

TE Verg Bescheid 2008/5/21 N/0044-BVA/09/2008-24

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.05.2008

Norm

BVergG 2006 §2 Z1 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §123 Abs1

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §291 Abs2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z3

BVergG 2006 §312 Abs3

BVergG 2006 §312 Abs4

BVergG 2006 §312 Abs5

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1 Z5

BVergG 2006 §321 Abs2

BVergG 2006 §345 Abs13

ABGB §914

ABGB §915

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

- [illegible]

5. BVergG 2006 § 321 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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

1. ABGB § 914 heute
2. ABGB § 914 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916
1. ABGB § 915 heute
2. ABGB § 915 gültig ab 01.01.1812

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, sowie Dkfm. Dr. Johann Hackl als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung und Umbau des Seminarzentrums Schwaighof der WKNÖ in St. Pölten - Tischlerarbeiten/mobile Trennwände" des Auftraggebers Wirtschaftskammer Niederösterreich, Landsbergerstraße 1, 3100 St. Pölten, vertreten durch Z***, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 14. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. April 2008, verbessert eingelangt am 16. April 2008, sowie über den Antrag vom 15. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. April 2008, 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 DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "Sanierung und Umbau des Seminarzentrums Schwaighof der WKNÖ in St. Pölten - Tischlerarbeiten/mobile Trennwände" des Auftraggebers Wirtschaftskammer Niederösterreich, Landsbergerstraße 1, 3100 St. Pölten, vertreten durch Z***, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 14. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. April 2008, verbessert eingelangt am 16. April 2008, sowie über den Antrag vom 15. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. April 2008, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag vom 14. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. April 2008, "das Bundesvergabeamt wolle erkennen, dass die Ausscheidung der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren der Wirtschaftskammer Niederösterreich, Gewerk "Tischlerarbeiten/Mobile Trennwände" im Zuge des Zu-, Um- und Neubaus des Seminarzentrums Schweighof der Wirtschaftskammer Niederösterreich in St. Pölten rechtswidrig und sohin nichtig ist", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 2 Z 16 lit a sublit aa, 129 Abs 1 Z 7 und 312 Abs 2 Z 2 BVergG, 915 ABGB
Rechtsgrundlage: Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 129 Absatz eins, Ziffer 7 und 312 Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, 915 ABGB

II.römisch zwei.

Der Antrag vom 15. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. April 2008, "die Entscheidung der Erstantragsgegnerin vom 7.4.2008 als nichtig aufzuheben", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 321 Abs 1 Z 5 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG

III.römisch drei.

Der Antrag vom 14. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. April 2008, "das Bundesvergabeamt wolle weiters feststellen, dass die Antragstellerin Bestbieter dieses Verfahrens ist", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 312 Abs 2 und 3 BVergGRechtsgrundlage: Paragraph 312, Absatz 2 und 3 BVergG

Begründung

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 14. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. April 2008, verbessert eingelangt am 16. April 2008, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Feststellung der Bestbielereigenschaft der Antragstellerin (siehe Spruchpunkte I. und III). Am 15. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. April 2008, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 7.4.2008 (siehe Spruchpunkt II.). Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 14. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15. April 2008, verbessert eingelangt am 16. April 2008, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Feststellung der Bestbielereigenschaft der Antragstellerin (siehe Spruchpunkte römisch eins. und römisch drei). Am 15. April 2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16. April 2008, stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 7.4.2008 (siehe Spruchpunkt römisch zwei.).

Mit Schriftsatz vom 14. April 2008 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass die Wirtschaftskammer Niederösterreich ein Vergabeverfahren hinsichtlich des Zu-, Um- und Neubaus des Seminarzentrums Schwaighof in St. Pölten durchführe. Das Vergabeverfahren beinhalte auch "Tischlerarbeiten - mobile Trennwände".

Es handle sich um ein offenes Verfahren. Die Antragstellerin habe sich durch Legung eines Angebotes an diesem Verfahren beteiligt. Das Angebot der Antragstellerin sei mit der nicht stichhaltigen Begründung ausgeschieden worden, dass sie ihrem Anbot ihre eigenen kaufmännischen Vertragsbestimmungen zugrunde gelegt hätte. Dies stelle ein unzulässiges Alternativangebot dar und sei das Angebot der Antragstellerin daher auszuschneiden gewesen.

Die Begründung sei jedoch aus folgenden Gründen nicht stichhaltig:

Die Antragstellerin habe im Formblatt 1 ausdrücklich unterschrieben, dass von den Bietern allfällige, dem Angebot beigefügte Bedingungen, keine Gültigkeit hätten, sofern diese nicht in der Ausschreibung oder in der Einladung zur Angebotslegung verlangt gewesen seien. Schon alleine aus dieser Erklärung der Antragstellerin sei völlig klar, dass die Antragstellerin selbst bekundet habe, dem Angebot beigefügten Bedingungen keine Gültigkeit beizumessen.

Im Angebot der Antragstellerin sei folgende Bestimmung enthalten:

"Als Vertragsgrundlage gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auf Wunsch stellen wir Ihnen diese auch kostenfrei zur Verfügung". Diese Geschäftsbedingungen seien jedoch dem Angebot nicht beigelegt gewesen und seien diese, da nicht angefordert, auch nicht nachgereicht worden.

Betrachte man die Erklärungen der Antragstellerin in Formblatt 1, so würden eigene Geschäftsbedingungen nicht einmal dann Wirksamkeit entfalten, wenn sie beigelegt worden wären. Umso weniger treffe dies zu, als die eigenen Geschäftsbedingungen überhaupt nicht beigelegt gewesen seien und auch nicht nachgereicht worden seien.

Der drittgereihte Bieter, die ortsansässige B***, solle den Zuschlag erhalten. Dies ergebe sich aus einem Schreiben der Wirtschaftskammer vom 7.4.2008.

Mit Schriftsatz vom 15. April 2008 (auftragene Verbesserung), beim BVA eingelangt am 16. April 2008, brachte die Antragstellerin vor, dass sie in ihrem Recht verletzt worden sei, als Bestbieterin den Zuschlag zu erhalten. Sie erleide durch das rechtswidrige Ausscheiden ihres Angebotes einen Schaden. Dieser manifestiere sich einerseits in den erheblichen Aufwendungen zur Angebotserstellung und andererseits im drohenden Gewinnentgang und im Verlust

des Deckungsbeitrags. Überdies stelle der gegenständliche Auftrag ein wichtiges Referenzprojekt dar. Die gegenständliche Baustelle sei auch in technischer Hinsicht eine besondere Referenz, als hier schallisolierte mobile Trennwandelemente mit Glasausführung zum Einsatz kämen.

Die Antragstellerin habe keine abweichenden rechtlichen oder kaufmännischen Bedingungen aufgestellt.

Weiters brachte die Antragstellerin in diesem Schriftsatz vor, dass die gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers, einerseits die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden und die drittgerühnte Bieterin zum Zug kommen zu lassen; d.h., zu beabsichtigen, dieser den Zuschlag zu erteilen, angefochten werde (...In der Antragstellung der Antragstellerin ist auch das Begehren enthalten, die Entscheidung der Erstantragsgegnerin vom 7.4.2008 als nichtig aufzuheben).

Der Auftraggeber erstattete mit Telefax vom 17. April 2008 allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. belaufe sich auf Euro XXX. Auftraggeber sei die Wirtschaftskammer Niederösterreich. Vergebende Stelle sei die C***. Die Verfahrensbekanntmachung sei am 8. Februar 2008 im Amtlichen Lieferanzeiger sowie im Kammerorgan "NÖWI" erfolgt. Eine EU-weite Bekanntmachung habe nicht stattgefunden. Der Auftraggeber erstattete mit Telefax vom 17. April 2008 allgemeine Auskünfte zum gegenständlichen Vergabeverfahren. Es handle sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert ohne USt. belaufe sich auf Euro römisch 30 . Auftraggeber sei die Wirtschaftskammer Niederösterreich. Vergebende Stelle sei die C***. Die Verfahrensbekanntmachung sei am 8. Februar 2008 im Amtlichen Lieferanzeiger sowie im Kammerorgan "NÖWI" erfolgt. Eine EU-weite Bekanntmachung habe nicht stattgefunden.

Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren vergeben werden. Es gelte das sogenannte "Billigstbieterprinzip". Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Angebotseröffnung habe am 4. März 2008, 12.15 Uhr, stattgefunden. Der Angebotspreis der Antragstellerin habe Euro XXX netto betragen. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe sich auf netto Euro XXX belaufen. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren vergeben werden. Es gelte das sogenannte "Billigstbieterprinzip". Eine Unterteilung in Lose sei nicht erfolgt. Die Angebotseröffnung habe am 4. März 2008, 12.15 Uhr, stattgefunden. Der Angebotspreis der Antragstellerin habe Euro römisch 30 netto betragen. Der Angebotspreis des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe sich auf netto Euro römisch 30 belaufen.

Das Ausscheiden ihres Angebotes sei der Antragstellerin mit Telefax vom 7. April 2008 mitgeteilt worden. Gleichzeitig sei sämtlichen Bietern auch die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Der Zuschlag sei noch nicht erteilt, das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen worden.

Mit Schriftsatz vom 23. April 2008 legte der Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und führte weiters aus, dass der Nachprüfungsantrag aufgrund unrichtiger Bezeichnung des verletzten Rechtes unzulässig sei. Mit Verbesserungsschreiben vom 15. April 2008 habe die Antragstellerin nämlich das Recht, in dem sie sich als verletzt erachte, folgendermaßen bezeichnet:

"Die Antragstellerin wurde in ihrem Recht verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten".

Die Antragstellerin erachte sich somit in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Diese Bezeichnung des verletzten Rechtes sei aber verfehlt. Die Antragstellerin könne weder durch die Zuschlagsentscheidung noch durch die Ausscheidensentscheidung in einem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt werden. Die Ausscheidensentscheidung könne einen Bieter allenfalls in seinem Recht verletzen, dass sein Angebot nicht ausgeschieden und daher berücksichtigt werde. Ein Recht auf Zuschlagserteilung werde mit einer Ausscheidensentscheidung weder geschaffen noch verletzt.

