

TE Verg Bescheid 2006/3/27 N/0008-BVA/08/2006-136

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.03.2006

Norm

BVergG 2006 §345

BVergG 2006 §303

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §318

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2002 §169

BVergG 2002 §20 Z13 litb

BVergG 2002 §21

BvergG 2002 §81 Abs5

BVergG 2002 §88

BVergG 2002 §98

BVergG 2002 §99

ABGB §878

ABGB §6

ABGB §7

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. BVergG 2006 § 303 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
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 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 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. ABGB § 878 heute
2. ABGB § 878 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. ABGB Art. 4 § 6 heute
2. ABGB Art. 4 § 6 gültig ab 01.01.2005

1. ABGB Art. 4 § 7 heute
2. ABGB Art. 4 § 7 gültig ab 01.01.2005

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 23.3.2006 durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag. Reinhard Grasböck, Auftraggeberbeisitzerin Mag. Maria Muntner, Auftragnehmerbeisitzer Mag. Alexander Piekniczek) gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren N/0008-BVA/08/2006 betreffend die durch X*** rechtsanwälte oeg vertretene (öffentliche) Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Baumeisterarbeiten Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes zur Nutzung als Seminarzentrum im Schloß Schönbrunn, GZ DRU 1254" über die Anträge der durch die Y*** Rechtsanwälte GmbH vertretenen Nachprüfungswerberin "M****" auf Nichtigerklärung und auf Kostenersatz; über den Kostenersatzantrag der H***; und über die Gegenanträge der Auftraggeberin und der H***, die zu den Anträgen der Nachprüfungswerberin gestellt wurden, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 23.3.2006 durch den Senat 8 (Senatsvorsitzender Mag. Reinhard Grasböck, Auftraggeberbeisitzerin Mag. Maria Muntner, Auftragnehmerbeisitzer Mag. Alexander Piekniczek) gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 im Nachprüfungsverfahren N/0008-BVA/08/2006 betreffend die durch X*** rechtsanwälte oeg vertretene (öffentliche) Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. und deren Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Baumeisterarbeiten Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes zur Nutzung als Seminarzentrum im Schloß Schönbrunn, GZ DRU 1254" über die Anträge der durch die Y*** Rechtsanwälte GmbH vertretenen Nachprüfungswerberin "M****" auf Nichtigerklärung und auf Kostenersatz; über den Kostenersatzantrag der H***; und über die Gegenanträge der Auftraggeberin und der H***, die zu den Anträgen der Nachprüfungswerberin gestellt wurden, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Hinsichtlich der Anträge der M**** vom 14.2.2006, das Bundesvergabeamt möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung des Auftraggebers vom 31.1.2006 dem Bieter H***, den Zuschlag zu erteilen (Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m. b.H. im Schreiben vom 31.1.2006 im Vergabeverfahren Baumeisterarbeiten Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes zur Nutzung als Seminarzentrum im Schloß Schönbrunn, GZ beim Auftraggeber DRU 1254), für nichtig erklären, sowie das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin für nichtig erklären, weiters der Auftraggeberin den Ersatz der

Pauschalgebühr [für den Nachprüfungsantrag] in der Höhe von EUR 2.500,00 zu Handen der Antragstellervertreterin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen; und weiters der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 2.500,00 [für den Antrag auf einstweilige Verfügung] zu Handen der Antragstellervertreterin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen;

wird erstens der Antrag der Nachprüfungswerberin auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen;

wird zweitens der Antrag der Nachprüfungswerberin auf Nichtigkeitsklärung des Ausscheidens ihres Angebots zurückgewiesen;

und werden drittens die gestellten Kostenersatzanträge der Nachprüfungswerberin abgewiesen.

Rechtsgrundlagen für die Abweisung des Antrags auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung: §§ 320, 321, 322, 324, 325 jeweils iVm 345 Absätze 1, 2 und 4 BVergG 2006 BGBl I 2006/17; Rechtsgrundlagen für die Abweisung des Antrags auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung: Paragraphen 320, 321, 322, 324, 325, jeweils in Verbindung mit 345 Absätze 1, 2 und 4 BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17;

§§ 21, 81 Abs 5, 88, 98, 99 und 169 Abs 2 Z 1 lit a) Bundesvergabegesetz 2002 (= BVergG 2002) BGBl I 2002/99; §§ 6f ABGB JGS 1811/946 idF BGBl I 2005/51 Paragraphen 21, 81, Absatz 5, 88, 98, 99 und 169 Absatz 2, Ziffer eins, Litera a,) Bundesvergabegesetz 2002 (= BVergG 2002) BGBl römisch eins 2002/99; Paragraphen 6 f, ABGB JGS 1811/946 in der Fassung BGBl römisch eins 2005/51

Rechtsgrundlagen für die Zurückweisung des Antrags auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung: §§ 345 Absätze 1, 2 und 4 jeweils iVm § 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006 BGBl I 2006/17; § 20 Z 13 lit b) Bundesvergabegesetz 2002 (= BVergG 2002) BGBl I 2002/99 Rechtsgrundlagen für die Zurückweisung des Antrags auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung: Paragraphen 345, Absätze 1, 2 und 4 jeweils in Verbindung mit Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, , 320 Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17; Paragraph 20, Ziffer 13, Litera b,) Bundesvergabegesetz 2002 (= BVergG 2002) BGBl römisch eins 2002/99

Rechtsgrundlagen für die Abweisung der Kostenersatzanträge der Nachprüfungswerberin: §§ 345 Absätze 1, 2 und 4; 303 Abs 1 sowie 318 und 319 BVergG 2006 BGBl I 2006/17, §§ 59 Abs 1 und 74 AVG 1991 BGBl 1991/50 idF BGBl I 2005/106 Rechtsgrundlagen für die Abweisung der Kostenersatzanträge der Nachprüfungswerberin: Paragraphen 345, Absätze 1, 2 und 4; 303 Absatz eins, sowie 318 und 319 BVergG 2006 BGBl römisch eins 2006/17, Paragraphen 59, Absatz eins und 74 AVG 1991 BGBl 1991/50 in der Fassung BGBl römisch eins 2005/106

II. römisch zwei.

Der Antrag der H*** vom 22.2.2006, die Nachprüfungswerberin binnen 14 Tagen nach Zurück- in eventu: Abweisung des Antrages der Nachprüfungswerberin auf Nichtigkeitsklärung sowohl der von der Nachprüfungswerberin angefochtenen Zuschlagsentscheidung als auch der von dieser gleichfalls angefochtenen Ausscheidensentscheidung bei sonstiger Exekution zum Ersatz der Gebühren der H*** in der Höhe von EUR 1.250,00 für die Teilnahme der H*** am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren gemäß § 19a RAO zu Handen der Rechtsanwälte Z*** zu verpflichten, wird zurückgewiesen. bei sonstiger Exekution zum Ersatz der Gebühren der H*** in der Höhe von EUR 1.250,00 für die Teilnahme der H*** am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 19 a, RAO zu Handen der Rechtsanwälte Z*** zu verpflichten, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 318, 319, 324 Abs 3 und 345 Absätze 1, 2 und 4 BVergG 2006 Rechtsgrundlage: Paragraphen 318, 319, 324 Absatz 3 und 345 Absätze 1, 2 und 4 BVergG 2006

BGBl I 2006/17; §§ 59 Abs 1 und 74 AVG 1991 BGBl 1991/50 idF BGBl I 2005/106 BGBl römisch eins 2006/17; Paragraphen 59, Absatz eins und 74 AVG 1991 BGBl 1991/50 in der Fassung BGBl römisch eins 2005/106

Begründung

Sachverhalt und Verfahrensgang:

Die Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. führt seit 2005 ein offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich mit der Bezeichnung "Baumeisterarbeiten zur Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes im Schloss Schönbrunn zur Nutzung als Seminarzentrum" durch.

Am 13.10.2005 erfolgte dazu im Amtsblatt der Wiener Zeitung nachstehende (auszugsweise wieder gegebene) Vergabebekanntmachung:

"Vergabebekanntmachung. Offenes Verfahren. Ausschreibende Stelle:

Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsges. m.b.H.,

Auftragsbezeichnung: Sanierung und Adaptierung des "Apothekertraktes" zur Nutzung als Seminarzentrum;
Gegenstand des Auftrages: Sanierung und Adaptierung des "Apothekertraktes" zur Nutzung als Seminarzentrum unter Bedachtnahme auf die historische Bausubstanz;
Auskünfte: Bietergemeinschaft : Atelier x & x Ziviltechniker GmbH, P***, Semperstraße , K***, Tel.,

Fax:, atelier@xxx.at, <http://www.xxx.at>, erhältlich bis:

2.11.2005; Kosten: 71,00 EUR, Zahlungsbedingungen: Bar bei Abholung, Zahlschein oder Telebanking, E*** Bank BLZ ...
Konto Nr.; Schlusstermin Angebote/Teilnahmeanträge (Datum oder Tage nach Versendung): 4.11.2005, 13:00,
Angebotseröffnung: 4.11.2005, 13:15, Schloß"

Auch wenn in dieser Bekanntmachung nicht ausdrücklich mit Worten darauf hingewiesen wird, dass die Ausschreibungs- /Angebotsunterlagen bis 2.11.2005 um EUR 71,00- bei den ersichtlichen Architekten abgeholt bzw dort angefordert werden konnten, forderte die zu FN x im Firmenbuch eingetragene "M***" die Ausschreibungsunterlagen am 17.10.2005 per e-mail an und erhielt diese am 20.10.2005 per Post. Auch andere Unternehmer forderten auf Basis dieser Bekanntmachung die Unterlagen an.

