

TE Verg Bescheid 2006/6/20 N/0032-BVA/12/2006-19

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.06.2006

Norm

BVergG 2002 §21 Abs1

BvergG 2002 §93 Abs3 Z2

BVergG 2002 §95 Abs1

BVergG 2002 §99 Abs2

BVergG 2002 §100 Abs2

BVergG 2002 §100 Abs3

BVergG 2002 §100 Abs4

BVergG 2002 §169 Abs2 Z5 litd

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §345 Abs2

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 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

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 12 bestehend aus Dr. Michael Etlinger als Vorsitzenden sowie Mag.

Martin Sailer als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "Einreich- und Detailprojektierung der Rückhaltebecken Seilerbach und Spritzenbach" des Auftraggebers Wasserverband Unteres Kremstal, 4502 St. Marien 1, vertreten durch Prof. Haslinger & Partner Rechtsanwälte, Kroatengasse 7, Postfach 4, 4014 Linz, eingeleitet über Antrag vom 9. Mai 2006 der A***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, "die Entscheidung des Wasserverbands Unteres Kremstal, den Zuschlag im Vergabeverfahren 'Einreich- und Detailprojektierung der Rückhaltebecken Seilerbach und Spritzenbach' der B*** zu erteilen, für nichtig erklären" wird stattgegeben.

Die Entscheidung des Auftraggebers vom 3. April 2006, den Zuschlag der B*** erteilen zu wollen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 312 Abs. 2 Z 2, 320 Abs. 1 und 325 Abs. 1 iVm 345 Abs. 2 BVergG 2006, BGBl I Nr. 17/2006; §§ 21 Abs. 1, 93 Abs. 3 Z 3, 95 Abs. 1, 99 Abs. 2, 100 Abs. 2, 3, 4 und 169 Abs. 2 Z 5 lit. d BVergG 2002, BGBl I Nr. 99/2002
Rechtsgrundlage: Paragraphen 312, Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, in Verbindung mit 345 Absatz 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,; Paragraphen 21, Absatz eins, 93, Absatz 3, Ziffer 3, 95, Absatz eins, 99, Absatz 2, 100, Absatz 2, 3, 4 und 169 Absatz 2, Ziffer 5, Litera d, BVergG 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,

Begründung

Die Antragstellerin stellte am 9. Mai 2006 das im Spruch ersichtliche Begehren, in eventu einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, dass der Auftraggeber mit Telefax vom 3. April 2006 der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt habe. Mit E-mail und Telefax vom 6. April 2006 sei der Auftraggeber daraufhin von der Antragstellerin aufgefordert worden, die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen; weiters sei der Auftraggeber ersucht worden, das Protokoll der Angebotsbewertung zu übermitteln. Der Auftraggeber sei diesem Ersuchen bislang jedoch nicht nachgekommen. Die Antragstellerin sei daher gezwungen worden, ohne nähere Informationen über den Auftraggeber selbst bzw. die Gründe, die zu seiner Zuschlagsentscheidung geführt haben, ein Vergabekontrollverfahren beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS OÖ) anzustrengen. Die einstweilige Verfügung sei mit Bescheid vom 13. April 2006 erlassen worden. Am 25. April 2006 habe der UVS OÖ eine mündliche Verhandlung abgehalten, in welcher sich herausgestellt habe, dass es sich beim Auftraggeber weder um den Verein einer Gemeinde noch um einen Gemeindeverband, sondern um einen Wasserverband gemäß § 87 Abs. 1 WRG handle. Der UVS OÖ habe daraufhin seine Zuständigkeit mit Bescheid vom 4. Mai 2006 verneint und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Die Antragstellerin stellte am 9. Mai 2006 das im Spruch ersichtliche Begehren, in eventu einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, dass der Auftraggeber mit Telefax vom 3. April 2006 der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt habe. Mit E-mail und Telefax vom 6. April 2006 sei der Auftraggeber daraufhin von der Antragstellerin aufgefordert worden, die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen; weiters sei der Auftraggeber ersucht worden, das Protokoll der Angebotsbewertung zu übermitteln. Der Auftraggeber sei diesem Ersuchen bislang jedoch nicht nachgekommen. Die Antragstellerin sei daher gezwungen worden, ohne nähere Informationen über den Auftraggeber selbst bzw. die Gründe, die zu seiner Zuschlagsentscheidung geführt haben, ein Vergabekontrollverfahren beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS OÖ) anzustrengen. Die einstweilige Verfügung sei mit Bescheid vom 13. April 2006 erlassen worden. Am 25. April 2006 habe der UVS OÖ eine mündliche Verhandlung abgehalten, in welcher sich herausgestellt habe, dass es sich beim Auftraggeber weder um den Verein einer Gemeinde noch um einen Gemeindeverband, sondern um einen Wasserverband gemäß Paragraph 87, Absatz eins, WRG handle. Der UVS OÖ habe daraufhin seine Zuständigkeit mit Bescheid vom 4. Mai 2006 verneint und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen.

Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages brachte die Antragstellerin insbesondere vor, dass der Auftraggeber der Aufforderung der Antragstellerin – in offensichtlicher Missachtung der Bestimmung des § 100 Abs. 4 BVergG 2002 –

nicht nur nicht fristgerecht, sondern bis dato überhaupt nicht nachgekommen sei. In diesem Zusammenhang wurde auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, VfSlg 17.213, verwiesen, wonach „eine verspätete Auskunftserteilung durch den Auftraggeber zu einer entsprechenden Verlängerung der Stillhaltefrist führen“ müsse. Da der Auftraggeber im gegenständlichen Fall die begehrten Auskünfte nach wie vor nicht erteilt habe, sei auch die Stillhaltefrist noch nicht abgelaufen und somit der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen offener Stillhaltefrist rechtzeitig eingebracht. Die der Antragstellerin bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeiten würden zum einen auf schwerwiegenden Mängeln der Ausschreibung beruhen; zum anderen sei die Zuschlagsentscheidung aber auch selbst mit originären Fehlern behaftet. Zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages brachte die Antragstellerin insbesondere vor, dass der Auftraggeber der Aufforderung der Antragstellerin – in offensichtlicher Missachtung der Bestimmung des Paragraph 100, Absatz 4, BVergG 2002 – nicht nur nicht fristgerecht, sondern bis dato überhaupt nicht nachgekommen sei. In diesem Zusammenhang wurde auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, VfSlg 17.213, verwiesen, wonach „eine verspätete Auskunftserteilung durch den Auftraggeber zu einer entsprechenden Verlängerung der Stillhaltefrist führen“ müsse. Da der Auftraggeber im gegenständlichen Fall die begehrten Auskünfte nach wie vor nicht erteilt habe, sei auch die Stillhaltefrist noch nicht abgelaufen und somit der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen offener Stillhaltefrist rechtzeitig eingebracht. Die der Antragstellerin bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeiten würden zum einen auf schwerwiegenden Mängeln der Ausschreibung beruhen; zum anderen sei die Zuschlagsentscheidung aber auch selbst mit originären Fehlern behaftet.