Das gleiche gelte hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung. Die Zuschlagsentscheidung räume lediglich dem präsumtiven Zuschlagsempfänger das Recht ein, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nur mehr an ihn in Betracht komme. Daher könne die Antragstellerin durch die Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung nicht verletzt worden sein.

Die Nachprüfungsbehörde sei an die geltend gemachten Beschwerdepunkte gebunden. Im gegenständlichen Fall habe die Antragstellerin das Recht, in dem sie sich als verletzt erachte, ausdrücklich und unmissverständlich bezeichnet. Sie erachte sich ausschließlich in ihrem Recht auf Erhalt des Zuschlages (also auf Zuschlagserteilung) verletzt. In diesem

Recht könne sie nach der Rechtssprechung des VwGH nicht verletzt werden.

Die Antragstellerin behaupte im Schriftsatz vom 15. April 2008, dass im Nachprüfungsantrag auch das Begehren enthalten sei, "die Entscheidung der Erstantragsgegnerin vom 7. April 2008 als nichtig aufzuheben". Hiezu sei anzumerken, dass aus diesem Vorbringen nicht klar ersichtlich sei, welche Entscheidung konkret für nichtig erklärt werden solle. In der Entscheidung vom 7. April 2008 seien nämlich die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Selbst wenn man unter dem Begriff "Entscheidung vom 7. April 2008" sowohl die Ausscheidensentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung verstehen wollte, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen. Der Nachprüfungsantrag vom 14. April 2008 enthalte nämlich keinen Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Zuschlagsentscheidung sei in diesem Schriftsatz gar nicht erwähnt. Selbst wenn man das Begehren im Schriftsatz vom 15. April 2008 als Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung interpretieren wollte, sei anzumerken, dass dieser Antrag nicht vergebührt und jedenfalls verfristet sei. Ein Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung wäre spätestens bis 14. April 2008 einzubringen gewesen.

Gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Diese Voraussetzung treffe hinsichtlich der Ausscheidensentscheidung nicht zu. Wie bereits dargelegt, sei der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung verfristet, die Zuschlagsentscheidung damit rechtskräftig. Durch die Aufhebung der vermeintlich rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung wäre daher für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Die vermeintlich rechtswidrige Ausscheidensentscheidung habe daher keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Diese Voraussetzung treffe hinsichtlich der Ausscheidensentscheidung nicht zu. Wie bereits dargelegt, sei der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung verfristet, die Zuschlagsentscheidung damit rechtskräftig. Durch die Aufhebung der vermeintlich rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung wäre daher für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Die vermeintlich rechtswidrige Ausscheidensentscheidung habe daher keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Das hinsichtlich der Ausscheidensentscheidung gestellte Begehren sei aus einem weiteren Grund unzulässig. Das Begehren beziehe sich nämlich konkret auf die Nichtigkeit der Ausscheidung der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren. Tatsächlich würde aber nicht die Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden, sondern nur deren Angebot. Das BVergG 2006 unterscheide deutlich zwischen dem Ausscheiden eines Angebotes und dem Ausscheiden eines Bieters (Ausschluss). Der Ausschluss von Bietern sei keine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag richte sich daher gegen eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung, die vom Auftraggeber gar nicht getroffen worden sei. Eine Umdeutung des gegen die Ausscheidung der Antragstellerin gerichteten Begehrens in ein gegen die Ausscheidung des Angebotes gerichtetes Begehren sei ausgeschlossen.

Weiters sei festzuhalten, dass das Bundesvergabeamt in Vergabekontrollverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß § 312 Abs 2 BVergG 2006 ausschließlich einstweilige Verfügungen erlassen und rechtswidrige gesondert anfechtbare Entscheidungen für nichtig erklären könne. Das Bundesvergabeamt sei daher weder zuständig, den Bestbieter festzustellen, noch zuständig - außerhalb von einstweiligen Verfügungen - dem Auftraggeber ein aktives Verhalten, etwa die Auftragserteilung, aufzutragen. Weiters sei festzuhalten, dass das Bundesvergabeamt in Vergabekontrollverfahren vor Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 ausschließlich einstweilige Verfügungen erlassen und rechtswidrige gesondert anfechtbare Entscheidungen für nichtig erklären könne. Das Bundesvergabeamt sei daher weder zuständig, den Bestbieter festzustellen, noch zuständig - außerhalb von einstweiligen Verfügungen - dem Auftraggeber ein aktives Verhalten, etwa die Auftragserteilung, aufzutragen.

Zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags:

Das Angebot der Antragstellerin sei ausgeschieden worden, da sie ihrem Angebot die eigenen Geschäftsbedingungen zu Grunde gelegt habe. Die Argumentation der Antragstellerin, dass sie das Formblatt 1 unterschrieben habe, wonach allfällige dem Angebot beigefügte Bedingungen keine Gültigkeit hätten, sei aus mehreren Gründen abzulehnen:

1. 1. Ziffer eins

Zunächst sei klarzustellen, dass das Angebot der Antragstellerin nicht deshalb ausgeschieden worden sei, da diesem Angebot eigene Bedingungen beigelegt gewesen seien. Dem Angebot der Antragstellerin seien keine eigenen Bedingungen beigelegt gewesen. Das Angebot der Antragstellerin sei deshalb ausgeschieden worden, da diesem ausdrücklich die eigenen kaufmännischen Vertragsbestimmungen zu Grunde gelegt worden seien. Im Begleitschreiben zum Angebot (Seite 5) sei insbesondere folgende Erklärung der Antragstellerin enthalten: "Als Vertragsgrundlage gelten unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auf Wunsch stellen wir Ihnen diese auch kostenfrei zur Verfügung".

Aufgrund dieser eindeutigen Erklärung könne kein Zweifel daran bestehen, dass die Antragstellerin nur zu ihren eigenen Bedingungen kontrahieren habe wollen.

1. 2.Ziffer 2

Die Bewerber hätten mit E-Mail vom 18. Februar 2008 ein Hinweisblatt mit der Bezeichnung "Angebotsmängel, die zum Ausscheiden führen" übermittelt bekommen. Die darin enthaltenen Festlegungen seien nicht bekämpft worden und seien daher sowohl für den Auftraggeber als auch für die Bieter bindend. In dem Hinweisblatt sei ausdrücklich folgende Festlegung enthalten:

"Keine Zugrundelegung der eigenen kaufmännischen Bedingungen! Es gelten die Vertragsbestimmungen der WKNÖ nebst Sideletter. Wenn Sie abweichende rechtliche oder kaufmännische Bedingungen aufstellen, ist Ihr Angebot auszuschneiden".

Mit der o.e. Festlegung habe der Auftraggeber einen für alle Beteiligten bindenden Ausscheidensgrund festgelegt. Dieser greife jedenfalls dann, wenn ein Bieter seinem Angebot eigene Geschäftsbedingungen zu Grunde lege.

Mit Schriftsatz vom 29.4.2008 brachte die Antragstellerin ergänzend vor, dass sie im Antrag vom 14.4.2008 beantragt habe, dass die Ausscheidung der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren rechtswidrig und sohin nichtig sei. Unter Bezugnahme auf das Schreiben des Auftraggebers vom 7.4.2008 könne unter dem "Ausscheiden der Antragstellerin" nur das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin verstanden werden. Der Auftraggeber habe unmissverständlich das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden. Im Falle der Stattgabe des Nachprüfungsantrages, das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin für nichtig zu erklären, könne dennotwendigerweise die Zuschlagsentscheidung nicht aufrechterhalten werden. Im Schriftsatz vom 15.4.2008 habe die Antragstellerin die Verbesserung dahingehend vorgenommen, dass klar erklärt worden sei, die gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers, die Drittbestbieterin zum Zuge kommen zu lassen, anzufechten.

Die Antragstellerin sei in ihrem subjektiven Recht verletzt, dass deren Angebot ohne geeignete Rechtsgrundlage nicht ausgeschieden werden dürfe. Wenn sich herausstellen sollte, dass das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht ausgeschieden worden sei, könne dies nur zur Konsequenz haben, dass die vom Auftraggeber im Schreiben vom 7.4.2008 erklärte Absicht, den Zuschlag einem Mitbewerber zu erteilen, rechtlich nicht mehr existent sein könne. Dass mit dem Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens des Angebotes der Antragstellerin die gesamte Zuschlagsentscheidung "in sich zusammenfalle", sei evident. Dass das Wort "Zuschlagsentscheidung" im Antrag nicht wörtlich verwendet worden sei, dürfe keinen rechtlichen Mangel bedeuten.

Der Auftraggeber lasse geflissentlich außer Acht, dass die Antragstellerin das Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis ausgepreist und unterfertigt habe. Die Unterfertigung sei sowohl auf dem Deckblatt des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses erfolgt als auch am Ende des Ausschreibungs- Leistungsverzeichnisses (Seite 39). Auf Seite 5 sei klar und eindeutig ausgeführt, dass die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der WKNÖ in der Version vom 7.10.2002 Gültigkeit hätten. In Pkt. 7 dieser Allgemeinen Vertragsbedingungen würden die Bieter bzw. Auftragnehmer erklären, die Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen anzuerkennen, sodass nachträgliche Einwendungen und Forderungen ausgeschlossen seien. Zusätzlich habe die Antragstellerin das Formblatt 1 unterfertigt und in dessen Pkt. 1 erklärt, die Bestimmungen der Ausschreibung wie auch die Vertragsbestimmungen anzuerkennen. Darüber hinaus habe die Antragstellerin die Bestimmung unterfertigt, dass von Bietern allfällige dem Angebot beigelegte Bedingungen keine Gültigkeit hätten, sofern diese nicht in der Ausschreibung oder in der Einladung zur Angebotslegung verlangt würden. Die Antragstellerin habe ihrem Angebot die eigenen Bedingungen evidenter Maßen nicht beigelegt. Vielmehr seien, wie bereits dargelegt, die Allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers ausdrücklich anerkannt worden.