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass diese die Ausschreibungsunterlagen anfordernde Gesellschaft mit der FN*** am 13.12.2005 aus dem Firmenbuch gelöscht wurde, weil diese Kommanditgesellschaft - mit Eintragung in das Firmenbuch am 13.12.2005 - ihr Unternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 142 HGB auf die "M***" übertragen hat. Diese GmbH ist mit der FNM*** ins Firmenbuch eingetragen, war zuvor Komplementärin der am 13.12.2005 gelöschten Kommanditgesellschaft und tritt nunmehr auch formell als Nachprüfungswerberin beim Bundesvergabeamt auf - siehe die amtswegig eingeholten FB - Auszüge lfd Nri 6 und 7 des Verwaltungsakts; § 15 HGB. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass diese die Ausschreibungsunterlagen anfordernde Gesellschaft mit der FN*** am 13.12.2005 aus dem Firmenbuch gelöscht wurde, weil diese Kommanditgesellschaft - mit Eintragung in das Firmenbuch am 13.12.2005 - ihr Unternehmen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß Paragraph 142, HGB auf die "M***" übertragen hat. Diese GmbH ist mit der FNM*** ins Firmenbuch eingetragen, war zuvor Komplementärin der am 13.12.2005 gelöschten Kommanditgesellschaft und tritt nunmehr auch formell als Nachprüfungswerberin beim Bundesvergabeamt auf - siehe die amtswegig eingeholten FB - Auszüge lfd Nri 6 und 7 des Verwaltungsakts; Paragraph 15, HGB.

Auf Grund der Gesamtrechtsnachfolge in das Unternehmen der Kommanditgesellschaft durch die (vormalige) Komplementärin und nunmehrige Nachprüfungswerberin ist daher auf Tatsachenebene (und auch in rechtlicher Hinsicht gemäß § 142 HGB - um dies vorwegzunehmen -) davon auszugehen, dass die Nachprüfungswerberin in sämtliche Rechte gegenüber der Auftraggeberin in Bezug auf das gegenständliche Vergabeverfahren eingetreten ist. Die Nachprüfungswerberin hat sich dabei aber auch alle Handlungen und die daraus resultierenden Rechtsfolgen zurechnen zu lassen, die vor dem 13.12.2005 namens der gelöschten Kommanditgesellschaft gegenüber der Auftraggeberin gesetzt wurden. Im Folgenden wird daher auf diese - im Übrigen unstrittige Gesamtrechtsnachfolge nicht mehr eingegangen, wird nur mehr von der Nachprüfungswerberin gesprochen, und wird damit auf die nunmehr unternehmenstragende GmbH mit der FNM*** verwiesen. Auf Grund der Gesamtrechtsnachfolge in das Unternehmen der Kommanditgesellschaft durch die (vormalige) Komplementärin und nunmehrige Nachprüfungswerberin ist daher auf Tatsachenebene (und auch in rechtlicher Hinsicht gemäß Paragraph 142, HGB - um dies vorwegzunehmen -) davon auszugehen, dass die Nachprüfungswerberin in sämtliche Rechte gegenüber der Auftraggeberin in Bezug auf das gegenständliche Vergabeverfahren eingetreten ist. Die Nachprüfungswerberin hat sich dabei aber auch alle Handlungen und die daraus resultierenden Rechtsfolgen zurechnen zu lassen, die vor dem 13.12.2005 namens der gelöschten Kommanditgesellschaft gegenüber der Auftraggeberin gesetzt wurden. Im Folgenden wird daher auf diese - im Übrigen unstrittige Gesamtrechtsnachfolge nicht mehr eingegangen, wird nur mehr von der Nachprüfungswerberin gesprochen, und wird damit auf die nunmehr unternehmenstragende GmbH mit der FNM*** verwiesen.

Namens der Auftraggeberin wurde die Ausschreibung am 3.11.2005 berichtigt und dabei der Schlusstermin für die Angebotsabgabe auf 10.11.2005, 13.00 Uhr verlegt. Bei dieser Berichtigung wurden Änderungen im Leistungsverzeichnis vorgenommen.

Änderungen der für dieses Verfahren zentralen Punkte 2.5, 2.13, 2.19 und 2.20 der Ausschreibungsunterlage wurden bei dieser Berichtigung nicht vorgenommen. Jene Unternehmen, die die Unterlagen bis 2.11.2005 behoben hatten, wurden dabei persönlich jedenfalls mit e-mails des Architektenbüros K*** vom 3.11.2005 von dieser Ausschreibungsberichtigung in Kenntnis gesetzt. Die Nachprüfungswerberin gab auf Basis des geänderten Leistungsverzeichnisses am 10.11.2005 ein Angebot ab (Angebot der Nachprüfungswerberin in den Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Tatsache der Verständigung der Nachprüfungswerberin von der Ausschreibungsberichtigung per e-mail am 3.11.2005 ergibt sich - um die Beweiswürdigung in diesem unbestrittenen Beweisthema vorwegzunehmen - insbesondere daraus, dass dieses Schreiben, das von der Auftraggeberin mit "A 12" bezeichnet vorgelegt wurde, und dem eine e-mail Sendebestätigung vom 3.11.2005 angeschlossen ist. Ein gleichartiges e-mail erging am 3.11.2005 an die am 31.1.2006 in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin H*** (im Folgenden: H***) mit der Bezeichnung "A 15".

Beim Bundesvergabeamt wurde auch kein Antrag auf Nichtigerklärung dieser Festlegung per e-mail während der Angebotsfrist eingebracht.

Die Nachprüfungswerberin bestritt bei einem Vorhalt in der Verhandlung am 16.3.2006 diese Übermittlung auch nicht ausdrücklich, sondern verwies auf das bisherige Vorbringen. Vielmehr legte sie mit lfd Nr 105 selbst ein vom Architektenbüro K*** & Sm** an sie diesbezüglich ergangenes e-mail vom 3.11.2005,

19.49 Uhr vor. Damit ist für den erkennenden Senat die Ausschreibungsberichtigung per e-mail innerhalb der ursprünglichen Angebotsfrist - mangels gegenteiliger Tatsachenbehauptungen - unstrittig erwiesen.

Festzustellen ist an dieser Stelle, dass aus der in der Vergabebekanntmachung ersichtlichen Architekten - Bietergemeinschaft Herr DI K***, Herr DI B*** als Mitarbeiter dieses Architektenbüros (und auch Frau Ei** als weitere Mitarbeiterin in der Sphäre des Herrn DI K***) tätig wurden; und dass deren jeweilige Vertretungsbefugnis für die Auftraggeberin iZm den jeweils gesetzten Handlungen unstrittig geblieben ist. Herr DI B*** führte am 21.10.2005 2 Baustellenbesichtigungen, darunter eine mit der H*** durch; und eine weitere mit einem anderen Bieter am 24.10.2005; nachdem es am 21.10.2005 wegen der Beleuchtung zu spät für eine derartige Besichtigung gewesen wäre.

Herr DI K*** hat die Vergabebekanntmachung zu verantworten. Ihm ist dabei (- wie in der Verhandlung am 13.3.2006 zugestanden, siehe Niederschrift lfd Nr 86 des Akts -) der Fehler unterlaufen, dass in der Bekanntmachung der 2.11.2005 als letztmöglichster Tag der Behebung der Ausschreibungs-/Angebotsunterlagen in der Wiener Zeitung am 13.10.2005 kundgemacht wurde, während in den Ausschreibungsunterlagen der 21.10.2005 als letztmöglichster Tag einer Baustellenbesichtigung gemäß den Punkten 2.5 und 2.13 dieser Unterlage enthalten ist.

In der Ausschreibungsunterlage ist nämlich in Punkt 2.5 ua die Besichtigung der Baustelle nach vorangehender Terminvereinbarung mit den Architekten und eine Bestätigung über diese Besichtigung, definiert in 2 Spalten, vorgesehen wie folgt:

linke Spalte:

Eignungskriterium

.

Besichtigung des gegenständlichen

Objektes, im speziellen der anzubietenden

Bautätigkeiten und deren Bestätigung

hierüber lt. Bietererklärung

In der rechten Spalte Anmerkung auf Seite 5 steht neben dem gerade wieder gegebenen Text wie folgt:

Die schriftliche Bestätigung der erfolgten

Besichtigung ist ein integrierender Bestandteil

des Angebotes und dessen Eignungskriterien.

Die Anmeldung für die Besichtigung sollte

anonym und in schriftlicher Form (auch Telefax oder e-mail) bei den unter Punkt

2.13) angeführten Personen erfolgen. Der Betreff der Anfrage hat den Hinweis "Vergabe

von Auftragnehmerleistungen betreffend

Adaptierung "Apothekertrakt" zu enthalten.

Ein Terminvorschlag erfolgt durch den Architekten schriftlich (Telefax oder e-mail)

an jene Adresse, von der aus die Anfrage an den Auftraggeber gerichtet wurde.

Die Möglichkeit zur Besichtigung endet am 21.10.2005.

Punkt 2.13 lautet danach:

Anfragen und Baustellenbegehung:

Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen und die Anmeldung für die Baustellenbesichtigung müssen möglichst anonym und schriftlich (auch Telefax oder e-mail) gestellt werden und sind an

Bietergemeinschaft

Atelier K*** I SM** ZIVILTECHNIKER GmbH - ARCH.D.I. P***
Atelier K*** römisch eins SM** ZIVILTECHNIKER GmbH -
ARCH.D.I. P***

WIEN, SE***STRASSE 19/1/29

Tel +43(1) ***, Fax Dw 80

email: atelier@xxx.at

zu richten. Der Betreff der Anfrage hat den Hinweis "Vergabe von Baumeisterarbeiten
Apothekertrakt/Seminarzentrum" zu enthalten.