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 12. Mai 2006 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und wies einleitend darauf hin, dass für die gegenständlich bekämpfte Entscheidung gemäß § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 eine Frist von sieben Tagen zur Verfügung stehen würde. Der vorliegende Antrag sei offenkundig verspätet und daher jedenfalls als unzulässig zurückzuweisen. Zum Erkenntnis des VfGH vom 12.6.2004 führte der Auftraggeber aus, dass dieses noch zur Rechtslage 1997 im Oberschwellenbereich ergangen sei, wogegen das vorliegende Vergabeverfahren ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich betreffe. Insofern würden nicht vergleichbare Sachverhalte vorliegen und könne folglich ein VfGH-Erkenntnis keine „gesetzesgebliche“ Wirkung haben. In der vom 7. April 2006 gestellten Anfrage gemäß § 100 Abs. 3 BVergG 2002 habe die Antragstellerin offenkundig nicht – im Gegensatz zum nunmehrigen Vorbringen – „nähere Information über den Auftraggeber selbst“ gewollt. Sämtliche Informationen, welche in der Anfrage der Antragstellerin erbeten worden seien, seien spätestens am 25. April 2006 bekannt gewesen und habe somit die Stillhaltefrist jedenfalls Ende April 2006 geendet. Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 12. Mai 2006 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und wies einleitend darauf hin, dass für die gegenständlich bekämpfte Entscheidung gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 eine Frist von sieben Tagen zur Verfügung stehen würde. Der vorliegende Antrag sei offenkundig verspätet und daher jedenfalls als unzulässig zurückzuweisen. Zum Erkenntnis des VfGH vom 12.6.2004 führte der Auftraggeber aus, dass dieses noch zur Rechtslage 1997 im Oberschwellenbereich ergangen sei, wogegen das vorliegende Vergabeverfahren ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich betreffe. Insofern würden nicht vergleichbare Sachverhalte vorliegen und könne folglich ein VfGH-Erkenntnis keine „gesetzesgebliche“ Wirkung haben. In der vom 7. April 2006 gestellten Anfrage gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG 2002 habe die Antragstellerin offenkundig nicht – im Gegensatz zum nunmehrigen Vorbringen – „nähere Information über den Auftraggeber selbst“ gewollt. Sämtliche Informationen, welche in der Anfrage der Antragstellerin erbeten worden seien, seien spätestens am 25. April 2006 bekannt gewesen und habe somit die Stillhaltefrist jedenfalls Ende April 2006 geendet.

In einer weiteren Stellungnahme vom 18. Mai 2006 wies der Auftraggeber darauf hin, dass die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes der Antragstellerin schon mit der Zuschlagsentscheidung vom 3. April 2006 mitgeteilt worden seien. Wie der Verhandlung vor dem UVS OÖ vom 25. April 2006 zu entnehmen sei, existiere überdies kein Protokoll über die Angebotsbewertung, sodass spätestens zu diesem Zeitpunkt die Anfragen gemäß § 100 Abs. 1 BVergG 2002 gegenüber der Antragstellerin abschließend beantwortet gewesen seien und ein allfälliges Informationsdefizit nicht mehr bestanden habe. Gehe man also im Sinne der Argumentation der Antragstellerin von einer "Hemmung" der Rechtsmittelfrist aus, so sei diese unter Einrechnung der im Zeitpunkt der Antragstellung schon verlaufenen Frist spätestens drei Tage nach dem Verhandlungstermin vor dem UVS OÖ (mithin am 28. April 2006) abgelaufen. In einer weiteren Stellungnahme vom 18. Mai 2006 wies der Auftraggeber darauf hin, dass die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes sowie die

Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes der Antragstellerin schon mit der Zuschlagsentscheidung vom 3. April 2006 mitgeteilt worden seien. Wie der Verhandlung vor dem UVS OÖ vom 25. April 2006 zu entnehmen sei, existiere überdies kein Protokoll über die Angebotsbewertung, sodass spätestens zu diesem Zeitpunkt die Anfragen gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG 2002 gegenüber der Antragstellerin abschließend beantwortet gewesen seien und ein allfälliges Informationsdefizit nicht mehr bestanden habe. Gehe man also im Sinne der Argumentation der Antragstellerin von einer "Hemmung" der Rechtsmittelfrist aus, so sei diese unter Einrechnung der im Zeitpunkt der Antragstellung schon verlaufenen Frist spätestens drei Tage nach dem Verhandlungstermin vor dem UVS OÖ (mithin am 28. April 2006) abgelaufen.

Der Auftraggeber machte zudem "fehlendes Interesse" der Antragstellerin am Vertragsabschluss geltend, da diese selbst das Vorprojekt, auf welchem die gegenständliche Ausschreibung basiere, erstellt habe und somit ein Informationsvorsprung der Antragstellerin evident sei. Unter Hinweis auf die Grundsatzbestimmung des § 21 Abs. 3 BVergG 2002 sei daher die Antragstellerin zwingend dem Vergabeverfahren nicht bei zu ziehen. Zur unterlassenen Bekanntmachung führte der Auftraggeber aus, dass die Bezugnahme auf § 25 BVergG 2002 insofern unzutreffend sei, als konkret die Regelung des § 26 BVergG 2002 in Anspruch genommen worden sei. Insbesondere § 26 Abs. 4 BVergG 2002 ermögliche bei einem geschätztem Auftragswert ohne Ust. bis 130.000,-- SZR ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung betreffend geistig-schöpferische Dienstleistungen mit nur einem Unternehmer. Der in der Verhandlung vor dem UVS OÖ von einem der Beteiligten genannte § 26 Abs. 3 Z 1 BVergG 2002 sei insofern irrtümlich genannt worden. Wie der Zuschlagsentscheidung zu entnehmen sei, liege der präsumtive Zuschlagsempfänger mit seinem Angebot weit unter der Schwelle des § 26 Abs. 4 BVergG 2002, wobei es sich bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen jedenfalls um geistigschöpferische Dienstleistungen handle. Die seitens der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten bestritt der Auftraggeber, wobei er ausdrücklich auf die Präklusionsvorschriften des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 hinwies. Der Auftraggeber machte zudem "fehlendes Interesse" der Antragstellerin am Vertragsabschluss geltend, da diese selbst das Vorprojekt, auf welchem die gegenständliche Ausschreibung basiere, erstellt habe und somit ein Informationsvorsprung der Antragstellerin evident sei. Unter Hinweis auf die Grundsatzbestimmung des Paragraph 21, Absatz 3, BVergG 2002 sei daher die Antragstellerin zwingend dem Vergabeverfahren nicht bei zu ziehen. Zur unterlassenen Bekanntmachung führte der Auftraggeber aus, dass die Bezugnahme auf Paragraph 25, BVergG 2002 insofern unzutreffend sei, als konkret die Regelung des Paragraph 26, BVergG 2002 in Anspruch genommen worden sei. Insbesondere Paragraph 26, Absatz 4, BVergG 2002 ermögliche bei einem geschätztem Auftragswert ohne Ust. bis 130.000,-- SZR ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung betreffend geistig-schöpferische Dienstleistungen mit nur einem Unternehmer. Der in der Verhandlung vor dem UVS OÖ von einem der Beteiligten genannte Paragraph 26, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2002 sei insofern irrtümlich genannt worden. Wie der Zuschlagsentscheidung zu entnehmen sei, liege der präsumtive Zuschlagsempfänger mit seinem Angebot weit unter der Schwelle des Paragraph 26, Absatz 4, BVergG 2002, wobei es sich bei den ausgeschriebenen Dienstleistungen jedenfalls um geistigschöpferische Dienstleistungen handle. Die seitens der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten bestritt der Auftraggeber, wobei er ausdrücklich auf die Präklusionsvorschriften des BVergG 2002 bzw. BVergG 2006 hinwies.