Entgegen der Behauptung des Auftraggebers liege kein Begleitschreiben der Antragstellerin vor, in dem auf eigene

Vertragsbedingungen hingewiesen würde. Das Angebot inklusive der Vertragsbestimmungen und den Auspreisungen sei als rechtliche Einheit zu sehen. Von einem Begleitschreiben mit der - vom Auftraggeber vorgebrachten - vermeintlichen gesonderten Willensbildung oder Willenserklärung der Antragstellerin, könne keine Rede sein. Vorrangig würden die Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen der WKNÖ gelten.

Unter Pkt. 3, "Zustandekommen des Vertrages", sei festgelegt:

"Für das Zustandekommen des Vertrages gelten die Bestimmungen des § 101 BVergG. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber zum Zeichen der vollinhaltlichen Akzeptanz des Auftraggeberschreibens einen unterfertigten Gegenbrief zu übermitteln". "Für das Zustandekommen des Vertrages gelten die Bestimmungen des Paragraph 101, BVergG. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber zum Zeichen der vollinhaltlichen Akzeptanz des Auftraggeberschreibens einen unterfertigten Gegenbrief zu übermitteln".

Darüber hinaus sei bedeutsam, dass von der äußeren Form her die Bedingungen der Antragstellerin zu deren Wirksamkeit einer gesonderten Unterschrift des Auftraggebers bedurft hätten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 9. Mai 2008 zog die Antragstellerin den Antrag vom 14.4.2008, "der Erstantragsgegnerin aufzutragen, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen", zurück. Die übrigen Anträge wurden aufrechterhalten.

Ergänzend brachte die Antragstellerin vor, dass ihr Angebot das ausgefüllte Leistungsverzeichnis, die AVB der WKNÖ, die Formblätter 1-6, die Führungsbestätigung des ANKÖ sowie eine "Produktbeschreibung" umfasst habe, welche als "Angebot" titulierte gewesen sei. Ihr sei bewusst gewesen, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen der WKNÖ (AVB der WKNÖ) und nicht die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten sollten. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Antragstellerin die AVB der WKNÖ ihrem Angebot unterfertigt beigelegt habe. Das Hinweisblatt zu den Ausscheidensgründen vom 18.2.2008 habe die Antragstellerin erhalten.

Bei der, dem Angebot beigelegten "Produktbeschreibung", handle es sich um einen serienmäßigen EDV-Ausdruck, bei dem die Preise standardmäßig hinterlegt seien. Da es sich um ein elektronisch erstelltes Dokument handle, sei dieses auch nicht unterfertigt worden. Der Unterschied im Gesamtpreis zwischen den beiden Dokumenten (Anm: Ausschreibungs-LV und "Produktbeschreibung") ergebe sich daraus, dass der Preis in der "Produktbeschreibung" - im Gegensatz zum LV - keine Regieleistungen enthalte. Weiters sei festzuhalten, dass im LV ein 10%-iger Nachlass enthalten sei, der in der "Produktbeschreibung" fehle. Bei der, dem Angebot beigelegten "Produktbeschreibung", handle es sich um einen serienmäßigen EDV-Ausdruck, bei dem die Preise standardmäßig hinterlegt seien. Da es sich um ein elektronisch erstelltes Dokument handle, sei dieses auch nicht unterfertigt worden. Der Unterschied im Gesamtpreis zwischen den beiden Dokumenten (Anmerkung, Ausschreibungs-LV und "Produktbeschreibung") ergebe sich daraus, dass der Preis in der "Produktbeschreibung" - im Gegensatz zum LV - keine Regieleistungen enthalte. Weiters sei festzuhalten, dass im LV ein 10%-iger Nachlass enthalten sei, der in der "Produktbeschreibung" fehle.

X*** erklärte, dass die Produktbeschreibung, welche elektronisch erstellt und gefertigt worden sei, natürlich Gültigkeit habe. Aus dem Gesamtzusammenhang - insbesondere aus der Reihenfolge der gesondert unterfertigten AVB der WKNÖ sowie zusätzlich durch die Unterfertigung des Formblattes 1, sei eindeutig klargestellt, dass die Antragstellerin nicht hätte verneinen können, dass ihre eigenen Geschäftsbedingungen als vereinbart gelten könnten. X*** bestätigte weiters, dass nach der vertraglichen Reihenfolge der anzuwendenden Bestimmungen völlig klar als Gerichtsstand St. Pölten zu gelten habe.

Der Auftraggeber brachte in der mündlichen Verhandlung vom 9. Mai 2008 ergänzend vor, dass er das von der Antragstellerin als "Produktbeschreibung" bezeichnete Schriftstück als "Begleitschreiben" qualifiziere. Dieses sei jedenfalls Bestandteil des Angebotes. Der Auftraggeber sei nicht davon ausgegangen, dass es sich insgesamt um mehrere Angebote der Antragstellerin handle, nämlich etwa um ein Hauptangebot und ein Alternativangebot bzw. um 2 Hauptangebote. Der Auftraggeber gehe vielmehr davon aus, dass die Antragstellerin nur ein Angebot gelegt habe. Der Auftraggeber habe das Angebot der Antragstellerin als "ein" Angebot verstanden. Es sei jedoch möglich, dass ein redlicher Erklärungsempfänger objektiv auch davon hätte ausgehen können, dass es sich bei dem von der Antragstellerin als "Produktbeschreibung" bezeichneten Schriftstück, um ein weiteres Hauptangebot handeln könnte. Weiters sei festzuhalten, dass sich auf der firmenmäßig gefertigten Seite 1 des Angebotes der Antragstellerin (Anm.: Deckblatt) ein weiteres Abweichen von den AVB des WKNÖ finde, zumal hier als Gerichtsstand Linz angegeben sei. Der

Auftraggeber brachte in der mündlichen Verhandlung vom 9. Mai 2008 ergänzend vor, dass er das von der Antragstellerin als "Produktbeschreibung" bezeichnete Schriftstück als "Begleitschreiben" qualifiziere. Dieses sei jedenfalls Bestandteil des Angebotes. Der Auftraggeber sei nicht davon ausgegangen, dass es sich insgesamt um mehrere Angebote der Antragstellerin handle, nämlich etwa um ein Hauptangebot und ein Alternativangebot bzw. um 2 Hauptangebote. Der Auftraggeber gehe vielmehr davon aus, dass die Antragstellerin nur ein Angebot gelegt habe. Der Auftraggeber habe das Angebot der Antragstellerin als "ein" Angebot verstanden. Es sei jedoch möglich, dass ein redlicher Erklärungsempfänger objektiv auch davon hätte ausgehen können, dass es sich bei dem von der Antragstellerin als "Produktbeschreibung" bezeichneten Schriftstück, um ein weiteres Hauptangebot handeln könnte. Weiters sei festzuhalten, dass sich auf der firmenmäßig gefertigten Seite 1 des Angebotes der Antragstellerin (Anmerkung, Deckblatt) ein weiteres Abweichen von den AVB des WKNÖ finde, zumal hier als Gerichtsstand Linz angegeben sei.

Aufgrund des Vorbringens der Parteien, der Unterlagen des Vergabeverfahrens und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 9. Mai 2008, wurde folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt:

Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 8. Februar 2008 im Amtlichen Lieferanzeiger und im Kammerorgan "NÖW" bekannt gemacht. Auftraggeber ist die Wirtschaftskammer Niederösterreich. Vergebende Stelle ist die C***.

Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert des Gewerks "Tischlerarbeiten/Mobile Trennwände" beläuft sich auf Euro XXX netto. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren nach dem sog. "Billigstbieterprinzip" vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Es handelt sich gegenständlich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert des Gewerks "Tischlerarbeiten/Mobile Trennwände" beläuft sich auf Euro römisch 30 netto. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren nach dem sog. "Billigstbieterprinzip" vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose ist nicht vorgesehen.

Laut Bekanntmachung und laut den Angebotsbestimmungen, Punkt B.12., sind Alternativangebote nicht zulässig. Ebenso sind nach Punkt B.12. die Regelungen der Punkte 4.2.1 und 4.2.3. der "AVB der WKNÖ" ungültig und nicht zu beachten.

Mit E-Mail vom 18.2.2008 übermittelte der Auftraggeber sämtlichen Bewerbern das Hinweisblatt "Ausscheiden von Angeboten". Auch die Antragstellerin hat dieses Hinweisblatt erhalten (vgl. Faxprotokoll sowie die diesbezüglichen Angaben des Y*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 20, Seite 3). Mit diesem Schriftstück wurden "Angebotsmängel, die zum Ausscheiden führen" in Form einer "Checkliste" bekannt gegeben. Mit E-Mail vom 18.2.2008 übermittelte der Auftraggeber sämtlichen Bewerbern das Hinweisblatt "Ausscheiden von Angeboten". Auch die Antragstellerin hat dieses Hinweisblatt erhalten (vgl. Faxprotokoll sowie die diesbezüglichen Angaben des Y*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 20, Seite 3). Mit diesem Schriftstück wurden "Angebotsmängel, die zum Ausscheiden führen" in Form einer "Checkliste" bekannt gegeben.

Das Hinweisblatt hat folgenden Inhalt:

Sehr geehrter Bieter, sehr geehrte Bieterin!

Bitte gehen Sie vor Erstellung des Angebotes die nachfolgende Checkliste durch. Die WKNÖ ist gehalten nach dem Bundesvergabegesetz auszuschreiben und hat daher zwingende Formvorschriften einzuhalten. Angebote mit unbeheblichen Mängeln sind leider auszuschneiden.

[...].

[...].

[...].

Keine Zugrundelegung der eigenen kaufmännischen Bedingungen! Es gelten die Vertragsbestimmungen der WKNÖ nebst Sideletter. Wenn Sie abweichende rechtliche oder kaufmännische Bedingungen aufstellen, ist ihr Angebot auszuschneiden.

[...].