Die Beantwortung der Anfragen erfolgt durch den Auftraggeber schriftlich (Telefax oder e-mail) an jene Adresse, von der aus die Anfrage an den Auftraggeber gerichtet wurde.

Für die Bestätigung der Baustellenbesichtigung ist der Anhang 1 zu verwenden und dem Angebot bei der Angebotsabgabe beizulegen.

Der in Punkt 2.13 genannte Anhang 1 existiert nicht; die Bieter hatten dazu entsprechend der diesbezüglichen Handhabung vielmehr eine Bieterlücke auf Seite 11 der Ausschreibungsunterlage auszufüllen, wo das Datum der Besichtigung und der Name jener Person einzutragen war, mit der besichtigt wurde.

Die Hazet besichtigte die Baustelle am 21.10.2005 mit Herrn DI B***.

Bei der Nachprüfungswerberin langten die Ausschreibungsunterlagen am 20.10.2005 per Post ein. Sie wurden dort unternehmensintern an die zuständigen Kalkulanten Ing Ty** und B*** weitergeleitet.

Herr Ing Ty** rief nach dem 21.10.2005 bei Herrn DI K*** an und wollte einen Termin für die Besichtigung der Baustelle erhalten, und zusätzlich eine Besichtigungsbestätigung.

Dieses Telefonat fand nach Aussage von Herrn DI K*** eher in zeitlicher Nähe zum - nach Ausschreibungsberichtigung - geänderten Schlusstermin für die Angebotsabgabe statt, während Herr Ing Ty** sich bei seiner Einvernahme an 2 Telefonate mit DI K*** erinnern konnte und angab, bereits im ersten Telefonat mit Arch DI K*** über die Baustellenbesichtigung und die Bestätigung gesprochen zu haben. Herr Ing Ty** gab dabei in seiner Aussage weiters an, dass die Baustellenbesichtigung bei diesem Vorhaben wegen der umfangreichen Abbrucharbeiten im Ausmaß von 500 m3 laut Leistungsverzeichnis ein Beweggrund für die (gewollte) Besichtigung der Baustelle gewesen ist, dies unbeschadet der Frage der Vorgehensweise iZm den Punkten 2.5 und 2.13 der Ausschreibungsunterlage.

Übereinstimmend mit der Aussage des Juniorgeschäftsführers der Nachprüfungswerberin, Herrn DI S*** jun, konnte dabei für den Senat glaubhaft die Kalkulationsrelevanz der Abbrucharbeiten für ein zu legendes Angebot dargetan werden (Aussagen DI S*** und Ing Ty** am 20.3.2006 in der Verhandlung, Niederschrift lfd Nr 122 des Akts).

Entgegen der ursprünglichen Aussage des Herrn DI K*** vom 13.3.2006 in der mündlichen Verhandlung hat der Senat bei der Zeugengegenüberstellung des DI K*** mit Herrn Ing Ty** in der Verhandlung am 20.3.2006 die Überzeugung gewonnen, dass Herr Ty** nach dem 21.10.2005 bei Herrn DI K*** sowohl um eine Baustellenbesichtigung als auch um eine Bestätigung dafür anfragte. Herr DI K*** gab nämlich am 20.3.2006 an, dass es sein könne, dass er von Ing Ty** auch um einen Besichtigungstermin gefragt worden war - siehe Seite 9 der Niederschrift, lfd Nr 122 des Verwaltungsakts.

Diese Aussage ist diesbezüglich iZm der Aussage des Herrn DI K*** am 13.3.2006 in der Verhandlung zu sehen, wonach er einem Bieter die Baustellenbesichtigung gemäß der Ausschreibung ermöglicht hätte, wenn ein Bieter die Unterlagen nach dem 21.10.2005 behoben hätte. Bei dieser ersten Einvernahme am 13.3.2006 konnte sich nämlich der Zeuge DI K*** nicht erinnern, dass er aus der Sphäre der Nachprüfungswerberin angerufen worden wäre, um eine Baustellenbesichtigung zu vereinbaren. Der Zeuge konnte sich am 13.3.2006 nämlich nur an das Bestreben nach einer Besichtigungsbestätigung durch Herrn Ing Ty** für die Nachprüfungswerberin erinnern - Seite 22 des Protokolls lfdNr 86.

Die Nachprüfungswerberin besichtigte am 7.11.2005 in Person von Herrn DI S*** und Herrn L*** Teile der ausgeschriebenen Baustelle gemeinsam mit dem Statiker DI Dr. Z*** Th**, der dem gegenständlich befassten Kalkulanten der Nachprüfungswerberin, Herrn Ing Ty** privat bekannt ist. Diese Besichtigung erfolgte durch Herrn DI Dr Th** nicht im Vollmachtsnamen der in der Ausschreibung für solche Besichtigungen genannten Architekten - Bietergemeinschaft. Dieser Statiker, der beim gegenständlichen Bauvorhaben für die Auftraggeberin tätig ist, wollte mit dieser Besichtigung Herrn Ing Ty** einen Freundschaftsdienst erweisen. Die Besichtigung der nicht verschlossenen Teile erfolgte dabei durch Einstieg durch ein offenes Fenster im Orangeriehof, welches der Statiker auf Grund seiner Ortskenntnisse kannte. Verschlossene Räume wurden dabei teilweise durch Einschau durch Fenster besichtigt. (Aussagen DI Dr Th** und DI K*** am 13.3.2006, Niederschrift lfd Nr 86; Aussagen Ing Ty** und DI S*** am 20.3.2006, Niederschrift lfd Nr 122).

Bei der Nachprüfungswerberin wurde das Angebot am 9.11.2005 durch die Angestellte, Frau G*** fertig gestellt, weil es spätestens am 10.11.2005 zu fertigen und abzugeben war. Diese Mitarbeiterin füllte dabei auch die Bieterlücken aus. Dabei trug sie auch das objektiv unrichtige Datum 20.10.2005 als Datum der Baustellenbesichtigung auf Seite 11 der Angebotsunterlage ein. Frau G*** wollte dabei aber nicht vorsätzlich ein falsches Datum in die Unterlage eintragen. Sie erhält die Angebotsunterlagen regelmäßig erst knapp vor dem Abgabetermin und hat diese dann unter Zeitdruck - neben ihren sonstigen Arbeiten als Sekretärin der Geschäftsleitung - für die Unterfertigung und die Abgabe fertig zu stellen.

Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass andere Personen aus der Sphäre der Nachprüfungswerberin Frau G*** vorsätzlich dazu bestimmen wollten, ein unrichtiges Datum in diese Unterlage einzutragen (Einvernahme der Zeugen G***, S*** und Ing Ty** am 20.3.2006, Niederschrift lfd Nr 122).

Beim Senat ist auch nicht der Eindruck entstanden, dass Herr Ing Ty** Herrn DI K*** vorsätzlich zum Ausstellen einer wahrheitswidrigen Bestätigung veranlassen wollte, zumal das oder die zwischen Ing Ty** und Herrn DI K*** geführten Telefonate zeitlich im Verfahren nicht genau fixiert werden konnten. Folgte man hier - dies sei an dieser Stelle festgehalten - der Aussage des DI K***, dass das Telefonat mit Ing Ty** knapp vor dem Schlusstermin für die Angebotsabgabe war, könnte (iS einer mangels Rechtserheblichkeit für den Bescheidspruch nicht weiter hinterfragten Annahme) mit der Besichtigungsbestätigung auch eine solche über die Besichtigung der Nachprüfungswerberin mit Herrn DI Dr. Th** am 7.11.2005 gewollt gewesen sein. Der genaue Wortlaut der Aussagen in dem oder den Telefonaten ließ sich aber gleichfalls bei den Zeugeneinvernahmen nicht mehr ermitteln, wie die Aussagedifferenz des Herrn DI K*** am 13.3.2006 und am 20.3.2006 in der jeweiligen mündlichen Verhandlung zu dem bzw den strittigen Telefonaten zeigt, es mangelt an der Feststellbarkeit des genauen Wortlauts des oder der geführten Telefonate durch die diesbezüglichen Zeugeneinvernahmen des Ing Ty** und des DI K***.

In Punkt 2.19 der Ausschreibung sind 4 Zuschlagskriterien enthalten, wobei dabei Streit über die Kriterien "Struktur und Ressourcen *1)" sowie "Vertiefte Erfahrung mit historischen Bauten 2*)" besteht.

Die Nachprüfungswerberin bot den billigsten Preis von EUR 1.868.263,58 an, die H*** einen solchen von 1.947.652,58. (Seite 1 des Angebotseröffnungsprotokolls vom 10.11.2005).

Sowohl die Nachprüfungswerberin als auch die H*** verlängerten die Mindestgewährleistungsfrist um 2 Jahre, wobei kein Bieter eine noch größere Verlängerung anbot (Angebotseröffnungsprotokoll).

Sohin erhielt die Nachprüfungswerberin gemäß den in Punkt 2.20 ersichtlichen Punkteformeln 80 Punkte beim Preis und 5 Punkte bei Gewährleistungskriterium. Die Nachprüfungswerberin erhielt aber keine Punkte bei den strittigen Kurskriterien.

H*** erhielt nach Anwendung der Formel in Punkt 2.20 unstrittig 76,74 Punkte beim Preis und gleichfalls 5 Punkte beim Gewährleistungskriterium.

H*** erhielt zusätzlich unstrittig als Unternehmen mit den meisten Kursteilnahmebestätigungen bei Grundkursen und bei Folgekursen 10 Punkte für das (unten näher beschriebene) Grundkurskriterium und 5 Punkte für das (unten gleichfalls näher beschriebene) Folgekurskriterium. (zur Bewertung siehe auch Beilage ./ 9 zum Nachprüfungsantrag vom 14.2.2006).