Die Antragstellerin erstattete am 2. Juni 2006, gemäß§ 13 Abs. 5 AVG am 6. Juni 2006 beim Bundesvergabeamt eingelangt, eine Stellungnahme und brachte ergänzend vor, dass aufgrund der Bestimmungen der Satzungen des Wasserverbandes Unteres Kremstal eine wirksame Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers nicht vorliegen könne. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei nämlich einzig vom Obmann des Auftraggebers, Herrn Bürgermeister C***, unterschrieben. Nach § 18 Abs. 2 der Satzung bedürften Erklärungen, durch die der Wasserverband verpflichtet werden soll, zwingend neben der Unterschrift des Obmanns auch der Unterschrift eines weiteren Vorstandsmitglieds. Die Antragstellerin würde aber durch die Zuschlagsentscheidung bzw. die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung verpflichtet werden. Weiters liege keine (ordnungsgemäße) Bekanntgabe der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger vor, da sich diese als nicht konkret und zudem unpräzise und verwechslungsfähig erweise. Zur Vorarbeitenproblematik führte die Antragstellerin aus, dass in concreto schon deshalb keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu verzeichnen gewesen seien, weil der Auftraggeber ohnedies in den Ausschreibungsunterlagen die Vorarbeiten der Antragstellerin offen gelegt habe. Die Antragstellerin erstattete am 2. Juni 2006, gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 6. Juni 2006 beim Bundesvergabeamt eingelangt, eine Stellungnahme und brachte ergänzend vor, dass aufgrund der Bestimmungen der Satzungen des Wasserverbandes Unteres Kremstal eine wirksame Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers nicht vorliegen könne. Die Bekanntgabe

der Zuschlagsentscheidung sei nämlich einzig vom Obmann des Auftraggebers, Herrn Bürgermeister C***, unterschrieben. Nach Paragraph 18, Absatz 2, der Satzung bedürften Erklärungen, durch die der Wasserverband verpflichtet werden soll, zwingend neben der Unterschrift des Obmanns auch der Unterschrift eines weiteren Vorstandsmitglieds. Die Antragstellerin würde aber durch die Zuschlagsentscheidung bzw. die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung verpflichtet werden. Weiters liege keine (ordnungsgemäße) Bekanntgabe der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger vor, da sich diese als nicht konkret und zudem unpräzise und verwechslungsfähig erweise. Zur Vorarbeitenproblematik führte die Antragstellerin aus, dass in concreto schon deshalb keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu verzeichnen gewesen seien, weil der Auftraggeber ohnedies in den Ausschreibungsunterlagen die Vorarbeiten der Antragstellerin offen gelegt habe.

In der mündlichen Verhandlung vom 7. Juni 2006 wurde der Auftraggeber auf das Tonbandprotokoll der am 25. April 2006 stattgefundenen Verhandlung vor dem UVS OÖ hingewiesen. Der Auftraggeber erklärte hiezu, dass die darin getätigten Aussagen zutreffen, jedoch mit der Einschränkung der ergänzenden schriftlichen Stellungnahmen des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt. Der Auftraggeber legte weiters zwei Beweisstücke zur Vorarbeitenproblematik der Antragstellerin vor. Die Antragstellerin bestätigte, dass die A*** das Vorprojekt bearbeitet habe, jedoch sei dieses allen Bietern mit der Einladung übermittelt worden, sodass ein Wettbewerbsvorteil für die A*** nicht entstehen habe können.

Aufgrund des vorgelegten Vergabeaktes (siehe hiezu Stellungnahme des Auftraggebers sowie Unterlagenübersicht vom 18. Mai 2006, OZ 10), Stellungnahmen der Parteien (vgl. insbesondere jene des Auftraggebers vom 12. Mai 2006 mit Beilagen, OZ 6) sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung (siehe Verhandlungsschrift vom 7. Juni 2006, OZ 16) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt: Aufgrund des vorgelegten Vergabeaktes (siehe hiezu Stellungnahme des Auftraggebers sowie Unterlagenübersicht vom 18. Mai 2006, OZ 10), Stellungnahmen der Parteien vergleiche insbesondere jene des Auftraggebers vom 12. Mai 2006 mit Beilagen, OZ 6) sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung (siehe Verhandlungsschrift vom 7. Juni 2006, OZ 16) wurde nachfolgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber hat mit Schreiben vom 23. Jänner 2006 die Antragstellerin aufgefordert, ein Angebot im Vergabeverfahren "Einreich- und Detailprojektierung der Rückhaltebecken Seilerbach und Spritzenbach" zu legen. Die Vergabe soll nach dem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung entsprechend dem Bundesvergabegesetz (BVerG 2002) erfolgen. Die Angebotsöffnung erfolgte am 6. März 2006. Am 29. März 2006 fand ein Gespräch zwischen dem Auftraggeber und der B*** über den Auftragsinhalt statt. Ein Protokoll über die Angebotsbewertung existiert nicht.

Mit Telefax vom 3. April 2006 gab der Auftraggeber den Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** bekannt. Die Antragstellerin beantragte daraufhin mittels e-mail vom 6. April 2006 gemäß § 100 Abs. 3 BVerG 2002 die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Der Auftraggeber ist diesem Auskunftersuchen nicht nachgekommen. Mit Telefax vom 3. April 2006 gab der Auftraggeber den Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der B*** bekannt. Die Antragstellerin beantragte daraufhin mittels e-mail vom 6. April 2006 gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVerG 2002 die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes. Der Auftraggeber ist diesem Auskunftersuchen nicht nachgekommen.

Am 10. April 2006 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS OÖ). Mit Erkenntnis vom 13. April 2006, VwSen-550268/3/Kü/Rd/Hu, gab der UVS OÖ dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt und untersagte dem Auftraggeber bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 10. Mai 2006, den Zuschlag zu erteilen. In der Begründung wurde zur Auftraggebereigenschaft ausgeführt, dass es sich beim Wasserverband Unteres Kremstal um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 1 Abs. 2 Z 1 OÖ VNPG handle. Am 10. April 2006 stellte die Antragstellerin einen Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS OÖ). Mit Erkenntnis vom 13. April 2006, VwSen-550268/3/Kü/Rd/Hu, gab der UVS OÖ dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt und untersagte dem Auftraggeber bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 10. Mai 2006, den Zuschlag zu erteilen. In der Begründung wurde zur Auftraggebereigenschaft ausgeführt, dass es sich beim Wasserverband Unteres Kremstal um

einen öffentlichen Auftraggeber iSd Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, OÖ VNPG handle.

Dem Tonbandprotokoll der am 25. April 2006 vor dem UVS OÖ durchgeführten mündlichen Verhandlung sind insbesondere nachfolgende Aussagen zu entnehmen:

Auftraggeber der gegenständlichen Dienstleistung ist der Wasserverband Unteres Kremstal. Der Wasserverband Unteres Kremstal ist auf Basis des Wasserrechtsgesetzes gegründet.

Es gibt keine schriftliche Begründung dafür, warum im gegenständlichen Fall ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt wurde.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass es eine Kostenschätzung für die zur Ausschreibung gelangten Maßnahmen nicht gegeben hat.