Gemäß AVB der WKNÖ, Punkt 5.36., befindet sich der Gerichtsstand in der Landeshauptstadt des Bundeslandes, in dem sich der Hauptsitz des Auftraggebers befindet, also gegenständlich in St. Pölten.

Weder die Ausschreibung noch die sonstige Festlegung während der Angebotsfrist (Anm.: Hinweisblatt zu den Ausscheidensgründen vom 18.2.2008) wurden seitens der Antragstellerin bekämpft. Weder die Ausschreibung noch die sonstige Festlegung während der Angebotsfrist Anmerkung, Hinweisblatt zu den Ausscheidensgründen vom 18.2.2008) wurden seitens der Antragstellerin bekämpft.

Die Angebotsöffnung erfolgte am 4. März 2008. Es sind insgesamt 8 Angebote eingelangt. Die Antragstellerin hat ein Angebot mit einem Angebotspreis (inklusive Nachlass) von Euro XXX exkl. USt. gelegt. Es handelt sich um das preislich günstigste Angebot. Die Angebotsöffnung erfolgte am 4. März 2008. Es sind insgesamt 8 Angebote eingelangt. Die Antragstellerin hat ein Angebot mit einem Angebotspreis (inklusive Nachlass) von Euro römisch 30 exkl. USt. gelegt. Es handelt sich um das preislich günstigste Angebot.

Das "Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis" der Antragstellerin (Anm.: Kurz-LV), welches das Datum 29.2.2008 trägt, wurde sowohl am Deckblatt als auch auf Seite 8 firmenmäßig gefertigt. Am Deckblatt, welches auf Firmenpapier der Antragstellerin geschrieben ist, findet sich folgender Passus: Das "Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis" der Antragstellerin Anmerkung, Kurz-LV), welches das Datum 29.2.2008 trägt, wurde sowohl am Deckblatt als auch auf Seite 8 firmenmäßig gefertigt. Am Deckblatt, welches auf Firmenpapier der Antragstellerin geschrieben ist, findet sich folgender Passus:

"Gerichtsstand ist Linz".

Weiters umfasste das Angebot der Antragstellerin auch die firmenmäßig gefertigten Formblätter 1 bis 6. Unter Punkt 1. des Formblattes 1 findet sich folgender Passus:

Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf nicht geändert werden. Ergänzungen sind ebenfalls nicht zulässig. Von den Bietern allfällige, dem Angebot beigefügte Bedingungen haben keine Gültigkeit, so fern diese nicht in der Ausschreibung oder in der Einladung zur Angebotslegung verlangt werden. Teilangebote sind nicht zulässig".

Dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis der Antragstellerin beigelegt waren auch die "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen der WKNÖ". Diese sind auf Seite 12 von der Antragstellerin firmenmäßig gefertigt.

Punkt 4.2. ("Angebot") lautet:

Mit Abgabe des Angebots erklärt der Bieter, dass er:

1. 1) Ziffer eins
zur Durchführung der angebotenen Arbeiten berechtigt ist.
2. 2) Ziffer 2
die der Ausschreibung zugrunde liegenden Bedingungen vorbehaltlos anerkennt.
3. 3) Ziffer 3
[...]

Das Angebot hat zu enthalten:

Das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis, die gegenständlichen Vertragsbedingungen, die der Bieter anerkennt, sodass nachträgliche Einwendungen und Forderungen ausgeschlossen sind sowie allfällige weitere vom Ausschreiber geforderte Unterlagen. Das Angebot ist rechtsgültig zu fertigen.

Des Weiteren lag dem Angebot der Antragstellerin ein Schriftstück vom 29.2.2008 - bezeichnet als "Angebot" - bei.

Auf Seite 5 dieses Schriftstücks findet sich folgender Passus:

[...]. Als Vertragsgrundlage gelten unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auf Wunsch stellen wir Ihnen diese auch kostenfrei zur Verfügung". [...].

Dieses Dokument wurde elektronisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

Mit Telefax vom 7. April 2008, 15.16 Uhr, wurden der Antragstellerin sowohl das Ausscheiden ihres Angebotes als auch die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Auch das Angebot des preislich an zweiter Stelle gereihten Bieters wurde ausgeschieden. Die Zuschlagsentscheidung lautet auf das Angebot der preislich an dritter Stelle gereihten B*** mit einem Nettoangebotspreis von Euro XXX. Mit Telefax vom 7. April 2008, 15.16 Uhr, wurden der Antragstellerin sowohl

das Ausscheiden ihres Angebotes als auch die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Auch das Angebot des preislich an zweiter Stelle gereihten Bieters wurde ausgeschieden. Die Zuschlagsentscheidung lautet auf das Angebot der preislich an dritter Stelle gereihten B*** mit einem Nettoangebotspreis von Euro römisch 30 .

Mit Schriftsatz vom 14.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15.4.2008, beantragte die Antragstellerin wie in den Spruchpunkten I und III wiedergegeben. Mit Schriftsatz vom 15.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16.4.2008, beantragte die Antragstellerin wie in Spruchpunkt II wiedergegeben. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 9.5.2008 zog die Antragstellerin den Antrag vom 14.4.2008, " der Erstantragsgegnerin aufzutragen, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen", zurück. Mit Schriftsatz vom 14.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 15.4.2008, beantragte die Antragstellerin wie in den Spruchpunkten römisch eins und römisch drei wiedergegeben. Mit Schriftsatz vom 15.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16.4.2008, beantragte die Antragstellerin wie in Spruchpunkt römisch zwei wiedergegeben. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 9.5.2008 zog die Antragstellerin den Antrag vom 14.4.2008, " der Erstantragsgegnerin aufzutragen, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen", zurück.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen.

Diese Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus dem Vorbringen der Parteien und den von diesen vorgelegten Urkunden.

Rechtliche Würdigung:

Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Wirtschaftskammer Niederösterreich ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Sie ist eine Landeskammer iSd §§ 1 Abs 1 und 3 Abs 1 Z 1 Wirtschaftskammergesetz 1998 (in der Folge WKG), BGBl I Nr. 103/98 idgF. Sie wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (§ 3 Abs 1 Z 2 lit a BVergG). Sie verfügt nach § 3 Abs 1 Z 1 WKG als Körperschaft öffentlichen Rechts über volle Rechtsfähigkeit, sodass die in § 3 Abs 1 Z 2 lit b BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit jedenfalls gegeben ist. Aufgrund des Aufsichtsrechts des BM für Wirtschaft und Arbeit gemäß § 136 Abs 1 WKG ist auch die dritte kumulative Voraussetzung des § 3 Abs 1 Z 2 BVergG erfüllt (vgl BVA 14.6.2005, 17N-46/05-32; 23.7.2004, 04N-50/04-46; 5.8.2005, 04N-70/05-26). Die Wirtschaftskammer Niederösterreich ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG. Sie ist eine Landeskammer iSd Paragraphen eins, Absatz eins und 3 Absatz eins, Ziffer eins, Wirtschaftskammergesetz 1998 (in der Folge WKG), BGBl römisch eins Nr. 103/98 idgF. Sie wurde zu dem besonderen Zweck gegründet, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, BVergG). Sie verfügt nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, WKG als Körperschaft öffentlichen Rechts über volle Rechtsfähigkeit, sodass die in Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Litera b, BVergG geforderte Teilrechtsfähigkeit jedenfalls gegeben ist. Aufgrund des Aufsichtsrechts des BM für Wirtschaft und Arbeit gemäß Paragraph 136, Absatz eins, WKG ist auch die dritte kumulative Voraussetzung des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG erfüllt vergleiche BVA 14.6.2005, 17N-46/05-32; 23.7.2004, 04N-50/04-46; 5.8.2005, 04N-70/05-26).

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro XXX netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG iVm der EU-Schwellenwerte-Verordnung vom 5.12.2007, Nr. 1422/2007, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens beträgt Euro römisch 30 netto und liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG in Verbindung mit der EU-Schwellenwerte-Verordnung vom 5.12.2007, Nr. 1422 aus 2007,, sodass es sich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm § 291 Abs 2 BVergG und Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung

von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG und Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben.

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Bei diesem Verfahrenstypus stellen die Ausscheidensentscheidung, die Zuschlagsentscheidung sowie sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (§ 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG). Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Bei diesem Verfahrenstypus stellen die Ausscheidensentscheidung, die Zuschlagsentscheidung sowie sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist gesondert anfechtbare Entscheidungen dar (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG).

Gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Bekanntgabe des Ausscheidens ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung wurden der Antragstellerin am 7.4.2008 mitgeteilt. Der auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes gerichtete Antrag vom 14.4.2008 sowie der Feststellungsantrag vom 14.4.2008 wurden somit rechtzeitig eingebracht. Gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich binnen 7 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Die Bekanntgabe des Ausscheidens ihres Angebotes sowie die Zuschlagsentscheidung wurden der Antragstellerin am 7.4.2008 mitgeteilt. Der auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes gerichtete Antrag vom 14.4.2008 sowie der Feststellungsantrag vom 14.4.2008 wurden somit rechtzeitig eingebracht.

Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist daher zulässig.

Anwendbare Rechtslage:

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) trat mit 1.1.2008 in Kraft. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 8. Februar 2008 eingeleitet (Bekanntmachung in der Wr. Zeitung und in der NÖWI). Gemäß § 345 Abs 13 BVergG sind die nach dem Stichtag 1.1.2008 eingeleiteten Vergabeverfahren nach der neuen Rechtslage zu führen. Auch für das Nachprüfungsverfahren, welches am 14. April 2008 eingeleitet wurde, gelten die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG). Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) trat mit 1.1.2008 in Kraft. Das gegenständliche Vergabeverfahren wurde am 8. Februar 2008 eingeleitet (Bekanntmachung in der Wr. Zeitung und in der NÖWI). Gemäß Paragraph 345, Absatz 13, BVergG sind die nach dem Stichtag 1.1.2008 eingeleiteten Vergabeverfahren nach der neuen Rechtslage zu führen. Auch für das Nachprüfungsverfahren, welches am 14. April 2008 eingeleitet wurde, gelten die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG).

Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

Zu Spruchpunkt I.: Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Gemäß § 312 Abs 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Nach § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen

Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. 1.Ziffer eins

er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2. 2.Ziffer 2

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

Das Angebot der Antragstellerin wurde gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG ausgeschieden. Begründet wurde das Ausscheiden vom Auftraggeber damit, dass dem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt gewesen sei, in dem die Antragstellerin ihre eigenen Geschäftsbedingungen zugrunde gelegt habe. Sie habe dadurch zum Ausdruck gebracht, nur zu ihren eigenen Bedingungen kontrahieren zu wollen. Dies stelle jedoch ein - laut Ausschreibung nicht zulässiges - (rechtliches) Alternativangebot dar. Die Ausschreibung sei nicht angefochten und somit bestandsfest geworden. Weiters brachte der Auftraggeber vor, dass der Antragstellerin mit E-Mail vom 18.2.2008 ein Hinweisblatt betreffend Angebotsmängel, die zum Ausscheiden des Angebotes führen würden, übermittelt worden sei. Die darin enthaltenen Feststellungen seien nicht bekämpft worden und daher bestandsfest. Der vorliegende Mangel sei laut Hinweisblatt unbehebbar und auch eindeutig die Ausscheidenssanktion vorgesehen. Das Angebot der Antragstellerin wurde gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG ausgeschieden. Begründet wurde das Ausscheiden vom Auftraggeber damit, dass dem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt gewesen sei, in dem die Antragstellerin ihre eigenen Geschäftsbedingungen zugrunde gelegt habe. Sie habe dadurch zum Ausdruck gebracht, nur zu ihren eigenen Bedingungen kontrahieren zu wollen. Dies stelle jedoch ein - laut Ausschreibung nicht zulässiges - (rechtliches) Alternativangebot dar. Die Ausschreibung sei nicht angefochten und somit bestandsfest geworden. Weiters brachte der Auftraggeber vor, dass der Antragstellerin mit E-Mail vom 18.2.2008 ein Hinweisblatt betreffend Angebotsmängel, die zum Ausscheiden des Angebotes führen würden, übermittelt worden sei. Die darin enthaltenen Feststellungen seien nicht bekämpft worden und daher bestandsfest. Der vorliegende Mangel sei laut Hinweisblatt unbehebbar und auch eindeutig die Ausscheidenssanktion vorgesehen.

Die Antragstellerin erachtet dem gegenüber das Ausscheiden ihres Angebotes als rechtswidrig: Aus dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis sei klar ersichtlich, dass die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der WKNÖ (AVB der WKNÖ) in der Version 7.10.2002 Gültigkeit hätten. Das Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis sei von der Antragstellerin unterfertigt worden. Durch die Unterfertigung auch des Formblattes 1 habe die Antragstellerin selbst bekundet, dass dem Angebot beigelegte Bedingungen keine Gültigkeit hätten. Überdies habe sie dem Angebot ihre eigenen Geschäftsbedingungen auch gar nicht beigelegt bzw seien diese nicht nachgereicht worden.

Es gilt zunächst die Frage zu klären, ob es sich bei dem dem Angebot der Antragstellerin beigelegten, mit "Angebot" tituliertem Schriftstück vom 29.2.2008, bloß um ein ihr Angebot näher erläuterndes Begleitschreiben oder aber um ein (eigenständiges) weiteres Angebot handelt.

Das dem Angebot der Antragstellerin beigelegte Schriftstück vom 29.2.2008 ist - wie bereits dargelegt - als "Angebot" tituliert. Zieht man allein das objektive Erscheinungsbild (Betitelung als "Angebot") heran, könnte man auf den ersten Blick zur Auffassung gelangen, dass es sich hierbei um ein weiteres Angebot der Antragstellerin handeln könnte. Bei näherer Betrachtung sprechen jedoch erhebliche "Umstände" dafür, dass es sich bei dem erwähnten Schriftstück tatsächlich um einen Bestandteil bzw. eine Erläuterung des am 29.2.2008 abgegebenen Angebotes, somit lediglich um ein Angebot, handelt. So wurde das Angebot vom 29.2.2008 von der Antragstellerin gelocht und mit einer Schnur verbunden versiegelt, in einem einzigen "Konvolut" abgegeben. Weiters weisen sowohl das Deckblatt des Angebotes als auch das besagte "Schriftstück" vom 29.2.2008 dieselbe Angebotsnummer, nämlich die Nr. 2400050894, auf. Nach Angaben der Antragstellerin handelt es sich bei dem Schriftstück um eine "Produktbeschreibung", welche elektronisch erstellt und gefertigt wurde. Die Produktbeschreibungen sind standardmäßig mit Preisen hinterlegt.

Auch die Positionen und die Positionspreise im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis und im besagten "Schriftstück" vom 29.2.2008 stimmen grundsätzlich überein (siehe Vergabeakt). Die geringfügige Abweichung hinsichtlich des Gesamtpreises ergibt sich nachvollziehbar aus der Tatsache, dass im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis - im Gegensatz zum "Schriftstück" vom 29.2.2008 - die Regieleistungen ausgepreist sind und auch der Nachlass in Höhe von 10% berücksichtigt ist (vgl. die diesbezüglichen glaubhaften und nachvollziehbaren Angaben des Y*** in der

mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 3, die auch vom Auftraggeber unbestritten geblieben sind). Die Behörde geht sohin davon aus, dass die Antragstellerin nur ein Angebot legen wollte und - bei objektiver Betrachtung - auch nur ein einziges Angebot gelegt hat. Auch die Positionen und die Positionspreise im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis und im besagten "Schriftstück" vom 29.2.2008 stimmen grundsätzlich überein (siehe Vergabeakt). Die geringfügige Abweichung hinsichtlich des Gesamtpreises ergibt sich nachvollziehbar aus der Tatsache, dass im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis - im Gegensatz zum "Schriftstück" vom 29.2.2008 - die Regieleistungen ausgepreist sind und auch der Nachlass in Höhe von 10% berücksichtigt ist vergleiche die diesbezüglichen glaubhaften und nachvollziehbaren Angaben des Y*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 3, die auch vom Auftraggeber unbestritten geblieben sind). Die Behörde geht sohin davon aus, dass die Antragstellerin nur ein Angebot legen wollte und - bei objektiver Betrachtung - auch nur ein einziges Angebot gelegt hat.

Diese Annahme der Behörde wird auch durch die diesbezüglichen Vorbringen von Auftraggeber und Antragstellerin bestätigt. So handelt es sich nach dem Verständnis des Auftraggebers bei dem "Schriftstück" vom 29.2.2008 um ein "Begleitschreiben" zum Angebot und geht somit auch der Auftraggeber davon aus, dass die Antragstellerin lediglich ein Angebot gelegt hat (vgl. die Angaben des Z*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 4). Auch die Antragstellerin gab in der mündlichen Verhandlung vom 9.5.2008 ausdrücklich zu Protokoll, dass es sich bei dem "Schriftstück" vom 29.2.2008 - von ihr als "Produktbeschreibung" titulierte - um einen Teil des von ihr gelegten Angebotes handelt (siehe VH-Schrift, Seite 3). Diese Annahme der Behörde wird auch durch die diesbezüglichen Vorbringen von Auftraggeber und Antragstellerin bestätigt. So handelt es sich nach dem Verständnis des Auftraggebers bei dem "Schriftstück" vom 29.2.2008 um ein "Begleitschreiben" zum Angebot und geht somit auch der Auftraggeber davon aus, dass die Antragstellerin lediglich ein Angebot gelegt hat vergleiche die Angaben des Z*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift, Seite 4). Auch die Antragstellerin gab in der mündlichen Verhandlung vom 9.5.2008 ausdrücklich zu Protokoll, dass es sich bei dem "Schriftstück" vom 29.2.2008 - von ihr als "Produktbeschreibung" titulierte - um einen Teil des von ihr gelegten Angebotes handelt (siehe VH-Schrift, Seite 3).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren nur ein Angebot gelegt hat.

Nunmehr gilt es die Frage zu klären, ob das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde oder nicht:

Laut der - nicht angefochtenen - Ausschreibung gelten die Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen der Wirtschaftskammer Niederösterreich (AVB der WKNÖ). Dies ergibt sich aus folgenden Bestimmungen:

Angebotsbestimmungen, Punkt A.3. :

"Die Ausschreibungsunterlage besteht aus den Teilen:

- -Strichaufzählung
Formblätter 1 bis 7 inkl. Angebotsschreiben
- -Strichaufzählung
Allg. Vertragsbedingungen der WKNÖ [...]

Diese Unterlagen sind Grundlage und integrierender Bestandteil des Angebotes"

Formblatt 1/Bietererklärung - Angebotsschreiben, Punkt 1.:

"Wir anerkennen, dass unserem Angebot die nachfolgenden Bestimmungen zugrunde gelegt werden:

- -Strichaufzählung
Bestimmungen der Ausschreibung
- -Strichaufzählung
Leistungsverzeichnis
- -Strichaufzählung
Vertragsbestimmungen inkl. Side-Letter" [...]

Formblatt 1/Bietererklärung - Angebotsschreiben, Punkt 5.:

"Wir anerkennen, dass diesem Angebot folgende Unterlagen anzuschließen sind und einen integrierenden Bestandteil unseres Angebotes bilden:

- -Strichaufzählung

Leistungsverzeichnisse der Ausschreibungsunterlagen

- -Strichaufzählung

Vertragsbestimmungen der Ausschreibungsunterlagen inkl. Side-Letter" [...]

AVB der WKNÖ:

Punkt 2 (Vertragsgrundlagen):

"Vertragsgrundlage sinddie vorliegenden Bedingungen"

Punkt 4.2.:

"Mit der Abgabe des Angebotes erklärt der Bieter, dass er - die der Ausschreibung zugrundeliegenden Bedingungen vorbehaltlos anerkennt.