Diese Bewertung stimmt auch mit der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 31.1.2006 überein, die seitens der Auftraggeberin vorgelegt wurde, wobei der Rechtsverteter der Nachprüfungswerberin am 22.3.2006 in der Verhandlung letztlich keine weiteren Aktenbestandteile gemäß § 17 AVG anforderte, nachdem dieser zuvor in der Verhandlung in die seitens H*** vorgelegten Kursbestätigungen sowie in des Angebotseröffnungsprotokoll Einsicht genommen hatte. Diese Bewertung stimmt auch mit der Niederschrift über die Angebotsprüfung vom 31.1.2006 überein, die seitens der Auftraggeberin vorgelegt wurde, wobei der Rechtsverteter der Nachprüfungswerberin am 22.3.2006 in der Verhandlung letztlich keine weiteren Aktenbestandteile gemäß Paragraph 17, AVG anforderte, nachdem dieser zuvor in der Verhandlung in die seitens H*** vorgelegten Kursbestätigungen sowie in des Angebotseröffnungsprotokoll Einsicht genommen hatte.

Die strittigen Zuschlagskriterien in 2.19 lauten in den hier interessierenden Teilen:

*1) Die Erfüllung des Kriteriums "Struktur und Ressourcen" wird nach der Qualifikation der zur Leistungserbringung eingesetzten Dienstnehmer bemessen. Gefordert ist, dass möglichst viele Dienstnehmer des Bieters an Grundkursen der Kartause Mauerbach, der Bauhütte Salzburg oder ähnlichen (für den Ort des Bauvorhabens von zuständigen Denkmalamt empfohlenen oder anerkannten Stelle) Einrichtungen teilgenommen haben und dies durch Vorlage der Kursbestätigungen auch nachweisen können. Voraussetzung ist, dass diese in der Bietererklärung bekannt gegebenen Dienstnehmer zum Zeitpunkt der Angebotsfrist beim Bieter beschäftigt sind und auf Dauer der Leistungserbringung auf dieser Baustelle für die erforderlichen Arbeiten eingesetzt werden. Die Kursbestätigungen aller bekannt gegebenen Dienstnehmer sind dem Angebot beizulegen.

*2) Die Erfüllung des Kriteriums "vertiefte Erfahrung mit historischen Bauten" wird nach der besonderen Qualifikation der zur Leistungserbringung eingesetzten Dienstnehmer im Umgang mit alter, historischer Bausubstanz, traditionellen Handwerkstechniken sowie dem Anliegen der Denkmalpflege bemessen. Gefordert ist, dass möglichst viele Dienstnehmer des Bieters an Fortbildungskursen (Folgekursen) der Kartause Mauerbach, der Bauhütte Salzburg oder ähnlichen (für den Ort des Bauvorhabens von zuständigen Denkmalamt empfohlenen oder anerkannten Stelle) Einrichtungen teilgenommen haben und dies durch Vorlage der Kursbestätigungen auch nachweisen können. Voraussetzung ist, dass diese in der Bietererklärung bekannt gegebenen Dienstnehmer zum Zeitpunkt der Angebotsfrist beim Bieter beschäftigt sind und auf Dauer der Leistungserbringung auf dieser Baustelle für die erforderlichen Arbeiten eingesetzt werden. Die Kursbestätigungen aller bekannt gegebenen Dienstnehmer sind dem Angebot beizulegen.

Punkt 2.20 der Ausschreibungsunterlage lautet in den hier interessierenden Teilen:

Punkteermittlung

Preis (max. Punktezahl = 80 Punkte)

(Angebotspreis Billigstbieter/Angebotspreis) x max. Punkte =
erreichte Punkte

Struktur und Ressourcen (max. Punkte = 10 Punkte):

(max. Punktezahl/Anzahl der Mitarbeiter mit Qualifikation (Grundkurs) des Bieters mit den meisten Qualifikationen (Grundkurs)) x Anzahl der Mitarbeiter mit Qualifikation des Anbieters = erreichte Punkte

Vertiefte Erfahrung mit historischen Bauten (max. Punkte = 5 Punkte):

(max. Punktezahl/Anzahl der Mitarbeiter mit Qualifikation (Folgekurs) des Bieters mit den meisten Qualifikationen (Folgekurs)) x Anzahl der Mitarbeiter mit Qualifikation des Anbieters = erreichte Punkte

Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist (max. Punktezahl = 5 Punkte)

(max. Punktezahl/Jahre Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist des Bieters mit der längsten Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist) x Jahre der Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist des Anbieters = erreichte Punkte.

.....

Durch Einsichtnahme ins Angebotseröffnungsprotokoll steht fest, dass sowohl die Nachprüfungswerberin als auch H*** 2 Jahre Fristverlängerung angeboten haben und kein Bieter eine längere Gewährleistungsfrist angeboten hat, so dass hier der H*** und der Nachprüfungswerberin je 5 Punkte zu vergeben wurden, und sich daher dieses Kriterium nicht auf den Punkteabstand dieser Bieterinnen auswirkt.

Die Bewertungspunkte waren nämlich jeweils durch kaufmännische Rundung nach Einsetzen in die Formel und danach durch Addition zu ermitteln.

Bei der Angebotseröffnung am 10.11.2005 wurden die Preise und die angebotene Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist verlesen. Weiters wurde bei der H*** verlesen, dass für 14 Dienstnehmer Grundkursbestätigungen und für 13 Folgekursbestätigungen vorliegen würden. (Aussage DI K*** am 13.3.2006, Niederschrift lfd Nr 86; Feststellung auf Seite 13 der Niederschrift über die Verhandlung am 22.12.2005 im Vorverfahren 08N-120/05 - vorgelegt mit lfdNr 104 durch die Auftraggeberin), Angabe Ing D*** am 22.3.2006 in der Verhandlung, Seite 12 der Niederschrift lfd Nr 133).

Bei der Nachprüfungswerberin lagen ihrem Angebot am 10.11.2005 ua ein Schreiben vom 10.11.2005 und eine Dienstnehmerliste bei, welches die Nachprüfungswerberin nach den eigenen Aussagen zur Punkteerreichung bei den strittigen Kriterien verwenden wollte (Aussage DI S***. am 20.3.2006, lfd Nr 122).

Das einschlägige Schreiben vom 10.11.2005 lautet in den hier interessierenden Teilen:

..... M***

Zuschlagskriterium Struktur und Ressourcen

Vertiefte Erfahrung mit historischen Bauten

Die Firma M*** führt seit über 100 Jahren Umbauten an denkmalgeschützten Gebäuden durch.

In den letzten 35 Jahren haben wir eine eigene interne Fachschulung im Unternehmen eingeführt, die unser Führungspersonal und unsere Arbeiter zur Erfüllung unserer zahlreichen Aufträge mit dem Bundesdenkmalamt für derartige Arbeiten weiterbildet und qualifiziert.

Die Leitung dieser Kurse untersteht unserem Bauleiter Herrn Bmstr. Ing. J*** und unserem angestellten Polier Herrn Kl**, dessen Fachausbildung selbstverständlich die Polierschule ist. Diese beiden Herren führen laufend Schulungen/Ausbildungen im Einsatz und der praktischen Anwendung der Produkte unserer Lieferanten T***, W***, Sa** und Kei*** durch.

Die Arbeiter werden laufend theoretisch und praktisch durch den Einsatz an Referenzbauten weiter geschult und in der direkten Zusammenarbeit mit dem Bundesdenkmalamt weitergebildet.

Weiters stehen auch die Poliere R***, F***, Ko** und Sc** - welche alle größte Erfahrungen im Umbau von denkmalgeschützten Objekten haben - für diese Arbeiten zur Verfügung.

Unsere Führungsmannschaft bildet jährlich ca. 10 Lehrlinge

.

Zahlreiche Stadterneuerungspreise

Aus all diesen Schritten sind wir der festen Meinung, dass unsere eigene Ausbildung die Erfüllung des Kriteriums "Struktur und Ressourcen" bzw "vertiefte Erfahrung mit historischen Bauten" mehr als erfüllt und

Unsere beiliegende Referenzliste

Wir beschäftigen derzeit ca. 50 Facharbeiter, die durch unsere eigenen Fortbildungskurse ausgebildet sind und können Ihnen selbstverständlich im Auftragsfalle eine Liste dieser Mitarbeiter überreichen.

Auf jeden Fall werden wir ausschließlich das oben angeführte Fachpersonal für das gegenständliche Bauvorhaben verwenden.

firmenmäßige Fertigung

Zu diesem Schreiben legte die Nachprüfungswerberin noch eine 3- seitige Liste mit Namen und Berufsangaben bzw Funktionsbezeichnungen (als Vizepolier, Vorarbeiter, Maurer, Fassader etc) vor, die überschrieben ist mit

"Beschäftigte DN/ Facharbeiter per 10.11.2005"

Die Auftraggeberin verlas dieses besagte Schreiben der Nachprüfungswerberin und die Zahl der Dienstnehmer laut der Liste der Nachprüfungswerberin bei der Angebotseröffnung - Aussage DI K***, Seite 10 der Verhandlungsschrift vom 13.3.2006, lfd Nr 86 des Akts.