Der Obmann des Wasserverbandes führt aus, dass die einzelnen Bieter aufgrund eines Vorschlages des Gewässerbezirkes ausgewählt wurden.

Vom Vertreter des Gewässerbezirkes wird dazu eingewendet, dass es sich hierbei um eine unverbindliche Empfehlung des Gewässerbezirkes gehandelt hat und wurden lediglich Zivilingenieure bzw. Büros genannt, mit denen bereits gute Erfahrungen im Zusammenhang mit der Abwicklung von Schutzwasserprojekten gemacht wurden.

Vom Wasserverband wurde aufgrund des Vorschlages des Gewässerbezirkes keine Eignungsprüfung der genannten möglichen Bieter durchgeführt. Diesbezüglich wurden daher auch keine schriftlichen Aufzeichnungen geführt.

Nochmals wird festgestellt, dass aufgrund des vom Gewässerbezirk geschätzten Auftragswertes von unter EUR 60.000,- empfohlen wurde, das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung für geistig-schöpferische Dienstleistungen entsprechend § 26 Abs. 3 Z 1 BVergG 2002 durchzuführen. Nochmals wird festgestellt, dass aufgrund des vom Gewässerbezirk geschätzten Auftragswertes von unter EUR 60.000,- empfohlen wurde, das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung für geistig-schöpferische Dienstleistungen entsprechend Paragraph 26, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2002 durchzuführen.

Die Prüfung vom Gewässerbezirk erfolgte in der Weise, dass die wesentlichen Positionen, z.B. Vermessung, konstruktive Planung, Baugrunduntersuchung, ökologische Begleitplanung, Koordination Planung usw. verglichen wurden, anhand der Vorgaben in der Ausschreibung. Die Prüfung erfolgte in der Weise, dass es in den einzelnen Angeboten handschriftliche Prüfungsvermerke gibt. Die einzelnen Preise wurden in eine Tabelle übertragen.

Vom Vertreter des Gewässerbezirkes wird dazu ausgeführt, dass auch von den übrigen Mitbewerbern die notwendigen Bodenaufschlüsse geschätzt wurden und auch geschätzte Kosten angegeben wurden. Bei der Prüfung wurden deshalb die vergleichbaren Einheitspreise gegenübergestellt. Auffällig ist allerdings bei den angegebenen Preisen, dass diese teilweise zu 100% auseinander liegen sind.

Über Anfrage des Vertreters der Antragstellerin gibt der Vertreter des Gewässerbezirkes Linz an, dass keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde und auch bei der Prüfung der Angebote die einschlägigen Normen beachtet wurden. Welche Norm bei der geologischen Begleitplanung angewendet wurde, kann vom Vertreter des Gewässerbezirkes Linz nicht angegeben werden.

Die eigentliche Zuschlagsentscheidung wurde nach Angaben des Obmanns des Wasserverbandes Unteres Kremstal von ihm selbst getroffen. Grundlage für die Zuschlagsentscheidung waren die Prüfungen durch den Gewässerbezirk Linz. Für die Zuschlagsentscheidung ist gemäß den Statuten des Wasserverbandes allein der Obmann zuständig. Der diesbezügliche Grundsatzbeschluss über die Vergabe der Leistungen wurde bereits im Gemeinderat getroffen, sodass die eigentliche Zuschlagsentscheidung nur mehr vom Obmann des Landesverbandes getroffen wurde.

Über Befragen des Vertreters der Antragstellerin gibt der Vertreter des Gewässerbezirkes Linz bekannt, dass es keine verbale Beschreibung über die Angebotsprüfung gibt. Es existiert lediglich eine tabellarische Auflistung der Preise.

Mit Erkenntnis vom 4. Mai 2006, VwSen-550269/9/Kü/Hu, wies der UVS OÖ den Nachprüfungsantrag vom 10. April 2006 und den Antrag auf Gebührenersatz vom 25. April 2006 zurück. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Wasserverband Unteres Kremstal eine auf Grundlage des § 87 Abs. 1 Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG 1959), somit auf Grundlage eines Bundesgesetzes gebildete Körperschaft öffentlichen Rechts darstelle. Dies ergäbe sich aus § 1 Abs. 1 der Satzungen des Wasserverbandes Unteres Kremstal. Gemäß Artikel 14b Abs. 2 Z 1 lit.d B-VG sei die Vollziehung Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch bundesgesetzlich eingerichtete

Selbstverwaltungskörperschaften. Gegenständlich erfolge die Vergabe eines Auftrages durch den nach bundesgesetzlichen Regelungen gegründeten Wasserverband, weshalb diese Vergabe gemäß der verfassungsrechtlichen Bestimmungen in den Vollziehungsbereich des Bundes falle. Daraus folge aber auch, dass der Auftraggeber Wasserverband Unteres Kremstal vom Geltungsbereich des OÖ VNPG nicht erfasst sei, zumal der Verband die Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers iSd § 1 Abs. 2 OÖ VNPG nicht erfülle. Mit Erkenntnis vom 4. Mai 2006, VwSen-550269/9/Kü/Hu, wies der UVS OÖ den Nachprüfungsantrag vom 10. April 2006 und den Antrag auf Gebührenersatz vom 25. April 2006 zurück. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Wasserverband Unteres Kremstal eine auf Grundlage des Paragraph 87, Absatz eins, Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG 1959), somit auf Grundlage eines Bundesgesetzes gebildete Körperschaft öffentlichen Rechts darstelle. Dies ergäbe sich aus Paragraph eins, Absatz eins, der Satzungen des Wasserverbandes Unteres Kremstal. Gemäß Artikel 14b Absatz 2, Ziffer eins, Literatur d, B-VG sei die Vollziehung Bundessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften. Gegenständlich erfolge die Vergabe eines Auftrages durch den nach bundesgesetzlichen Regelungen gegründeten Wasserverband, weshalb diese Vergabe gemäß der verfassungsrechtlichen Bestimmungen in den Vollziehungsbereich des Bundes falle. Daraus folge aber auch, dass der Auftraggeber Wasserverband Unteres Kremstal vom Geltungsbereich des OÖ VNPG nicht erfasst sei, zumal der Verband die Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers iSd Paragraph eins, Absatz 2, OÖ VNPG nicht erfülle.

Der vorliegende Antrag ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

Maßgebliche Rechtslage

§ 345 Abs. 2 BVergG 2006 bestimmt, dass für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht gelten. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Aus dieser Bestimmung sowie aus jener des § 345 Abs. 4 BVergG 2006 folgt im Umkehrschluss, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2002 sowie der 4. Teil (Rechtsschutz) des BVergG 2006 zur Anwendung gelangt (siehe etwa BVA 17.3.2006, N/007-BVA/05/2006-54 sowie BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008). Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 bestimmt, dass für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2006 nicht gelten. Diese Vergabeverfahren sind nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Aus dieser Bestimmung sowie aus jener des Paragraph 345, Absatz 4, BVergG 2006 folgt im Umkehrschluss, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren der 1. bis 3. Teil des BVergG 2002 sowie der 4. Teil (Rechtsschutz) des BVergG 2006 zur Anwendung gelangt (siehe etwa BVA 17.3.2006, N/007-BVA/05/2006-54 sowie BVA 9.5.2006, N/0030-BVA/10/2006-EV008).