Das Angebot hat zu beinhalten: die gegenständlichen

Vertragsbedingungen"

Punkt 7.:

"Durch rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes erklärt der Auftragnehmer, diese Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen anzuerkennen"

Ausschreibungs-LV:

Pos oo 0015000 Z: Allgemeine Vertragsbestimmungen WKNÖ:

"Vorrangig gelten die Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen der WKNÖ"

Auch laut dem Hinweisblatt zu den Ausscheidensgründen vom 18.2.2008, also einer sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist, gelten die AVB der WKNÖ:

"..... Es gelten die Vertragsbestimmungen der WKNÖ nebst Side-Letter"

Die Antragstellerin hat durch die firmenmäßige Fertigung des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses, der AVB der WKNÖ und des Formblattes 1 als integrierende Bestandteile ihres Angebotes, einerseits die Geltung der AVB der WKNÖ grundsätzlich anerkannt. Die Geltung der AVB der WKNÖ wird von der Antragstellerin im Übrigen auch gar nicht bestritten (siehe die diesbezüglichen Angaben des Y*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift Seite 3 sowie X***, VH-Schrift Seiten 4/5).

Andererseits hat die Antragstellerin im Widerspruch dazu im "Begleitschreiben" zu ihrem Angebot - von ihr als "Produktbezeichnung" titulierte - unmissverständlich darauf hingewiesen, dass "als Vertragsgrundlage ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten" sollen (siehe Seite 5 des "Schriftstückes" vom 29.2.2008), und somit gerade nicht die AVB der WKNÖ.

Sowohl bei der Ausschreibung als auch beim Angebot handelt es

sich um Willenserklärungen, deren Inhalt nach ständiger

Rechtsprechung und der Literatur nach den Regeln der §§ 914f

ABGB zu ermitteln ist (BVA 25.1.2000, F-17/98-32, BVergSlg

3.35 = BVergSlg 11.9 = BVergSlg 17.32 = BVergSlg 21.18;

8.7.2003, 14N-64/03-11, BVergSlg 27.138 = RPA 2003, 222

[Mugli-Maschek] = wbl 2004/67; 14.11.2003, 09N-100/03-19,

BVergSlg 12.23 = BVergSlg 30.50; 23.12.2003, 17N-129/03-21,

ZVB 2004/27 [Stiefelmeyer] = ZVB-LSK 2004/25; 23.7.2004, 04N-

50/04-46, RPA 2004, 320 [Estermann]; 7.9.2004, 11N-65/04-12, RPA 2004, 384 [Blaha]; 22.3.2005, 16N-9/05-19, RPA-Slg 2005/24 = ZVB 2005/60 [Grasböck] = ZVB-LSK 2005/64; 11.4.2005, 04N- 6/05-76; 18.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-036 ua; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1).

Die Antragstellerin hat, wie bereits dargestellt, zwei miteinander nicht in Einklang zu bringende Willenserklärungen

abgegeben. Zunächst möchte die Antragstellerin mit Unterfertigung des Ausschreibungs-LV, der AVB der WKNÖ sowie des Formblattes 1, die Geltung der AVB der WKNÖ (siehe oben) zwar anerkennen, nimmt diese Erklärung jedoch dadurch wieder zurück, dass sie im "Begleitschreiben" (in der "Produktbeschreibung") explizit festhält, (nur) zu ihren eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kontrahieren. Lässt sich wie im konkreten Fall von einander widersprechenden Willenserklärungen ein eindeutiger Inhalt nicht ermitteln, kommt die Zweifelsregel (§ 915 ABGB) zur Anwendung (siehe etwa OGH 27.1.1998, 2 Ob 36/98b, RS0109295 = MietSlg 50.086). Bedient sich bei einem zweiseitig verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach § 915 ABGB (zweiter Fall) zu ihrem Nachteil auszulegen. Gegenständlich kommt der "zweite Fall" des § 915 leg.cit zur Anwendung, da im Falle des Vertragsschlusses ein zweiseitig verbindliches (entgeltliches) Rechtsgeschäft - und nicht ein einseitig verbindliches (unentgeltliches) Rechtsgeschäft, auf welches der "erste Fall" des § 915 leg.cit. anzuwenden wäre - vorliegt [Arg: Rummel in Rummel, § 915 Rz 2 "Bankgarantie behandelt die RSpr unter Aufgabe von EvBl 1973/177 (in der Regel einseitig verbindlich) zutr nach Fall 2; vgl. JBl 1978, 3; Rz 8 zu § 880a)]. Die Praxis behandelt auch sonstige einseitige Erklärungen nach Fall 2 (vgl. Rummel in Rummel, § 915 Rz 2). Nach dem Gesagten sind die Angaben in einem Angebot jedenfalls nach dem zweiten Fall des § 915 leg.cit. zu behandeln. Für das Vergabeverfahren ergibt sich daraus, dass ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss (vgl. BVA 19.5.2008, N/0045-BVA/10/2008-41 u.a.). Nach § 915 ABGB wird bei zweiseitigen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat. Wie bereits dargestellt, ist die Ermittlung der erklärten Absicht der Parteien unter Einschluss der Verkehrsübung ohne eindeutiges Ergebnis geblieben (Anm: anerkennt die Antragstellerin die AVB der WKNÖ oder will sie nur auf Grundlage ihrer eigenen Geschäftsbedingungen kontrahieren?). Der Bezug auf die Geltung der Geschäftsbedingungen der Antragstellerin "rührt jedenfalls von der Antragstellerin her", womit die Unklarheitenregelung des § 915 ABGB gegenständlich zur Anwendung zu gelangen hat (vgl. Rummel in Rummel, § 915 Rz 1 und 4). Die Erklärung in der "Produktbeschreibung", die eigenen Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen, ist also in der Folge so zu werten, dass die Antragstellerin nur zu ihren eigenen Bedingungen kontrahieren möchte und die gegenteilige Willenserklärung der Antragstellerin (Anerkennung der AVB der WKNÖ), als unbeachtlich anzusehen ist. Die Antragstellerin hat, wie bereits dargestellt, zwei miteinander nicht in Einklang zu bringende Willenserklärungen abgegeben. Zunächst möchte die Antragstellerin mit Unterfertigung des Ausschreibungs-LV, der AVB der WKNÖ sowie des Formblattes 1, die Geltung der AVB der WKNÖ (siehe oben) zwar anerkennen, nimmt diese Erklärung jedoch dadurch wieder zurück, dass sie im "Begleitschreiben" (in der "Produktbeschreibung") explizit festhält, (nur) zu ihren eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kontrahieren. Lässt sich wie im konkreten Fall von einander widersprechenden Willenserklärungen ein eindeutiger Inhalt nicht ermitteln, kommt die Zweifelsregel (Paragraph 915, ABGB) zur Anwendung (siehe etwa OGH 27.1.1998, 2 Ob 36/98b, RS0109295 = MietSlg 50.086). Bedient sich bei einem zweiseitig verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach Paragraph 915, ABGB (zweiter Fall) zu ihrem Nachteil auszulegen. Gegenständlich kommt der "zweite Fall" des Paragraph 915, leg.cit zur Anwendung, da im Falle des Vertragsschlusses ein zweiseitig verbindliches (entgeltliches) Rechtsgeschäft - und nicht ein einseitig verbindliches (unentgeltliches) Rechtsgeschäft, auf welches der "erste Fall" des Paragraph 915, leg.cit. anzuwenden wäre - vorliegt [Arg: Rummel in Rummel, Paragraph 915, Rz 2 "Bankgarantie behandelt die RSpr unter Aufgabe von EvBl 1973/177 (in der Regel einseitig verbindlich) zutr nach Fall 2; vergleiche JBl 1978, 3; Rz 8 zu Paragraph 880 a,)]. Die Praxis behandelt auch sonstige einseitige Erklärungen nach Fall 2 vergleiche Rummel in Rummel, Paragraph 915, Rz 2). Nach dem Gesagten sind die Angaben in einem Angebot jedenfalls nach dem zweiten Fall des Paragraph 915, leg.cit. zu behandeln. Für das Vergabeverfahren ergibt sich daraus, dass ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss vergleiche BVA 19.5.2008, N/0045-BVA/10/2008-41 u.a.). Nach Paragraph 915, ABGB wird bei zweiseitigen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat. Wie bereits dargestellt, ist die Ermittlung der erklärten Absicht der Parteien unter Einschluss der Verkehrsübung ohne eindeutiges Ergebnis geblieben Anmerkung, anerkennt die Antragstellerin die AVB der WKNÖ oder will sie nur auf Grundlage ihrer eigenen Geschäftsbedingungen kontrahieren?). Der Bezug auf die Geltung der Geschäftsbedingungen der Antragstellerin "rührt jedenfalls von der Antragstellerin her", womit die Unklarheitenregelung des Paragraph 915, ABGB gegenständlich zur Anwendung zu gelangen hat vergleiche Rummel in Rummel, Paragraph 915, Rz 1 und 4). Die Erklärung in der "Produktbeschreibung", die eigenen Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen, ist also in der Folge so zu werten, dass die Antragstellerin nur zu ihren eigenen Bedingungen kontrahieren möchte und die gegenteilige Willenserklärung der Antragstellerin (Anerkennung der AVB der WKNÖ), als unbeachtlich anzusehen ist.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass es - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - nicht notwendig ist, die eigenen Geschäftsbedingungen tatsächlich physisch beizulegen bzw nachzureichen, um den aufgezeigten Widerspruch entstehen zu lassen. Es genügt vielmehr allein der Hinweis darauf, dem Auftrag die eigenen Geschäftsbedingungen zugrunde legen zu wollen, wie dies die Antragstellerin getan hat (vgl. in diesem Zusammenhang auch das Hinweisblatt vom 18.2.2008, in dem es heißt: "Wenn Sie abweichende rechtliche oder kaufmännische Bedingungen aufstellen, ist Ihr Angebot auszuschneiden"). Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass es - entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin - nicht notwendig ist, die eigenen Geschäftsbedingungen tatsächlich physisch beizulegen bzw nachzureichen, um den aufgezeigten Widerspruch entstehen zu lassen. Es genügt vielmehr allein der Hinweis darauf, dem Auftrag die eigenen Geschäftsbedingungen zugrunde legen zu wollen, wie dies die Antragstellerin getan hat vergleiche in diesem Zusammenhang auch das Hinweisblatt vom 18.2.2008, in dem es heißt: "Wenn Sie abweichende rechtliche oder kaufmännische Bedingungen aufstellen, ist Ihr Angebot auszuschneiden").