Auf Tatsachenebene ist daher für den Senat erwiesen, dass die Nachprüfungswerberin bis zur Angebotseröffnung keine Unterlagen an die Auftraggeberin vorgelegt hatte, aus denen heraus es der Auftraggeberin möglich gewesen wäre, eine genaue Anzahl von Dienstnehmern der Nachprüfungswerberin zu entnehmen, die formal Teilnahmebestätigungen an Grundkursen oder aber Teilnahmebestätigungen an Folgekursen aufweisen würden. Es war der Auftraggeberin daher weiters nicht möglich, in die nachvollziehbare und klare Formel bei den Zuschlagskriterien in Punkt 2.20 einzusetzen und dadurch der Nachprüfungswerberin Punkte bei den strittigen Zuschlagskriterien zuzubilligen. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil am 10.11.2005 keine Urkunden vorgelegt waren, aus denen sich ergeben hätte, dass die Dienstnehmer der Nachprüfungswerberin Kurse einer Einrichtung besucht hätten, die den in Mauerbach abgehaltenen Grund- oder Folgekursen vergleichbare Grund- oder Folgekurse abhält, und dass eine solche Kursinstitution vom Denkmalamt hinsichtlich dieser Kurse anerkannt oder empfohlen wäre.

Auch die Nachprüfungswerberin hatte insoweit kein Verständnis- bzw Nachvollziehbarkeitsproblem der Ausschreibungsunterlage hinsichtlich des Inhalts der Grund- und Folgekurse in Mauerbach (Aussage des DI S*** in der Verhandlung am 20.3.2006, Seite 17 der lfd Nr 122 des Akts).

Seitens der Nachprüfungswerberin sind bis 10.11.2005 keine Anfragen an die Auftraggeberin gemäß § 81 Abs 5 BVergG 2002 festzustellen, in denen sie die Unklarheit der Ausschreibungsunterlage gerügt hätte. Derartige Rügen der Unklarheit oder aber Anfragen zum Verständnis insbesondere der Zuschlagskriterien wurden im Verfahren von der Nachprüfungswerberin auch gar nicht behauptet. Seitens der Nachprüfungswerberin sind bis 10.11.2005 keine Anfragen an die Auftraggeberin gemäß Paragraph 81, Absatz 5, BVergG 2002 festzustellen, in denen sie die Unklarheit der Ausschreibungsunterlage gerügt hätte. Derartige Rügen der Unklarheit oder aber Anfragen zum Verständnis insbesondere der Zuschlagskriterien wurden im Verfahren von der Nachprüfungswerberin auch gar nicht behauptet.

Die Nachprüfungswerberin vermeinte durch ihren Juniorgesäftsführer, Herrn DI S***, in der Verhandlung am 20.3.2006 vielmehr, mit den Unterlagen vom 10.11.2005, wie oben hinsichtlich der Nachweise der Nachprüfungswerberin wiedergegeben, die Grundlagen für die Punkteermittlung mit den Formeln in 2.20 beim Grundkurskriterium und beim Folgekurskriterium vorgelegt zu haben. Im Verfahren wollte sie dazu auch noch eine Schreiben auf dem Briefpapier des Bundesdenkmalamts vom 1.12.2005 verwendet wissen, welches allein auf Grund dieser Datierung mit "1.12.2005" zuvor am 10.11.2005 bei der Angebotseröffnung noch nicht vorgelegen sein kann.

Die Nachprüfungswerberin suchte Ende November 2005 nämlich beim Bundesdenkmalamt, Landeskonservatorat für Wien, unter Nennung konkreter Baustellen samt jeweiligen Polieren um eine Bestätigung an, dass die Nachprüfungswerberin laufend Objekte unter Aufsicht des Bundesdenkmalamtes ordnungsgemäß durchführt und die fachliche Qualifikation der Mitarbeiter der Nachprüfungswerberin gemäß den Anforderungen des Bundesdenkmalamtes gegeben ist.

Die Landeskonservatorin für Wien unterfertigte am 1.12.2005 ein Schreiben an die Nachprüfungswerberin, Beilage ./ 10 zum Nachprüfungsantrag, das lautet wie folgt:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezug nehmend auf Ihr Schreiben vom 29.November 2005 wird bestätigt, dass Ihre Firma laufend Projekte unter Aufsicht des Bundesdenkmalamtes ordnungsgemäß durchführt und die fachliche Qualifikation Ihrer Arbeitnehmer den Anforderungen des Bundesdenkmalamtes entspricht.

Für die in Ihrer Liste angeführten Projekte trifft dies besonders zu.

.....

Landeskonservatorin für Wien

Diesem Schreiben des Bundesdenkmalamts wurde die Anfrage der Nachprüfungswerberin von Ende November 2005 beigeheftet.

Ob dieses Schreiben des Denkmalamts seitens der Nachprüfungswerberin vor dem Nachprüfungsverfahren 08N-120/05 direkt an die Auftraggeberin geschickt wurde, konnte die Nachprüfungswerberin am 22.3.2006 in der Verhandlung nicht angeben - Niederschrift vom 22.3.2006, Seite 12, lfd Nr 133 des Akts.

Für den Senat ist dieses Schreiben derart zu bewerten, dass damit auch am 1.12.2005 keine Anerkennung oder aber Empfehlung der Nachprüfungswerberin (oder aber der internen Schulungen der Nachprüfungswerberin) mit Bezug zum Grund- und Folgekurskriterium der Ausschreibung erfolgt ist.

Die Nachprüfungswerberin fragte mit ihrem Schreiben vom Ende November nämlich gerade nicht an, ob das Bundesdenkmalamt etwas im Zusammenhang mit den internen Fortbildungen der Nachprüfungswerberin in Relation zu den Kursen der Kartause Mauerbach bestätigen würde.

Dieses Schreiben des Bundesdenkmalamts wird dabei auf Tatsachenebene und auch rechtlich als Auskunft gemäß § 1 Auskunftspflichtgesetz gewertet. Dieses Schreiben des Bundesdenkmalamts wird dabei auf Tatsachenebene und auch rechtlich als Auskunft gemäß Paragraph eins, Auskunftspflichtgesetz gewertet.

Damit ist für den Senat - unbeschadet des Datums des Schreibens des Denkmalamts am 1.12.2005 - erwiesen, dass auch unter (Mit-)Verwertung dieses Schreibens des Denkmalamts keine Urkunden vorliegen, mit denen man zu Gunsten der Nachprüfungswerberin eine objektiv ersichtliche Zahl an Kursteilnahmebestätigungen für Grundkurse und für Folgekurse ableiten könnte, die man in die Formeln gemäß Punkt 2.20 der Ausschreibung einsetzen könnte.

An dieser Stelle wird gleichfalls (bereits auch in rechtlicher Hinsicht) festgehalten, dass das Bundesdenkmalamt, falls eben das entsprechende Wissen beim Denkmalamt vorliegen sollte, - nach Senatsauffassung und entgegen einer diesbezüglichen anderen Auffassung - auch befugt wäre, gemäß § 1 Auskunftspflichtgesetz festzustellen und daher mitzuteilen, dass andere Kurse iS der strittigen Kurskriterien den Kursen in der Kartause Mauerbach entsprechen. Demnach ist es auch nicht geradezu unmöglich iS des § 878 Satz 1 ABGB, bei den strittigen Kurskriterien eine Edition des Bundesdenkmalamtes zu erhalten, ob eben das Denkmalamt derartige andere Kurse als die in Mauerbach vom Inhalt her als denen in Mauerbach gleichwertig ansieht. Mit einer solchen Aussage würde ein Kurs an einem anderen Kursort über § 1 Auskunftspflichtgesetz „anerkannt“ iS der strittigen Ausschreibungspassagen. An dieser Stelle wird gleichfalls (bereits auch in rechtlicher Hinsicht) festgehalten, dass das Bundesdenkmalamt, falls eben das entsprechende Wissen beim Denkmalamt vorliegen sollte, - nach Senatsauffassung und entgegen einer diesbezüglichen anderen Auffassung - auch befugt wäre, gemäß Paragraph eins, Auskunftspflichtgesetz festzustellen und daher mitzuteilen, dass andere Kurse iS der strittigen Kurskriterien den Kursen in der Kartause Mauerbach entsprechen. Demnach ist es auch nicht geradezu unmöglich iS des Paragraph 878, Satz 1 ABGB, bei den strittigen Kurskriterien eine Edition des Bundesdenkmalamtes zu erhalten, ob eben das Denkmalamt derartige andere Kurse als die in Mauerbach vom Inhalt her als denen in Mauerbach gleichwertig ansieht. Mit einer solchen Aussage würde ein Kurs an einem anderen Kursort über Paragraph eins, Auskunftspflichtgesetz „anerkannt“ iS der strittigen Ausschreibungspassagen.

Auf Tatsachenebene (und bereits an dieser Stelle auch rechtlich) ist weiters festzustellen, dass mit der Auskunft der Bauakademie Salzburg, lfd Nr 130 des Akts, und mit der Urkundenvorlage der H*** vom 22.3.2006, lfd Nr 132 des Akts, betreffend die (abgehaltenen bzw geplanten) Grund- und Aufbaukurse des Lehrbauhofs Ost in Wien, erwiesen ist,

dass es weder rechtlich unmöglich noch faktisch absurd ist, dass außerhalb der Kartause Mauerbach die Teilnahmebestätigungen für Grundkurse oder aber Fortbildungs- dh Folgekurse iS der Punkte 2.19 und 2.20 der Ausschreibung erworben werden.

Dass dieser Nachweis zum Zeitpunkt der Ausschreibung und zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung tatsächlich nur dadurch möglich war, wenn die jeweils eigenen Mitarbeiter die Grundkurse und die Folgekurse in Mauerbach zuvor besucht hätten, stellt sich insbesondere an Hand der genannten, im Verfahren eingesehenen Unterlagen (Auskunft der Bauakademie Salzburg, lfd Nr 130 des Akts und Urkundenvorlage der H*** vom 22.3.2006, lfd Nr 132 des Akts, betreffend die geplanten Grund- und Aufbaukurse des Lehrbauhofs Ost in Wien) als ein Fall der schlichten anfänglichen Unmöglichkeit dar.