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten

Der Wasserverband Unteres Kremstal ist ein Wasserverband iSd § 87 Abs. 1 WRG 1959 (siehe § 1 Abs. 1 der Satzung des Wasserverbandes Unteres Kremstal) und somit Auftraggeber iSd § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002 (siehe auch BVA 24.10.2002, N-54/02-14, in Sachs/Hahnl, BVergSlg [2004] 3.63). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd § 4 Abs. 1 BVergG 2002 zu qualifizieren. Aufgrund der Ausführungen der Antragstellerin und des Auftraggebers in den Schriftsätzen ist davon auszugehen, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gemäß § 9 Abs. 2 BVergG 2002 handelt; ein geschätzter Auftragswert seitens des Auftraggebers liegt jedoch nicht vor (vgl. Sachverhaltsfeststellungen). Der Wasserverband Unteres Kremstal ist ein Wasserverband iSd Paragraph 87, Absatz eins, WRG 1959 (siehe Paragraph eins, Absatz eins, der Satzung des Wasserverbandes Unteres Kremstal) und somit Auftraggeber iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 (siehe auch BVA 24.10.2002, N-54/02-14, in Sachs/Hahnl, BVergSlg [2004] 3.63). Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag iSd Paragraph 4, Absatz eins, BVergG 2002 zu qualifizieren. Aufgrund der Ausführungen der Antragstellerin und des Auftraggebers in den Schriftsätzen ist davon auszugehen, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gemäß Paragraph 9, Absatz 2, BVergG 2002 handelt; ein geschätzter Auftragswert seitens des Auftraggebers liegt jedoch nicht vor (vergleiche Sachverhaltsfeststellungen).

Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs. 2 BVergG 2006 iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Die allgemeine

Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, B-VG ist sohin gegeben. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Zulässigkeit des Antrages

Der Auftraggeber vermeint, dass für die Beurteilung der Zulässigkeit des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ausschließlich die Bestimmung des § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 zur Anwendung gelangt. Danach 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 einzubringen. § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 bezieht sich somit auf Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich nach dem 2. und 3. Teil des BVergG 2006, was jedoch bedeutet, dass auf Bestimmungen verwiesen wird, die gemäß ausdrücklicher Regelung des § 345 Abs. 2 BVergG 2006 nicht zur Geltung kommen sollen (siehe dazu schon BVA 24.2.2006, N/0006- BVA/05/2006-16). Somit ist aber – entgegen den Ausführungen des Auftraggebers – § 321 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 auf den vorliegenden Antrag nicht anwendbar. Ein Verweis auf die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2002 zur Berechnung der Fristen ist vom Gesetz nicht angeordnet. Insbesondere fehlt das bisherige Anknüpfungsmerkmal, die Zuschlagsfrist. Bei einer Gesamtbetrachtung ergibt sich daher, dass das BVergG 2006, insbesondere seine §§ 321 und 345 keine Regelung für jene Fälle vorgesehen haben, in denen das Vergabeverfahren nach dem BVergG 2002 und das Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2006 zu führen ist (dazu erstmals BVA 27.3.2006, N/0016-BVA/10/2006-EV8). Hinsichtlich der Fristberechnung entsteht somit eine planwidrige Lücke, zumal dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass Nachprüfungsanträge jederzeit und ohne zeitliche Begrenzung zulässig sein sollen. Die planwidrige Lücke ist durch Analogie zu schließen, wobei die sachnächste Norm, die in diesem System liegt, heranzuziehen ist (BVA 27.3.2006, N/0016-BVA/10/2006-EV8 unter Bezugnahme auf Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht9 [2000] Rz 136). Die sachnächste Norm stellt aber aufgrund nachstehender Erwägungen § 169 Abs. 2 Z 5 lit. d BVergG 2002 dar: Der Auftraggeber vermeint, dass für die Beurteilung der Zulässigkeit des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ausschließlich die Bestimmung des Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 zur Anwendung gelangt. Danach 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 einzubringen. Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 bezieht sich somit auf Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich nach dem 2. und 3. Teil des BVergG 2006, was jedoch bedeutet, dass auf Bestimmungen verwiesen wird, die gemäß ausdrücklicher Regelung des Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 nicht zur Geltung kommen sollen (siehe dazu schon BVA 24.2.2006, N/0006- BVA/05/2006-16). Somit ist aber – entgegen den Ausführungen des Auftraggebers – Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 auf den vorliegenden Antrag nicht anwendbar. Ein Verweis auf die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2002 zur Berechnung der Fristen ist vom Gesetz nicht angeordnet. Insbesondere fehlt das bisherige Anknüpfungsmerkmal, die Zuschlagsfrist. Bei einer Gesamtbetrachtung ergibt sich daher, dass das BVergG 2006, insbesondere seine Paragraphen 321 und 345 keine Regelung für jene Fälle vorgesehen haben, in denen das Vergabeverfahren nach dem BVergG 2002 und das Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2006 zu führen ist (dazu erstmals BVA 27.3.2006, N/0016-BVA/10/2006-EV8). Hinsichtlich der Fristberechnung entsteht somit eine planwidrige Lücke, zumal dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass Nachprüfungsanträge jederzeit und ohne zeitliche Begrenzung zulässig sein sollen. Die planwidrige Lücke ist durch Analogie zu schließen, wobei die sachnächste Norm, die in diesem System liegt, heranzuziehen ist (BVA 27.3.2006, N/0016-BVA/10/2006-EV8 unter Bezugnahme auf Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht9 [2000] Rz 136). Die sachnächste Norm stellt aber aufgrund nachstehender Erwägungen Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 5, Litera d, BVergG 2002 dar:

Ogleich der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 18. Mai 2006 erstmals vorgebracht hat, dass gegenständlich der Tatbestand des § 26 Abs. 4 BVergG 2002 vorliege, ist doch aufgrund der bislang erfolgten Handlungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren (insbesondere Aufforderung zur Angebotsabgabe an drei Bieter, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung) davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach § 26 Abs. 3 Z 1 BVergG 2002 durchgeführt worden ist. Hinsichtlich der Fristberechnung ist zu

beachten, dass die Frist zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nach dem BVergG 2002 die Stillhaltefrist darstellte. Im gegenständlichen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach § 26 Abs. 3 Z 1 BVergG 2002 beträgt daher die Stillhaltefrist gemäß § 100 Abs. 2 BVergG 2002 sieben Tage, die gemäß § 169 Abs. 2 Z 5 lit. d BVergG 2002 gleichzeitig die Anfechtungsfrist für die Zuschlagsentscheidung darstellt. Obgleich der Auftraggeber in seiner Stellungnahme vom 18. Mai 2006 erstmals vorgebracht hat, dass gegenständlich der Tatbestand des Paragraph 26, Absatz 4, BVergG 2002 vorliege, ist doch aufgrund der bislang erfolgten Handlungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren (insbesondere Aufforderung zur Angebotsabgabe an drei Bieter, Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung) davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach Paragraph 26, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2002 durchgeführt worden ist. Hinsichtlich der Fristberechnung ist zu beachten, dass die Frist zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nach dem BVergG 2002 die Stillhaltefrist darstellte. Im gegenständlichen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach Paragraph 26, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2002 beträgt daher die Stillhaltefrist gemäß Paragraph 100, Absatz 2, BVergG 2002 sieben Tage, die gemäß Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 5, Litera d, BVergG 2002 gleichzeitig die Anfechtungsfrist für die Zuschlagsentscheidung darstellt.