Aus dem Gesagten ergibt sich in der Folge, dass das Angebot der Antragstellerin der Ausschreibung (Angebotsbestimmungen, Punkt A.3., Formblatt 1, Punkte 1 und , AVB der WKNÖ, Punkte 2, 4.2. und 7, sowie dem Ausschreibungs-LV, Pos.Nr. 00 0015000 Z sowie der sonstigen Festlegung während der Angebotsfrist ("Hinweisblatt" vom 18.2.2008) widerspricht.

Ein weiterer Widerspruch im Angebot der Antragstellerin ist im Übrigen darin zu erblicken, dass die unbestrittenermaßen geltenden AVB der WKNÖ als Gerichtsstand St. Pölten vorsehen, während am Deckblatt des Angebotes der Antragstellerin als Gerichtsstand Linz genannt ist.

Ausscheidenssanktion bei Zugrundelegung eigener AGB:

Formblatt 1, Punkt 1.:

"Die Vergabe erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2006 (BVergG) idgF". (Anm.: Es gelten also die Ausscheidensbestimmungen des BVergG § 129)."Die Vergabe erfolgt nach den Bestimmungen des BVergG 2006 (BVergG) idgF". Anmerkung, Es gelten also die Ausscheidensbestimmungen des BVergG Paragraph 129,).

AVB der WKNÖ:

Punkt 4.1.: "Die Vergabe erfolgt gemäß dem Bundesvergabegesetz und den dazu ergangenen Verordnungen"(Anm.: Es gelten also die Ausscheidensbestimmungen des BVergG).

Hinweisblatt vom 18.2.2008: "Keine Zugrundelegung der eigenen kaufmännischen Bedingungen! Es gelten die Vertragsbestimmungen der WKNÖ nebst Side-Letter. Wenn Sie abweichende rechtliche oder kaufmännische Bedingungen aufstellen, ist ihr Angebot auszuschneiden".

Mit dieser Bestimmung hat der Auftraggeber den oben dargestellten Mangel als einen unbehebaren Mangel qualifiziert. Da das "Hinweisblatt" von der Antragstellerin nicht bekämpft wurde, hat diese Bestimmung Bestandskraft erlangt (siehe unten).

Dem BVergG 2002 und dem BVergG 2006 lag - und nunmehr auch dem BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) - liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl. BVergG § 2 Z 16 (RV 1171 BlgNR XXII GP 13)] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden, flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (§ 321 BVergG) zugrunde. Die Präklusionswirkung im BVergG bezieht sich grundsätzlich auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist mittels Nachprüfungsantrages geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige Auftraggeberentscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen in Prüfung zu ziehen [vgl. RV 1171 BlgNR XXII GP 137f; siehe auch BVA 10.5.2007, N/0007- BVA/15/2007-67; 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74 sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f]. Dem BVergG 2002 und dem BVergG 2006 lag - und nunmehr auch dem BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG) - liegt das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen [vgl. BVergG Paragraph 2, Ziffer 16, Regierungsvorlage 1171 BlgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 13)] mit den einer effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren dienenden, flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (Paragraph 321, BVergG) zugrunde. Die Präklusionswirkung im BVergG bezieht sich grundsätzlich auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist mittels Nachprüfungsantrages geltend gemacht wurden. Dem Bundesvergabeamt ist es verwehrt, derart bestandskräftige

Auftraggeberentscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen in Prüfung zu ziehen [vgl. Regierungsvorlage 1171 BgNR römisch 22 Gesetzgebungsperiode 137f; siehe auch BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67; 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74 sowie Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 69f].

Der Eintritt der Bestandskraft und damit die Zugrundelegung der Bestimmungen der Ausschreibung und des "Hinweisblattes" bei der Prüfung und Bewertung der Angebote, werden nach ständiger Rechtsprechung selbst dann nicht gehindert, wenn die Bestimmungen allenfalls unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten [(vgl. VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27, 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74, BVA 5.6.2003, 12N-33/03-15, BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11).

Die Antragstellerin hat die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in § 321 Abs 2 BVergG vorgesehenen Frist angefochten. Diese hat daher Bestandskraft erlangt (vgl. VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234, 28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/0239; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u.a.) Die Antragstellerin hat die gegenständliche Ausschreibung nicht innerhalb der in Paragraph 321, Absatz 2, BVergG vorgesehenen Frist angefochten. Diese hat daher Bestandskraft erlangt vergleiche VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234, 28.3.2007, 2005/04/0200; 1.3.2007, 2005/04/0239; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; 19.11.2007, N/0083-BVA/04/2007-29 u.a.).

Der Antragstellerin muss somit bewusst gewesen sein und war ihr, wie sich aus ihrer eigenen Aussage ergibt, auch tatsächlich bewusst, dass sie mit Unterfertigung des Ausschreibungs-LV, der AVB der WKNÖ und des Formblattes 1 die AVB der WKNÖ anerkannt hat und somit die AVB der WKNÖ und nicht ihre eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten sollen (vgl. die diesbezüglichen Angaben des Y*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 20, Seite 3 sowie des X***, VH-Schrift Seiten 4/5). Der Antragstellerin muss somit bewusst gewesen sein und war ihr, wie sich aus ihrer eigenen Aussage ergibt, auch tatsächlich bewusst, dass sie mit Unterfertigung des Ausschreibungs-LV, der AVB der WKNÖ und des Formblattes 1 die AVB der WKNÖ anerkannt hat und somit die AVB der WKNÖ und nicht ihre eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten sollen vergleiche die diesbezüglichen Angaben des Y*** in der mündlichen Verhandlung, VH-Schrift OZ 20, Seite 3 sowie des X***, VH-Schrift Seiten 4/5).

Das vom Auftraggeber am 18.2.2008 an sämtliche Bieter übermittelte "Hinweisblatt", mit welchem die Bieter darüber in Kenntnis gesetzt wurden, dass bestimmte Angebotsmängel zum Ausscheiden des Angebotes führen, stellt eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist dar. Bei einer solchen Festlegung handelt es sich gemäß § 2 Z 16 lit a sublt aa um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Auch diese Auftraggeberentscheidung wurde mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 Abs 1 Z 5 BVergG bestandsfest (siehe oben). Das vom Auftraggeber am 18.2.2008 an sämtliche Bieter übermittelte "Hinweisblatt", mit welchem die Bieter darüber in Kenntnis gesetzt wurden, dass bestimmte Angebotsmängel zum Ausscheiden des Angebotes führen, stellt eine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist dar. Bei einer solchen Festlegung handelt es sich gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sublt aa um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Auch diese Auftraggeberentscheidung wurde mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG bestandsfest (siehe oben).

Sowohl die Bestimmungen der Ausschreibung als auch die Festlegungen im "Hinweisblatt" vom 18.2.2008, wonach das Vorliegen des konkret genannten Angebotsmangels (Zugrundelegung der eigenen Geschäftsbedingungen des Bieters) zum Ausscheiden des Angebotes führen, sind somit bestandfest geworden.

Interpretation der betroffenen, bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen sowie des "Hinweisblattes":

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen und auch sonstige Entscheidungen des Auftraggebers sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmung an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der

Ausschreibung maßgeblich (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a.). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen und auch sonstige Entscheidungen des Auftraggebers sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmung an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/15/2006-28 u.v.a.).

Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmungen der Ausschreibung und des Hinweisblattes vom 18.2.2008 besteht kein Zweifel daran, dass diese ihrem objektiven Erklärungswert entsprechend die Geltung der AVB der WKNÖ vorsehen bzw dass bei Zugrundelegung der eigenen Geschäftsbedingungen ein solches Angebot auszuschneiden ist.

Ein redlicher Erklärungsempfänger musste die genannten Bestimmungen des Hinweisblattes und der Ausschreibung daher in der sich schon aus ihrem objektiven Wortlaut klar ergebenden - oben dargelegten - Bedeutung verstehen. Auch einem durchschnittlichen, fachkundigen Bieter musste bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN - AG Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 19.1.2006, 04N- 134/05-17; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20 uva] erkennbar sein, dass nach den Ausschreibungsbestimmungen und dem Hinweisblatt vom 18.2.2008 die AVB der WKNÖ zugrunde zu legen sind bzw dass die Zugrundelegung der eigenen Geschäftsbedingungen im Hinblick auf die ausdrücklichen Festlegungen im Hinweisblatt das Angebot mit einem unbehebbaaren Mangel belastet und zum Ausscheiden eines solchen Angebotes führt.

Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an diese Bestimmungen gebunden. Die bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen bzw Festlegungen im "Hinweisblatt" vom 18.2.2008 stellen in der Folge die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote für den Auftraggeber dar. Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ergibt sich auch aus § 123 Abs 1 BVergG. Demnach hat die Prüfung der Angebote nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Im Einzelnen ist u.a. zu prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht. Alle Bieter müssen nämlich darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält. Eine solche Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 19 Abs 1 BVergG entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs-C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 6.22.2007, N/0079-BVA/15/2007-74 u.v.a.]. Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt, 25.4.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse). Sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter sind an diese Bestimmungen gebunden. Die bestandfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen bzw Festlegungen im "Hinweisblatt" vom 18.2.2008 stellen in der Folge die Grundlage der Prüfung und Bewertung der Angebote für den Auftraggeber dar. Die Bindung des Auftraggebers an die eigenen Festlegungen ergibt sich auch aus Paragraph 123, Absatz eins, BVergG. Demnach hat die Prüfung der Angebote nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Im Einzelnen ist u.a. zu prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht. Alle Bieter müssen nämlich darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält. Eine solche Bindung ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG entscheidend [vgl. VwGH 27.9.2000,

2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtssprechung des EuGH vom 25.4.1996, Rs-C-87/94, Kommission/Belgien, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; ebenso BVA 17.3.2006, N/0007-BVA/05/2006-54; 6.22.2007, N/0079-BVA/15/2007-74 u.v.a.]. Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist (EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, Brücke über den Storebaelt, 25.4.1996, Rs C-87/94, Kommission/Belgien). Die Bieter müssen sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden (EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, Wallonische Busse).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin in Bindung an seine Ausschreibungsbestimmungen und seine sonstige Festlegung während der Angebotsfrist zu Recht ausgeschieden hat. Hätte der Auftraggeber das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden, hätte er die Bestimmungen der eigenen Ausschreibung bzw des "Hinweisblattes" nicht eingehalten. Da es sich bei Vergabeverfahren um "Mehrparteienverfahren" handelt, hätte eine solche Vorgangsweise eine gleichbehandlungswidrige Behandlung der übrigen Bieter - insbesondere des präsumtiven Zuschlagsempfängers - bedeutet.

Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens war daher abzuweisen und nicht zurückzuweisen (vgl VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181). Der Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens war daher abzuweisen und nicht zurückzuweisen vergleiche VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181).

Zu Spruchpunkt II.: Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

Der Antrag vom 14.4.2008 lautet: "Das Bundesvergabeamt wolle erkennen, dass die Ausscheidung der Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren der Wirtschaftskammer Niederösterreich, Gewerk "Tischlerarbeiten/Mobile Trennwände" im Zuge des Zu-, Um- und Neubaus des Seminarzentrums Schweighof der Wirtschaftskammer Niederösterreich in St. Pölten rechtswidrig und sohin nichtig ist".

Nach dem objektiven Erklärungswert des Antrages hat die Antragstellerin damit allein das Ausscheiden ihres Angebotes aus dem Vergabeverfahren bekämpft. Ein Begehren auf Nichtigerklärung auch der Zuschlagsentscheidung, wie dies die Antragstellerin im nachhinein darzutun versucht, ist diesem Antrag zweifelsfrei nicht zu entnehmen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin - vorgebracht im Verbesserungsschreiben vom 15.4.2008 - umfasst ihr Nachprüfungsantrag vom 14.4.2008 sohin lediglich einen als Antrag auf Nichtigklärung des Ausscheidens ihres Angebotes zu deutenden Antrag. Das gegenteilige Vorbringen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 15.4.2008 - nämlich dass im Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens auch das Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung enthalten sein solle, findet im klaren Wortlaut des Nachprüfungsantrages vom 14.4.2008 keine Deckung.

Aufgrund der Formulierung des "verbesserten" Antrages vom 15.4.2008, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 16.4.2008, könnte man zur Auffassung gelangen, dass die Antragstellerin nunmehr auch - nicht aber bereits mit Antrag vom 14.4.2008 - die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers bekämpfen möchte (arg. "angefochten wird daher einerseits".....und die Dritt-Bestbieterin zum Zuge kommen zu lassen, das heißt zu beabsichtigen, dieser den Zuschlag erteilen zu wollen). Die Antragstellerin bringt hiezu in ihrer Stellungnahme vom 29.4.2008 vor, dass sie ihren ursprünglichen Antrag dahingehend verbessert haben will, dass damit auch die Zuschlagsentscheidung angefochten worden sein sollte (vgl.:

"..... die Verbesserung dahingehend vorgenommen zu haben, dass erklärt wurde, die gesondert anfechtbare Entscheidung der Erstantragsgegnerin anzufechten, die Drittbestbieterin zum Zuge kommen zu lassen, da heißt, zu beabsichtigen, dieser den Zuschlag zu erteilen"). Hiezu ist festzuhalten, dass ein ursprünglich nicht gestelltes Begehren jedenfalls keiner Verbesserung zugänglich ist.

Nach dem oben Gesagten handelt es sich bei dem Antrag vom 15.4.2008 - zumindest was eine allfällige Anfechtung der Zuschlagsentscheidung betrifft - jedenfalls nicht um eine "Verbesserung" des Antrages vom 14.4.2008, sondern allenfalls um einen neuen, zusätzlichen, beim Bundesvergabeamt am 16.4.2008 eingelangten, Antrag.

Dass der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung des Ausscheidens ihres Angebotes gerichtet ist, steht, auch wenn diese sich einer unpräzisen Wortwahl bedient hat ("Ausscheiden der Antragstellerin", statt "Ausscheiden des

Angebotes der Antragstellerin"), außer Zweifel. Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt, welches vom Auftraggeber ausgeschieden wurde (siehe Mitteilung des Auftraggebers vom 7.4.2008: "Ihr Angebot war auszuschneiden"). Der Antragstellerin kann wohl nicht unterstellt werden, eine vom Auftraggeber nicht getroffene Entscheidung (nämlich ihr Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren) anfechten zu wollen. Aus dem Gesamtzusammenhang ist somit klar erkennbar, dass die Antragstellerin das Ausscheiden ihres Angebotes bekämpfen wollte und dies - wenn auch ev mit einer unglücklichen Wortwahl - auch getan hat.

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. Die Zuschlagsentscheidung ebenso wie die Ausscheidensentscheidung wurden der Antragstellerin -- am 7.4.2008, 15.16 Uhr, bekannt gegeben (siehe FAX-Protokoll, vorgelegt vom Auftraggebervertreter mit Schriftsatz vom 17.4.2008, OZ 9 und vom Antragstellervertreter vorgelegt mit dem Nachprüfungsantrag OZ 1, eingelangt mittels E-mail am 14.4.2008, 18.43 Uhr und der Geschäftsordnung entsprechend protokolliert mit 15.4.2008). 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. Die Zuschlagsentscheidung ebenso wie die Ausscheidensentscheidung wurden der Antragstellerin -- am 7.4.2008, 15.16 Uhr, bekannt gegeben (siehe FAX-Protokoll, vorgelegt vom Auftraggebervertreter mit Schriftsatz vom 17.4.2008, OZ 9 und vom Antragstellervertreter vorgelegt mit dem Nachprüfungsantrag OZ 1, eingelangt mittels E-mail am 14.4.2008, 18.43 Uhr und der Geschäftsordnung entsprechend protokolliert mit 15.4.2008).

Ein allenfalls als (neuer) Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu qualifizierender Antrag wäre daher jedenfalls als ein, erst am 16.4.2008 beim BVA eingelangter und protokollierter Antrag - da es sich gegenständlich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt - nach § 321 Abs 1 Z 5 BVergG als verfristet zu werten und zurückzuweisen. Ein allenfalls als (neuer) Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu qualifizierender Antrag wäre daher jedenfalls als ein, erst am 16.4.2008 beim BVA eingelangter und protokollierter Antrag - da es sich gegenständlich um ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt - nach Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG als verfristet zu werten und zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt III.: Zu Spruchpunkt römisch drei.:

Gemäß § 312 Abs 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig.

1. 1. Ziffer eins
zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie
2. 2. Ziffer 2
zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Nach Zuschlagserteilung bzw. nach Erklärung des Widerrufs ist das Bundesvergabeamt gemäß § 312 Abs 3 und 4 leg.cit. zu diversen Feststellungen im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Nach Abs 5 der zitierten Bestimmung ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Erklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens zur Feststellung zuständig, ob der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat. Nach Zuschlagserteilung bzw. nach Erklärung des Widerrufs ist das Bundesvergabeamt gemäß Paragraph 312, Absatz 3 und 4 leg.cit. zu diversen Feststellungen im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten

Beschwerdepunkte zuständig. Nach Absatz 5, der zitierten Bestimmung ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Erklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens zur Feststellung zuständig, ob der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt vor Zuschlagserteilung bzw. vor Erklärung des Widerrufs nur in den Fällen des § 312 Abs 5 BVergG zum Ausspruch diverser Feststellungen zuständig ist. Ein Fall des Abs 5 leg.cit. liegt gegenständlich jedoch nicht vor. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Bundesvergabeamt vor Zuschlagserteilung bzw. vor Erklärung des Widerrufs nur in den Fällen des Paragraph 312, Absatz 5, BVergG zum Ausspruch diverser Feststellungen zuständig ist. Ein Fall des Absatz 5, leg.cit. liegt gegenständlich jedoch nicht vor.

Da sich das gegenständliche Vergabeverfahren im Stadium vor Zuschlagserteilung bzw. vor Erklärung des Widerrufs befindet, kommen die Bestimmungen des § 312 Abs 3 und 4 leg.cit. ebenfalls nicht zur Anwendung. Es verbleibt somit lediglich Anwendungsraum für die Bestimmung des § 312 Abs 2 BVergG, die eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Auftraggeberentscheidungen vorsieht. Da der gegenständliche Antrag jedoch nach seinem klaren Wortlaut unzweifelhaft auf eine Feststellung - nämlich der Bestbielereigenschaft der Antragstellerin - gerichtet ist, war dieser schon deshalb zurückzuweisen, da dem Bundesvergabeamt vor Zuschlagserteilung bzw. vor Widerrufserklärung nach der zuletzt zitierten gesetzlichen Bestimmung hierzu keine Zuständigkeit zukommt. Da sich das gegenständliche Vergabeverfahren im Stadium vor Zuschlagserteilung bzw. vor Erklärung des Widerrufs befindet, kommen die Bestimmungen des Paragraph 312, Absatz 3 und 4 leg.cit. ebenfalls nicht zur Anwendung. Es verbleibt somit lediglich Anwendungsraum für die Bestimmung des Paragraph 312, Abs Ziffer 2, BVergG, die eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Auftraggeberentscheidungen vorsieht. Da der gegenständliche Antrag jedoch nach seinem klaren Wortlaut unzweifelhaft auf eine Feststellung - nämlich der Bestbielereigenschaft der Antragstellerin - gerichtet ist, war dieser schon deshalb zurückzuweisen, da dem Bundesvergabeamt vor Zuschlagserteilung bzw. vor Widerrufserklärung nach der zuletzt zitierten gesetzlichen Bestimmung hierzu keine Zuständigkeit zukommt.

Zuletzt aktualisiert am

20.08.2008

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