Der Auftraggeber wollte neben den Kursen der Kartause Mauerbach auch noch andere Nachweismöglichkeiten für die Punkteerzielungsmöglichkeit bei den strittigen Kriterien schaffen, wie dies die Aussage des DI Dr. Kp** am 22.3.2006 in der Verhandlung, Seite 7 der Niederschrift lfd Nr 133 des Akts, zeigt.

Verfahrensmäßig ist festzuhalten:

In einem ersten Nachprüfungsverfahren wurde eine erste Zuschlagsentscheidung in diesem Vergabeverfahren vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 5.1.2006, 08N-120/05-57, wegen Formalfehlern der Auftraggeberin nichtig erklärt. Dieser Bescheid blieb unanfechten.

Die Auftraggeberin holte vor der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2006 korrekt die Auskünfte gemäß § 55 Abs 1 BVergG 2002 ein und stellte dabei keine Bestrafungen fest, die die Zuverlässigkeit der Bieter in Zweifel ziehen würden (Unterlagen des Vergabeverfahrens). Die Auftraggeberin holte vor der nunmehr angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2006 korrekt die Auskünfte gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG 2002 ein und stellte dabei keine Bestrafungen fest, die die Zuverlässigkeit der Bieter in Zweifel ziehen würden (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Zuschlagsentscheidung am 31.1.2006 wurde auch in unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang an alle Bieter versandt (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die Auftraggeberin schied dabei die Nachprüfungswerberin zuvor aus dem Vergabeverfahren aus, weil die Nachprüfungswerberin keine als Voraussetzung für eine taugliche Angebotslegung in der Ausschreibung geforderte Baustellenbesichtigung vorgenommen hätte bzw eine diesbezügliche Bestätigung nicht beigebracht hätte; und begründete dies in der Mitteilung vom 6.2.2006 gemäß § 100 Abs 4 BVergG in dieser Richtung (Beilage./ 9 zum Nachprüfungsantrag). Die Auftraggeberin schied dabei die Nachprüfungswerberin zuvor aus dem Vergabeverfahren aus, weil die Nachprüfungswerberin keine als Voraussetzung für eine taugliche Angebotslegung in der Ausschreibung geforderte Baustellenbesichtigung vorgenommen hätte bzw eine diesbezügliche Bestätigung nicht beigebracht hätte; und begründete dies in der Mitteilung vom 6.2.2006 gemäß Paragraph 100, Absatz 4, BVergG in dieser Richtung (Beilage./ 9 zum Nachprüfungsantrag).

In diesem Schreiben der (Rechtsvertretung der) Auftraggeberin vom 6.2.2006 wurde komprimiert auch begründet, dass die Nachprüfungswerberin auch ohne Ausscheiden nicht Bestbieterin geworden wäre, weil die Nachprüfungswerberin mangels Bestätigungen gemäß den Punkten 2.19 und 2.20 der Ausschreibung bei den Zuschlagskriterien "Struktur und Ressourcen" einerseits und dem Kriterium "vertiefte Erfahrung mit historischen Bauten" andererseits keine Bestätigungen beigelegt waren, an Hand derer man in die Punkteermittlungsformel gemäß 2.20 der Ausschreibungsunterlage einsetzen hätte können.

Die Nachprüfungswerberin hätte daher nur 85 Punkte für den Bestpreis und eine Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist erzielt.

Die H*** hätte mit 14 Grundkursteilnahmebestätigungen und 13 Folgekursteilnahmebestätigungen als bestes Unternehmen in diesem Bereich insgesamt 15 Bewertungspunkte lukriert. Zusätzlich zu den 5 Punkten bei der Mindestgewährleistungsfrist, und addiert mit den

76.74 Punkten beim Preis wäre die H*** daher Bestbieter.

Im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt blieb diese Berechnung der Bewertungspunkte bei H*** unstrittig.

Streit besteht zwischen den Parteien dieses Nachprüfungsverfahrens - wie dargestellt - darüber, ob die

Nachprüfungswerberin zu Recht ausgeschieden wurde bzw auszuschneiden gewesen wäre; und ob die Bestbieterermittlung an Hand der Zuschlagskriterien nachvollziehbar möglich ist, bzw ob die Nachprüfungswerberin bei den Kriterien "Struktur und Ressourcen" einerseits und "vertiefte Erfahrung mit historischen Bauten" andererseits Bewertungspunkte erzielen hätte müssen, und daher die Nachprüfungswerberin Bestbieterin wäre.

Die Nachprüfungswerberin zielt mit den von ihr am 14.2.2006 im Nachprüfungsantrag benannten Beschwerdepunkten darauf ab, dass die Auftraggeberin entweder eine Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten hätte machen müssen, subsidiär aber die Ausschreibung widerrufen hätte müssen. Eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der H*** wäre jedenfalls unzulässig.

Die Nachprüfungswerberin änderte während des Verfahrens die eigene Darstellung und auch Begründung, warum sie bezüglich der Baustellenbesichtigung nicht ausgeschieden hätte werden dürfen.

Die mündliche Verhandlung fand am 13.3.2006 ab 10.30 Uhr, am 16.3.2006 am Vormittag zur Einvernahme einer einzigen Zeugin und zu Erörterungen mit den Parteien; am 20.3.2006 zur Einvernahme von Zeugen aus der Sphäre der Nachprüfungswerberin und insbesondere auch zu einer Zeugengegenüberstellung; und am 22.3.2006 am Nachmittag statt. Im Verfahren war auch zu ermitteln, ob andere, aus dem Verfahren heraus möglich erscheinende Ausscheidensgründe zu Lasten der der Nachprüfungswerberin tatsächlich nachweisbar wären.

Die Einvernahme der notwendigen Beweispersonen zur Abklärung der potentiell spruchrelevanten Beweisthemen gebot wegen der zeitlichen Verfügbarkeit der am Verfahren mitwirkenden Personen und der Beweispersonen die mehrfache Erstreckung der Verhandlung, um sich nicht dem Vorwurf einer vorgreifenden Beweiswürdigung unter Verstoß gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz auszusetzen; wobei die Parteien ausreichende Fragemöglichkeiten an die vernommenen Zeugen hatten.

Beweiswürdigung:

Der vorstehend festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den teilweise bereits in der Sachverhaltsschilderung dazu angegebenen Unterlagen und insbesondere Passagen der jeweiligen Verhandlungsniederschriften.

Die auf Tatsachenebene strittige Frage, ob die als Zeugin vernommene Frau G*** das Datum 20.10.2005 vorsätzlich wahrheitswidrig in die Angebotsunterlage eingefügt gehabt hätte, wurde vom Senat verneint, da die Zeugin in der Verhandlung glaubhaft ihren Zeitdruck bei der Fertigstellung der streitgegenständlichen Angebotsunterlage der Nachprüfungswerberin schildern konnte. Sie stellte in der Verhandlung nämlich ihre umfangreichen Tätigkeiten als Chefsekretärin dar und legte Auszüge aus von ihr verfassten Unterlagen vor, aus denen am 9.11.2005 und am 10.11.2005 ersichtlich ist, dass mehrere Schlusstermine für Angebote einzuhalten waren. Die Zeugin stellte dabei eindrucksvoll dar, wie sie zB auch bei den Kalkulanten unter Zeitdruck stetig die Informationen urgieren müsste, um Angebotsunterlagen fertig zu stellen.

Eine vorsätzliche Bestimmung der Frau G*** zu einer Eintragung des wahrheitswidrigen Datums war im Verfahren gleichfalls nicht erweislich, da dem Senat die diesbezüglichen Aussagen des DI S*** und des Ing Ty** nicht als Lüge erschienen. Der Eindruck war vielmehr, dass das Angebot in Folge der sonstigen Arbeitsbelastung zuletzt von Frau G*** unter Zeitdruck auszufüllen war, und diese Zeugin dabei irrtümlich aus nicht feststellbaren konkreten Gründen das Datum 20.10.2005 auf Seite 11 der Angebotsunterlage einfügte.

Ein Hausfriedensbruch mit der Rechtsfolge der Unzuverlässigkeit der Nachprüfungswerberin war auf Tatsachenebene gleichfalls nicht erweislich, da Herr DI S*** jun., Herr L*** und der Statiker DI Dr Th** keine Gewalt anwendeten, um Teile der Baustelle zu besichtigen, sondern dabei durch ein zB auch Herrn Arch DI K*** als offen bekanntes Fenster im Orangeriehof einstiegen (Aussagen DI K*** am 13.3.2006, Niederschrift lfd Nr 86 des Akts und Aussage DI S*** am 20.3.2006, Niederschrift lfd Nr 122 des Akts).

Zum Inhalt des oder der Telefonate zwischen dem Zeugen Ing Ty** und dem DI K*** wurde bereits bei den Tatsachenfeststellungen erörtert, dass der genaue Inhalt dieses oder dieser Telefonate durch die zwei beteiligten Personen nicht feststellbar war. Der Senat hat aber - wie oben festgestellt - die Überzeugung gewonnen, dass Herr Ing Ty** als diesbezüglicher Vertreter der Nachprüfungswerberin den Arch. DI K*** als zuständigen Repräsentanten der Auftraggeberin für die Baustellenbesichtigung sowohl um eine Besichtigung als auch um eine Bestätigung ersucht hat. Herr DI K*** konnte nämlich bei seiner zweiten Einvernahme am 20.3.2006 nicht mehr ausschließen, dass er auch um eine Besichtigung gefragt worden wäre.

Dass die Nachprüfungswerberin am 7.11.2005 mit dem Statiker besichtigte und dass dies seitens des Statikers Dr. Th** nicht im Vollmachtsnamen des in den Punkten 2.5 und 2.13 dazu ersichtlichen Architekten handelte, ist insbesondere durch die Aussage des Dr Th** am 13.3.2006 erwiesen und widerspricht auch nicht den Angaben des DI S*** in der eidesstattlichen Erklärung, Beilage ./ 15 der Nachprüfungswerberin, vorgelegt mit Eingabe lfd Nr 79 am 8.3.2006.