Gemäß § 100 Abs. 3 BVergG 2002 können nicht erfolgreiche Bieter im Falle eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß § 26 Abs. 3 innerhalb einer Frist von drei Tagen nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung schriftlich die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes beantragen. Nach § 100 Abs. 4 BVergG 2002 hat der Auftraggeber unverzüglich nach Eingang des Antrages, sofern der Antrag gemäß Abs. 3 jedoch rechtzeitig gestellt wurde, jedenfalls aber drei Tage vor Ablauf der Stillhaltefrist, dem nicht erfolgreichen Bieter die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Dem Auftraggeber ist zwar zu folgen, dass das Erkenntnis des VfGH vom 12. Juni 2004, B 190/02, noch zur Regelung des (alten) § 53a BVergG 1997 ergangen ist, jedoch sind die darin getroffenen Grundsatzausführungen des VfGH auch auf die Bestimmungen des § 100 Abs. 3 und 4 BVergG 2002 (schon aufgrund des identen Wortlautes) anzuwenden. Der VfGH hielt im zitierten Erkenntnis insbesondere nachfolgendes fest: Gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG 2002 können nicht erfolgreiche Bieter im Falle eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung gemäß Paragraph 26, Absatz 3, innerhalb einer Frist von drei Tagen nach Zustellung der Zuschlagsentscheidung schriftlich die Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie der Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes beantragen. Nach Paragraph 100, Absatz 4, BVergG 2002 hat der Auftraggeber unverzüglich nach Eingang des Antrages, sofern der Antrag gemäß Absatz 3, jedoch rechtzeitig gestellt wurde, jedenfalls aber drei Tage vor Ablauf der Stillhaltefrist, dem nicht erfolgreichen Bieter die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Dem Auftraggeber ist zwar zu folgen, dass das Erkenntnis des VfGH vom 12. Juni 2004, B 190/02, noch zur Regelung des (alten) Paragraph 53 a, BVergG 1997 ergangen ist, jedoch sind die darin getroffenen Grundsatzausführungen des VfGH auch auf die Bestimmungen des Paragraph 100, Absatz 3 und 4 BVergG 2002 (schon aufgrund des identen Wortlautes) anzuwenden. Der VfGH hielt im zitierten Erkenntnis insbesondere nachfolgendes fest:

Der Verfassungsgerichtshof erachtet deshalb vor dem Hintergrund der in diesem Punkt (nach dem oben genannten Urteil des EuGH) klaren Gemeinschaftsrechtslage eine Auslegung des § 53a BVergG als zwingend, wonach dem Bieter nach Auskunftserteilung (über rechtzeitiges Begehren) jedenfalls noch drei Tage Stillhaltefrist offen stehen müssen. Eine verspätete Auskunftserteilung durch den Auftraggeber (hier: 12. Dezember) muss also zu einer entsprechenden Verlängerung der Stillhaltefrist (hier: bis 15. Dezember) führen. Der Verfassungsgerichtshof erachtet deshalb vor dem Hintergrund der in diesem Punkt (nach dem oben genannten Urteil des EuGH) klaren Gemeinschaftsrechtslage eine Auslegung des Paragraph 53 a, BVergG als zwingend, wonach dem Bieter nach Auskunftserteilung (über rechtzeitiges Begehren) jedenfalls noch drei Tage Stillhaltefrist offen stehen müssen. Eine verspätete Auskunftserteilung durch den Auftraggeber (hier: 12. Dezember) muss also zu einer entsprechenden Verlängerung der Stillhaltefrist (hier: bis 15. Dezember) führen.

Wenn aber - nach den Ausführungen des VfGH - schon eine verspätete Auskunftserteilung zu einer entsprechenden Verlängerung der Stillhaltefrist führen muss, dann muss dies (aufgrund eines Größenschlusses) umso mehr gelten, wenn eine Auskunftserteilung seitens des Auftraggebers (wie im vorliegenden Fall aus dem Vergabeakt und den Stellungnahmen evident hervorgeht) überhaupt nicht erfolgt ist. Die Behauptungen des Auftraggebers, wonach bereits in der Zuschlagsentscheidung vom 3. April 2006 die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der

Antragstellerin sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt gegeben worden seien, entsprechen nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Die (per Telefax erfolgte) Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 3. April 2006 hatte nämlich lediglich nachfolgenden Originalwortlaut:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Eingangs wird um die Anbotslegung für die im Betreff angeführten schutzwasserbaulichen Maßnahmen gedankt.

Nach Prüfung der Angebote und Abhaltung eines Verhandlungsgespräches mit dem Bestbieter (=Billigstbieter), der B***, ist beabsichtigt, den Zuschlag zu einem Nettogesamtpreis von EUR 90.200,00 an die B*** zu erteilen.

Die im gegenständlichen Fall – entgegen den zwingenden Vorgaben des § 100 Abs. 4 BVergG 2002 – nicht erfolgte Auskunftserteilung durch den Auftraggeber hat somit zur Konsequenz, dass die Stillhaltefrist (die zugleich die Anfechtungsfrist darstellt) noch nicht ablaufen konnte und daher der Antrag binnen offener Frist beim Bundesvergabeamt eingelangt ist. Die im gegenständlichen Fall – entgegen den zwingenden Vorgaben des Paragraph 100, Absatz 4, BVergG 2002 – nicht erfolgte Auskunftserteilung durch den Auftraggeber hat somit zur Konsequenz, dass die Stillhaltefrist (die zugleich die Anfechtungsfrist darstellt) noch nicht ablaufen konnte und daher der Antrag binnen offener Frist beim Bundesvergabeamt eingelangt ist.

Antragslegitimation der Antragstellerin

Gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Z 1), und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Z 2). Der seitens des Auftraggebers am 18. Mai 2006 erstmals vorgebrachte Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 2 BVergG 2002 steht zunächst im offenkundigen Widerspruch zu der am 23. Jänner 2006 erfolgten Einladung zur Angebotsstellung an die Antragstellerin. Wenn nämlich – wie der Auftraggeber unter Hinweis auf die Grundsatzbestimmung auf § 21 Abs. 3 BVergG 2002 nunmehr behauptet – die Antragstellerin zwingend dem Vergabeverfahren nicht bei zu ziehen sei, so ist für den erkennenden Senat gänzlich unplausibel, warum der Auftraggeber die Antragstellerin ausdrücklich zur Angebotsabgabe aufgefordert hat. Zudem verkennt der Auftraggeber, dass gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 das Bundesvergabeamt ausschließlich zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist, nicht jedoch zur ersatzweisen Angebotsprüfung (inklusive Ausscheiden von Angeboten) anstelle des Auftraggebers (in diese Richtung schon BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56, in RPA 2004, 178 [Etlinger]), zumal im Verfahren bislang keine Tatsachen unstrittig evident wurden, die rechtlich ergeben würden, dass die Antragstellerin keinesfalls für einen Zuschlag in Betracht käme (BVA 1.6.2006, N/0028-BVA/08/2006-66; zu dieser Problematik siehe auch Grasböck, Zu Antragsanforderungen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 171 und Etlinger, Antragslegitimation im neuen Licht? RPA 2004, 161; zur Antragslegitimation siehe auch umfassend Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], § 163 Rz 34ff). Gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet (Ziffer eins,), und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Ziffer 2,). Der seitens des Auftraggebers am 18. Mai 2006 erstmals vorgebrachte Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 2, BVergG 2002 steht zunächst im offenkundigen Widerspruch zu der am 23. Jänner 2006 erfolgten Einladung zur Angebotsstellung an die Antragstellerin. Wenn nämlich – wie der Auftraggeber unter Hinweis auf die Grundsatzbestimmung auf Paragraph 21, Absatz 3, BVergG 2002 nunmehr behauptet – die Antragstellerin zwingend dem Vergabeverfahren nicht bei zu ziehen sei, so ist für den erkennenden Senat gänzlich unplausibel, warum der Auftraggeber die Antragstellerin ausdrücklich zur Angebotsabgabe aufgefordert hat. Zudem verkennt der Auftraggeber, dass gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 das Bundesvergabeamt ausschließlich zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig ist, nicht jedoch zur ersatzweisen Angebotsprüfung (inklusive Ausscheiden von Angeboten) anstelle des Auftraggebers (in diese Richtung schon BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56, in RPA 2004, 178

