Unerheblichkeit von Fragen iZm der Beschwerdepunktformulierung

Aus den vorstehend aufgezeigten Gründen musste im Verfahren nicht weiter geklärt werden, ob die Antragstellerin, nach der jeweils in beiden Nachprüfungsanträgen jedenfalls tauglichen Formulierung des Rechts auf Nichtausscheidung des eigenen ausschreibungskonformen Angebots durch die im Verfahren N/0034-BVA/08/2009 angefochtene Zuschlagsentscheidung überhaupt denkmöglich in einem in ihren Nachprüfungsanträgen derart bezeichneten "Recht auf [...] Zuschlagserhalt" verletzt sein konnte, bzw ob mit der weiteren Beschwerdepunktformulierung "Rechte auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren bzw auf Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung" dem Bestimmtheitserfordernis des § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 Rechnung getragen wurde; bzw ob insoweit bei ausdrücklicher Bezeichnung anderweitiger - wenn auch allenfalls untauglicher - Beschwerdepunkte insbesondere im Lichte des Gemeinschaftsrechts ein Verbesserungsauftrag zu erteilen gewesen wäre - dies iS der Verfahrensökonomie gemäß § 39 Abs 2 AVG. Aus den vorstehend aufgezeigten Gründen musste im Verfahren nicht weiter geklärt werden, ob die Antragstellerin, nach der jeweils in beiden Nachprüfungsanträgen jedenfalls tauglichen Formulierung des Rechts auf Nichtausscheidung des eigenen ausschreibungskonformen Angebots durch die im Verfahren N/0034-BVA/08/2009 angefochtene Zuschlagsentscheidung überhaupt denkmöglich in einem in ihren Nachprüfungsanträgen derart bezeichneten "Recht auf [...] Zuschlagserhalt" verletzt sein konnte, bzw ob mit der weiteren Beschwerdepunktformulierung "Rechte auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren bzw auf Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung" dem Bestimmtheitserfordernis des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 Rechnung getragen wurde; bzw ob insoweit bei ausdrücklicher Bezeichnung anderweitiger - wenn auch allenfalls untauglicher - Beschwerdepunkte insbesondere im Lichte des Gemeinschaftsrechts ein Verbesserungsauftrag zu erteilen gewesen wäre - dies iS der Verfahrensökonomie gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG.

3.5. - ad Spruchpunkt IV3.5. - ad Spruchpunkt römisch vier.

§ 319 Abs 1 und Abs 2 Z 1 BVergG 2006 setzen für die Auferlegung von Pauschalgebührenersatz an den Auftraggeber hinsichtlich der Pauschalgebühren, welche die Antragstellerin für die ihrerseits gestellten Nachprüfungsanträge und Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtet hat, grundlegend voraus, dass die Antragstellerin mit ihrem jeweilig gestellten Nichtigerklärungsbegehren (zur Gänze bzw zumindest teilweise) obsiegt. Paragraph 319, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 setzen für die Auferlegung von Pauschalgebührenersatz an den Auftraggeber hinsichtlich der Pauschalgebühren, welche die Antragstellerin für die ihrerseits gestellten Nachprüfungsanträge und Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtet hat, grundlegend voraus, dass die Antragstellerin mit ihrem jeweilig gestellten Nichtigerklärungsbegehren (zur Gänze bzw zumindest teilweise) obsiegt.

Da die Antragstellerin weder mit ihren beiden Nichtigerklärungsbegehren zu N/0034-BVA/08/2009 noch mit demjenigen zu N/0043-BVA/08/2009 obsiegt hat, war den Pauschalgebührenersatzbegehren bereits aus diesem Grunde keine Folge zu geben.

Schlagworte

Ausscheiden der Antragstellerin; Rechtmäßigkeit; Rechtsfolgen der Ausscheidensentscheidung;

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