Dass namens der Nachprüfungswerber bis 10.11.2005 einmal bei der Auftraggeberin wegen Unklarheiten der Ausschreibung gemäß § 81 Abs 5 BVergG 2002 angefragt worden wäre, war nicht Gegenstand einer Tatsachenbehauptung der Nachprüfungswerberin und ist im Verfahren auch sonst nicht hervorgekommen. Dass namens der Nachprüfungswerber bis 10.11.2005 einmal bei der Auftraggeberin wegen Unklarheiten der Ausschreibung gemäß Paragraph 81, Absatz 5, BVergG 2002 angefragt worden wäre, war nicht Gegenstand einer Tatsachenbehauptung der Nachprüfungswerberin und ist im Verfahren auch sonst nicht hervorgekommen.

Rechtliche Beurteilung:

Die Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien iS des § 324 Abs 1 bis 3 BVergG 2006 unstrittig - öffentliche Auftraggeberin gemäß § 7 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 bzw gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, welche gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG iVm § 291 Abs 2 BVergG 2006 in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt; siehe zu dieser Zuordnung bereits BVA 17.2.2004, 08N-10/04-27. Daher ist das Bundesvergabeamt für dieses Nachprüfungsverfahren zuständig. Der Nachprüfungs- und eV Antrag wurde dem Senat 8 des Bundesvergabeamts am 14.2.2006 zur Erledigung zugewiesen. In Folge Befangenheit des erstgereihten, und Verhinderung des zweitgereihten Auftraggeberbeisitzers am 13.3.2006 beim der ersten Termin der abgeführten, mehrtägigen mündlichen Verhandlung war der Senat mit der drittgereihten Beisitzerin der Auftraggeberseite gemäß der ab 1.2.2006 gültigen Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts zu bilden. Die Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien iS des Paragraph 324, Absatz eins bis 3 BVergG 2006 unstrittig - öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2002 bzw gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, welche gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG in Verbindung mit Paragraph 291, Absatz 2, BVergG 2006 in den Vollziehungsbereich des Bundes fällt; siehe zu dieser Zuordnung bereits BVA 17.2.2004, 08N-10/04-27. Daher ist das Bundesvergabeamt für dieses Nachprüfungsverfahren zuständig. Der Nachprüfungs- und eV Antrag wurde dem Senat 8 des Bundesvergabeamts am 14.2.2006 zur Erledigung zugewiesen. In Folge Befangenheit des erstgereihten, und Verhinderung des zweitgereihten Auftraggeberbeisitzers am 13.3.2006 beim der ersten Termin der abgeführten, mehrtägigen mündlichen Verhandlung war der Senat mit der drittgereihten Beisitzerin der Auftraggeberseite gemäß der ab 1.2.2006 gültigen Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamts zu bilden.

Zu den maßgeblichen Rechtsgrundlagen ist festzuhalten: Die gegenständlichen Nichtigerklärungsanträge langten am 14.2.2006 beim Bundesvergabeamt ein, wobei sich diese Anträge auf ein nach dem BVergG 2002 geführtes Vergabeverfahren beziehen. Dies ist relevant, weil gemäß § 321 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 damit kein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich nach dem 2. Teil des BVergG 2006, sondern ein solches nach dem BVergG 2002 vorliegt; und sohin die 14-tägige Frist gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 für die Einbringung des Nachprüfungsantrags erst mit Ablauf des 14.2.2005 endete, zumal die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2006 datiert. Zu den maßgeblichen Rechtsgrundlagen ist festzuhalten: Die gegenständlichen Nichtigerklärungsanträge langten am 14.2.2006 beim Bundesvergabeamt ein, wobei sich diese Anträge auf ein nach dem BVergG 2002 geführtes Vergabeverfahren beziehen. Dies ist relevant, weil gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 damit kein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich nach dem 2. Teil des BVergG 2006, sondern ein solches nach dem BVergG 2002 vorliegt; und sohin die 14-tägige Frist gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 für die Einbringung des Nachprüfungsantrags erst mit Ablauf des 14.2.2005 endete, zumal die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 31.1.2006 datiert.

Daher sind auf das gegenständliche Nachprüfungs- und eV-Verfahren die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden - § 345 Abs 4 BVergG 2006 e contrario iVm § 345 Abs 1 BVergG 2006. Materiellrechtlich ist wegen des 2005 eingeleiteten Vergabeverfahrens gemäß § 345 Abs 2 BVergG 2006 das BVergG 2002 (Bundesvergabegesetz 2002, kundgemacht in BGBl I 99/2002) anzuwenden. Daher sind auf das gegenständliche Nachprüfungs- und eV-Verfahren die Rechtsschutzbestimmungen des BVergG 2006 anzuwenden - Paragraph 345, Absatz 4, BVergG 2006 e contrario in Verbindung mit Paragraph 345, Absatz eins, BVergG 2006. Materiellrechtlich ist wegen des 2005 eingeleiteten Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 das BVergG 2002 (Bundesvergabegesetz 2002, kundgemacht in Bundesgesetzblatt Teil eins, 99 aus 2002,) anzuwenden.

Dabei ist festzuhalten, dass nach Ansicht des erkennenden Senats die Präklusionsvorschriften des § 169 BVergG 2002 eine Doppelnatur und damit auch eine materiellrechtliche Komponente in sich tragen, da durch diese Bestimmung in einem offenen Vergabeverfahren mangels Anfechtung (hier) der Ausschreibung oder der geschilderten Ausschreibungsberichtigung im zeitlichen Vollenwendungsbereich des BVergG 2002 diese Vorgänge bereits nach dem BVergG 2002 gemäß § 169 BVergG 2002 unanfechtbar geworden sind. Dieser aus § 169 BVergG 2002 abgeleitete Umstand der Bestandfestigkeit ist dabei in teleologischer Interpretation des § 345 BVergG 2006 derart zu beurteilen, dass eine nach dem BVergG 2002 bestandfest gewordene Ausschreibung oder auch eine solche (bestandfest gewordene) Festlegung während der Angebotsfrist auch nach den Rechtsschutzregeln des BVergG 2006 bestandfest geblieben ist. Die bestandfest gewordenen Auftraggeberentscheidungen sind mangels Anfechtung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen materiellrechtliche Handlungsgrundlage für die hier gegenständliche Auftraggeberin bei den aufbauenden Auftraggeberhandlungen, und dies somit auch für die Parteien dieses Nachprüfungsverfahrens und für das Bundesvergabeamt geworden, soweit die Präklusion gemäß § 169 BVergG 2002 teleologisch reicht. Dabei ist festzuhalten, dass nach Ansicht des erkennenden Senats die Präklusionsvorschriften des Paragraph 169, BVergG 2002 eine Doppelnatur und damit auch eine materiellrechtliche Komponente in sich tragen, da durch diese Bestimmung in einem offenen Vergabeverfahren mangels Anfechtung (hier) der Ausschreibung oder der geschilderten Ausschreibungsberichtigung im zeitlichen Vollenwendungsbereich des BVergG 2002 diese Vorgänge bereits nach dem BVergG 2002 gemäß Paragraph 169, BVergG 2002 unanfechtbar geworden sind. Dieser aus Paragraph 169, BVergG 2002 abgeleitete Umstand der Bestandfestigkeit ist dabei in teleologischer Interpretation des Paragraph 345, BVergG 2006 derart zu beurteilen, dass eine nach dem BVergG 2002 bestandfest gewordene Ausschreibung oder auch eine solche (bestandfest gewordene) Festlegung während der Angebotsfrist auch nach den Rechtsschutzregeln des BVergG 2006 bestandfest geblieben ist. Die bestandfest gewordenen Auftraggeberentscheidungen sind mangels Anfechtung innerhalb der dafür vorgesehenen Fristen materiellrechtliche Handlungsgrundlage für die hier gegenständliche Auftraggeberin bei den aufbauenden Auftraggeberhandlungen, und dies somit auch für die Parteien dieses Nachprüfungsverfahrens und für das Bundesvergabeamt geworden, soweit die Präklusion gemäß Paragraph 169, BVergG 2002 teleologisch reicht.

Auf Grund der erfolgten Pauschalgebühreneinzahlung von EUR 5000,00 für den Nachprüfungs- und eV-Antrag liegt auch der Unzulässigkeitsgrund des § 322 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 in keinem Fall vor (lfd Nr 29 des Akts). Auf Grund der erfolgten Pauschalgebühreneinzahlung von EUR 5000,00 für den Nachprüfungs- und eV-Antrag liegt auch der Unzulässigkeitsgrund des Paragraph 322, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 in keinem Fall vor (lfd Nr 29 des Akts).

Der Nachprüfungsantrag erfüllt - bis auf die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 322 BVergG 2006. Der Nachprüfungsantrag erfüllt - bis auf die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß Paragraph 322, BVergG 2006.