[Etlinger]), zumal im Verfahren bislang keine Tatsachen unstrittig evident wurden, die rechtlich ergeben würden, dass die Antragstellerin keinesfalls für einen Zuschlag in Betracht käme (BVA 1.6.2006, N/0028-BVA/08/2006-66; zu dieser Problematik siehe auch Grasböck, Zu Antragserfordernissen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 171 und Etlinger, Antragslegitimation im neuen Licht? RPA 2004, 161; zur Antragslegitimation siehe auch umfassend Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], Paragraph 163, Rz 34ff).

Inhaltliche Beurteilung

Einleitend ist festzuhalten, dass ein Teil der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten (vgl. insbesondere die Punkte 4.2, 4.3, 4.6 und 4.7 im Nachprüfungsantrag vom 9. Mai 2006) mangels Anfechtung innerhalb offener Frist (vgl. § 169 Abs. 2 Z 5 lit. b und c BVergG 2002) der Präklusion anheim gefallen sind (zur Bestandskraft von Ausschreibungen siehe etwa BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, in RPA 2003, 53 [Mecenovic] sowie VwGH 15.9.2005, 2004/04/0054). Ungeachtet dieses Umstandes weist der Senat jedoch auf zwei fundamentale Rechtsverletzungen hin, die der Auftraggeber im frühesten Stadium der gegenständlichen Ausschreibung zu verantworten hat: Einleitend ist festzuhalten, dass ein Teil der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten vergleiche insbesondere die Punkte 4.2, 4.3, 4.6 und 4.7 im Nachprüfungsantrag vom 9. Mai 2006) mangels Anfechtung innerhalb offener Frist vergleiche Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer 5, Litera b und c BVergG 2002) der Präklusion anheim gefallen sind (zur Bestandskraft von Ausschreibungen siehe etwa BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, in RPA 2003, 53 [Mecenovic] sowie VwGH 15.9.2005, 2004/04/0054). Ungeachtet dieses Umstandes weist der Senat jedoch auf zwei fundamentale Rechtsverletzungen hin, die der Auftraggeber im frühesten Stadium der gegenständlichen Ausschreibung zu verantworten hat:

Aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens steht fest, dass der Auftraggeber keine Kostenschätzung für die zur Ausschreibung gelangten Maßnahmen vorgenommen hat. Gemäß § 20 Z 38 BVergG 2002 wird der geschätzte Auftragswert definiert als der vor Durchführung eines Vergabeverfahrens vom Auftraggeber sachkundig zu ermittelnde Wert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. Der Auftraggeber hat somit vor Durchführung eines Verfahrens zur Beschaffung von Leistungen jedenfalls den geschätzten Auftragswert zu ermitteln. Dies ist einerseits erforderlich für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (z.B. Direktvergabe), andererseits aber auch notwendig für die Einschätzung, ob die Bestimmung des Ober- oder Unterschwellenbereiches zu befolgen ist (AB 1118 BlgNR 21. GP 26). Weiters ist dem Vergabeakt keine schriftliche Begründung für die gegenständlich erfolgte Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zu entnehmen, womit aber die Rechtmäßigkeit der Wahl eines Verhandlungsverfahrens nach § 26 Abs. 3 Z 1 BVergG 2002 (bzw. jene seitens des Auftraggebers nunmehr behaupteten Ausnahmetatbestandes des § 26 Abs. 4 BVergG 2002) einer seriösen transparenten Überprüfung iSd § 26 Abs. 5 BVergG 2002 nicht zugänglich ist. Aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens steht fest, dass der Auftraggeber keine Kostenschätzung für die zur Ausschreibung gelangten Maßnahmen vorgenommen hat. Gemäß Paragraph 20, Ziffer 38, BVergG 2002 wird der geschätzte Auftragswert definiert als der vor Durchführung eines Vergabeverfahrens vom Auftraggeber sachkundig zu ermittelnde Wert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. Der Auftraggeber hat somit vor Durchführung eines Verfahrens zur Beschaffung von Leistungen jedenfalls den geschätzten Auftragswert zu ermitteln. Dies ist einerseits erforderlich für die Wahl des richtigen Verfahrenstypus (z.B. Direktvergabe), andererseits aber auch notwendig für die Einschätzung, ob die Bestimmung des Ober- oder Unterschwellenbereiches zu befolgen ist Ausschussbericht 1118 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 26). Weiters ist dem Vergabeakt keine schriftliche Begründung für die gegenständlich erfolgte Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zu entnehmen, womit aber die Rechtmäßigkeit der Wahl eines Verhandlungsverfahrens nach Paragraph 26, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2002 (bzw. jene seitens des Auftraggebers nunmehr behaupteten Ausnahmetatbestandes des Paragraph 26, Absatz 4, BVergG 2002) einer seriösen transparenten Überprüfung iSd Paragraph 26, Absatz 5, BVergG 2002 nicht zugänglich ist.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im gemeinschaftsrechtlich und einfachgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt, als Bestbieter eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erhalten, weiters in dem Recht, dass nicht geeignete Bieter auszuschließen sind. Gemäß § 35 Abs. 1 BVergG 2002 hat bei Verhandlungsverfahren gemäß § 26 Abs. 3 die Einladung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen. Diese

Voraussetzungen sind vorab zu prüfen und festzuhalten. Nach § 52 Abs. 5 Z 4 BVergG 2002 muss beim Verhandlungsverfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens steht unstrittig fest, dass zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe die erforderliche Eignungsprüfung der in Aussicht genommenen Unternehmer seitens des Auftraggebers nicht durchgeführt worden ist, zumal diesbezüglich auch keine schriftlichen Aufzeichnungen existieren. Gemäß § 21 Abs. 1 BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesen Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Daraus folgt, dass eine Zuschlagserteilung an ein Unternehmen, deren Eignung nicht vorab vom Auftraggeber geprüft wurde, unzulässig ist, weshalb sich aber die am 3. April 2006 getroffene Zuschlagsentscheidung zugunsten der in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft schon aus diesem Grunde als (fundamental) rechtswidrig erweist. Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im gemeinschaftsrechtlich und einfachgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt, als Bestbieter eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erhalten, weiters in dem Recht, dass nicht geeignete Bieter auszuschließen sind. Gemäß Paragraph 35, Absatz eins, BVergG 2002 hat bei Verhandlungsverfahren gemäß Paragraph 26, Absatz 3, die Einladung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen. Diese Voraussetzungen sind vorab zu prüfen und festzuhalten. Nach Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer 4, BVergG 2002 muss beim Verhandlungsverfahren die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens steht unstrittig fest, dass zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe die erforderliche Eignungsprüfung der in Aussicht genommenen Unternehmer seitens des Auftraggebers nicht durchgeführt worden ist, zumal diesbezüglich auch keine schriftlichen Aufzeichnungen existieren. Gemäß Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen nach einem in diesen Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Daraus folgt, dass eine Zuschlagserteilung an ein Unternehmen, deren Eignung nicht vorab vom Auftraggeber geprüft wurde, unzulässig ist, weshalb sich aber die am 3. April 2006 getroffene Zuschlagsentscheidung zugunsten der in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft schon aus diesem Grunde als (fundamental) rechtswidrig erweist.

Gemäß § 93 Abs. 3 Z 3 BVergG 2002 sind Angebote, die für die Wahl des Zuschlages in Frage kommen, einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen, wenn sie aufgrund von vergleichbaren Erfahrungswerten nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen entstehen lassen. Nach jüngster Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes (vgl. BVA 1.6.2006, N/0028-BVA/08/2006-66 unter Hinweis auf VfGH 22.3.2006, B 1211/01) liegen iSd § 125 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006, der im Wesentlichen der hier anzuwendenden Bestimmung des § 93 Abs. 3 Z 3 BVergG 2002 entspricht, jedenfalls dann begründete Zweifel vor, wenn zwischen dem billigsten und dem teuersten Angebot mehr als 100% Preisdifferenz besteht. Die darin aufgestellten Grundsätze sind auch für den gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt von Relevanz, da festgestellt werden konnte, dass "die angegebenen Preise teilweise zu 100% auseinander gelegen sind", seitens des Auftraggebers jedoch keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde, womit aber die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grunde evident ist. Gemäß Paragraph 93, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2002 sind Angebote, die für die Wahl des Zuschlages in Frage kommen, einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen, wenn sie aufgrund von vergleichbaren Erfahrungswerten nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen entstehen lassen. Nach jüngster Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes vergleiche BVA 1.6.2006, N/0028-BVA/08/2006-66 unter Hinweis auf VfGH 22.3.2006, B 1211/01) liegen iSd Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2006, der im Wesentlichen der hier anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 93, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG 2002 entspricht, jedenfalls dann begründete Zweifel vor, wenn zwischen dem billigsten und dem teuersten Angebot mehr als 100% Preisdifferenz besteht. Die darin aufgestellten Grundsätze sind auch für den gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt von

Relevanz, da festgestellt werden konnte, dass "die angegebenen Preise teilweise zu 100% auseinander gelegen sind", seitens des Auftraggebers jedoch keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde, womit aber die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grunde evident ist.

Gemäß § 95 Abs. 1 BVergG 2002 ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Nach § 99 Abs. 2 BVergG 2002 sind die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Schon aufgrund der eigenen Ausführungen des Auftraggebers (vgl. Stellungnahmen vom 12. bzw. 18. Mai 2006), wonach ein Protokoll über die Angebotsbewertung nicht existiere, treten die Verletzungen gegen zentrale (Transparenz-) Bestimmungen im BVergG 2002 evidenter Maßen hervor. Auch die Tatsache, dass es "keine verbale Beschreibung über die Angebotsprüfung gibt", ist als Rechtswidrigkeit zu qualifizieren, da die Rechtsprechung das Erfordernis einer eingehenden verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung als Ausfluss des Gebotes der objektiven Nachvollziehbarkeit der Bewertung ansieht. Eine unzureichende Begründung verhindert die gerichtliche Kontrolle der Zuschlagsentscheidung (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 99 Rz 15 unter Hinweis auf BVA 15.2.2002, N-134/01-37, in RPA 2002, 96 [Etlinger] = ZVB 2002, 135 [Latzenhofer]; siehe dazu auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 95 Rz 2f). Gemäß Paragraph 95, Absatz eins, BVergG 2002 ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Nach Paragraph 99, Absatz 2, BVergG 2002 sind die Gründe für die Zuschlagsentscheidung schriftlich festzuhalten. Schon aufgrund der eigenen Ausführungen des Auftraggebers vergleiche Stellungnahmen vom 12. bzw. 18. Mai 2006), wonach ein Protokoll über die Angebotsbewertung nicht existiere, treten die Verletzungen gegen zentrale (Transparenz-) Bestimmungen im BVergG 2002 evidenter Maßen hervor. Auch die Tatsache, dass es "keine verbale Beschreibung über die Angebotsprüfung gibt", ist als Rechtswidrigkeit zu qualifizieren, da die Rechtsprechung das Erfordernis einer eingehenden verbalen Begründung der Zuschlagsentscheidung als Ausfluss des Gebotes der objektiven Nachvollziehbarkeit der Bewertung ansieht. Eine unzureichende Begründung verhindert die gerichtliche Kontrolle der Zuschlagsentscheidung (Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 99, Rz 15 unter Hinweis auf BVA 15.2.2002, N-134/01-37, in RPA 2002, 96 [Etlinger] = ZVB 2002, 135 [Latzenhofer]; siehe dazu auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 95, Rz 2f).

Nach den Materialien zu § 325 Abs. 1 BVergG 2006 ist die angefochtene Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären, wenn sie die geltend gemachten subjektiven Rechte des Antragstellers verletzt und die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte (ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 141). Das von der Antragstellerin geltend gemachte subjektive Recht auf Einhaltung eines transparenten Verfahrens wurde durch die oben aufgezeigten Rechtswidrigkeiten jedenfalls verletzt. Die Rechtswidrigkeit ist auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da nicht auszuschließen ist, dass der Auftraggeber bei rechtmäßigem Vorgehen (unter Einhaltung der einschlägigen Vorschriften des BVergG 2002 bzw. des BVergG 2006 nach erfolgtem Widerruf) zu einer anderen Vergabeentscheidung gelangen könnte (siehe auch Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002 [2002] E.4. zu § 174). Nach den Materialien zu Paragraph 325, Absatz eins, BVergG 2006 ist die angefochtene Entscheidung nur dann für nichtig zu erklären, wenn sie die geltend gemachten subjektiven Rechte des Antragstellers verletzt und die festgestellte Rechtswidrigkeit Auswirkungen auf den Verfahrensausgang haben könnte (ErläutRV 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 141). Das von der Antragstellerin geltend gemachte subjektive Recht auf Einhaltung eines transparenten Verfahrens wurde durch die oben aufgezeigten Rechtswidrigkeiten jedenfalls verletzt. Die Rechtswidrigkeit ist auch für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da nicht auszuschließen ist, dass der Auftraggeber bei rechtmäßigem Vorgehen (unter Einhaltung der einschlägigen Vorschriften des BVergG 2002 bzw. des BVergG 2006 nach erfolgtem Widerruf) zu einer anderen Vergabeentscheidung gelangen könnte (siehe auch Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002 [2002] E.4. zu Paragraph 174,).

Schlagworte

Angemessenheit der Preise, Präklusion, Stillhaltefrist, Transparenz;

Dokumentnummer

VERGT_20060620_N_0032_BVA_12_2006_19_00

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