Zur Verneinung des von der Auftraggeberin am 6.2.2006 in der Begründung gemäß § 100 Abs 4 geltend gemachten Ausscheidensgrundes ist auszuführen, dass für den Senat erwiesen ist, dass für die Nachprüfungswerberin keine Baustellenbesichtigung durchgeführt wurde, die den Punkten 2.5 und 2.13 iVm den Bieterlücken auf Seite 11 der Ausschreibungs-/Angebotsunterlage dem Wortlaut nach entsprechen würde. Eine solche Besichtigung wäre nämlich ausschließlich nach einem Terminvorschlag des Architekten bis 21.10.2005 mit diesem vorzunehmen gewesen, um diese Voraussetzung, die nach der Ausschreibungsunterlage als Eignungskriterium definiert ist, zu erfüllen. Zur Verneinung des von der Auftraggeberin am 6.2.2006 in der Begründung gemäß Paragraph 100, Absatz 4, geltend gemachten Ausscheidensgrundes ist auszuführen, dass für den Senat erwiesen ist, dass für die Nachprüfungswerberin keine Baustellenbesichtigung durchgeführt wurde, die den Punkten 2.5 und 2.13 in Verbindung mit den Bieterlücken auf Seite 11 der Ausschreibungs-/Angebotsunterlage dem Wortlaut nach entsprechen würde. Eine solche Besichtigung wäre nämlich ausschließlich nach einem Terminvorschlag des Architekten bis 21.10.2005 mit diesem vorzunehmen gewesen, um diese Voraussetzung, die nach der Ausschreibungsunterlage als Eignungskriterium definiert ist, zu erfüllen.

Fest steht für den Senat weiters, dass Herr Ing Ty** für die Nachprüfungswerberin nach dem 21.10.2005 beim diesbezüglich im Vollmachtsnamen der Auftraggeberin tätigen Architekten DI K*** angerufen hat und dort sowohl einen Baustellenbesichtigungstermin als auch eine Bestätigung des Architekten über diese Besichtigung haben wollte.

Festgestellt wurde weiters, dass Herr DI K*** die Besichtigung der Baustelle mit der Nachprüfungswerberin, und auch

die Ausstellung einer Bestätigung, dies jeweils iS der Punkte 2.5 und 2.13 der Ausschreibungsunterlage nach dem 21.10.2005 ablehnte. Dabei hat DI K*** allerdings eine unrichtige rechtliche Wertung vorgenommen, die zu diesem (weiteren) Fehler im Vergabeverfahren zu Lasten der Nachprüfungswerberin führte.

Gemäß der (Teil der präkludierten Ausschreibung bildenden) Vergabebekanntmachung vom 13.10.2005 konnten nämlich Unternehmer, die an der gegenständlichen Ausschreibung interessiert waren, die Unterlagen für die Angebotslegung bis 2.11.2005 bei der in der Bekanntmachung dafür erkennbaren Stelle anfordern bzw. beheben. Wird nunmehr namens der Auftraggeberin derart ein Vertrauenstatbestand dahin geschaffen, dass ein Unternehmer die Unterlagen, die er für die Angebotslegung benötigt, bis 2.11.2005 beheben kann, ist es für einen Unternehmer nicht vorhersehbar, dass in derartigen Unterlagen die Bedingung der Besichtigung der Baustelle bis bereits zum 21.10.2005 vorgesehen ist, um überhaupt ein taugliches Angebot legen zu können.

Auf Basis dieses geschaffenen Vertrauenstatbestands ist es aber einem Unternehmer auch nicht vorwerfbar, wenn er die Unterlagen zwar bereits vorher behebt bzw. sich zusenden lässt, aber die Unterlagen vor dem 2.11.2005 nicht genauer studiert. Denn nach der Vergabebekanntmachung musste er eben nicht damit rechnen, dass eine derart für ihn nachteilige Baustellenbesichtigungsklausel in den Ausschreibungsunterlagen enthalten ist.

Für den Senat waren daher die Rechtsfolgen bei derart geschaffenen Tatsachen zu klären, zumal dazu noch kommt, dass in der Vergabebekanntmachung vom 13.10.2005 ein Schlusstermin für die Angebotsabgabe am 4.11.2005 vorgesehen war, wodurch durch die Bekanntmachung eben gerade nicht eine besonders umfangreich notwendige Angebotsvorbereitungszeit indiziert war.

Der OGH hat zB in seiner Entscheidung v 27.9.2005,1 Ob 170/05i zu den Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion zu einer anderen Bestimmung des BVergG 2002 ausgeführt:

"... Soweit sich die Revisionswerberin in ihrer Rechtsrüge auf den ihrer Ansicht nach "unmissverständlichen Wortlaut" des § 177 Abs 5 BVergG 2002 beruft, ist ihr grundsätzlich entgegenzuhalten, dass der Wortlaut allein dort nicht maßgeblich ist, wo er ersichtlich über einen klar erkennbaren Gesetzeszweck hinausgeht, wovon die Vorinstanzen ausgegangen sind. Dann ist mit Mitteln der teleologischen Reduktion vorzugehen und der nach seinem Zweck zu weit geratene gesetzliche Tatbestand entsprechend zu beschränken.""... Soweit sich die Revisionswerberin in ihrer Rechtsrüge auf den ihrer Ansicht nach "unmissverständlichen Wortlaut" des Paragraph 177, Absatz 5, BVergG 2002 beruft, ist ihr grundsätzlich entgegenzuhalten, dass der Wortlaut allein dort nicht maßgeblich ist, wo er ersichtlich über einen klar erkennbaren Gesetzeszweck hinausgeht, wovon die Vorinstanzen ausgegangen sind. Dann ist mit Mitteln der teleologischen Reduktion vorzugehen und der nach seinem Zweck zu weit geratene gesetzliche Tatbestand entsprechend zu beschränken."

Diese Ausführungen zur Methodik bei der Rechtsanwendung sollen nachstehend auf die in Frage stehende Vorschrift des § 169 Abs 2 Z 1 lit a) BVergG 2002 angewendet werden. Diese Ausführungen zur Methodik bei der Rechtsanwendung sollen nachstehend auf die in Frage stehende Vorschrift des Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a,) BVergG 2002 angewendet werden.

Löste man die vorstehenden Fragen allein mit dem Hinweis, die Nachprüfungswerberin hätte die Ausschreibung eben fristgerecht beim Bundesvergabeamt bekämpfen müssen, steht dem im Falle eines Unternehmers, der erst nach dem 21.10.2005 die Unterlagen behebt, die allgemeine Wertung des § 878 Satz 1 ABGB (impossibilium nulla obligatio) entgegen. Für diesen wäre es nämlich geradezu unmöglich, trotz der den Vertrauenstatbestand schaffenden Bekanntmachung überhaupt noch die Möglichkeit zu haben, ein taugliches Angebot zu legen. Er würde dies nach kostenpflichtiger Behebung der Angebotsunterlagen eben aus diesen ersehen. Für den erkennenden Senat ist aber jener Sachverhalt, bei dem die hier in Frage stehende Nachprüfungswerberin die Unterlagen zwar am 20.10.2005 postalisch erhält, aber vor dem 21.10.2005 nicht genauer durchsieht, vor dem Hintergrund einer Bewertung dieses Sachverhalts im Rahmen einer sachlichen und am Gleichheitsgrundsatz der Verfassung orientierten Rechtsanwendung nicht anders zu behandeln als eben der Sachverhalt, bei dem der Unternehmer die Unterlagen erst nach dem 21.10.2005 erhält. Löste man die vorstehenden Fragen allein mit dem Hinweis, die Nachprüfungswerberin hätte die Ausschreibung eben fristgerecht beim Bundesvergabeamt bekämpfen müssen, steht dem im Falle eines Unternehmers, der erst nach dem 21.10.2005 die Unterlagen behebt, die allgemeine Wertung des Paragraph 878, Satz 1 ABGB (impossibilium nulla obligatio) entgegen. Für diesen wäre es nämlich geradezu unmöglich, trotz der den Vertrauenstatbestand schaffenden Bekanntmachung überhaupt noch die Möglichkeit zu haben, ein taugliches

Angebot zu legen. Er würde dies nach kostenpflichtiger Behebung der Angebotsunterlagen eben aus diesen ersehen. Für den erkennenden Senat ist aber jener Sachverhalt, bei dem die hier in Frage stehende Nachprüfungswerberin die Unterlagen zwar am 20.10.2005 postalisch erhält, aber vor dem 21.10.2005 nicht genauer durchsieht, vor dem Hintergrund einer Bewertung dieses Sachverhalts im Rahmen einer sachlichen und am Gleichheitsgrundsatz der Verfassung orientierten Rechtsanwendung nicht anders zu behandeln als eben der Sachverhalt, bei dem der Unternehmer die Unterlagen erst nach dem 21.10.2005 erhält.

In beiden Fällen war durch die Vergabebekanntmachung ein Vertrauenstatbestand geschaffen, der es unsachlich und daher gleichheitswidrig erscheinen ließe, daraus einen rechtmäßigen Ausscheidensgrund ableiten zu können.

Daran schließt die Frage an, ob bei einem derartigen, präkludierten Ausschreibungsfehler die Ausschreibung zwingend zu widerrufen wäre.

Für den erkennenden Senat kommt es dabei darauf an, ob bei fristgerechter Anfechtung der Ausschreibung die in Frage stehenden Bestimmungen der Ausschreibung gemäß § 174 Abs 2 BVergG 2002 gestrichen worden wären, oder aber ob die gesamte Ausschreibung gemäß § 174 Abs 1 BVergG 2002 für nichtig zu erklären gewesen wäre - zu einer derart differenzierenden Sicht mit der in geeigneten Fällen dadurch bewirkten Vermeidung einer gänzlichen Neuaufrollung des Beschaffungsvorgangs siehe zB bereits BVA 1.7.2005, 16N-36/05- 36 = ZVB 2005/90. Für den erkennenden Senat kommt es dabei darauf an, ob bei fristgerechter Anfechtung der Ausschreibung die in Frage stehenden Bestimmungen der Ausschreibung gemäß Paragraph 174, Absatz 2, BVergG 2002 gestrichen worden wären, oder aber ob die gesamte Ausschreibung gemäß Paragraph 174, Absatz eins, BVergG 2002 für nichtig zu erklären gewesen wäre - zu einer derart differenzierenden Sicht mit der in geeigneten Fällen dadurch bewirkten Vermeidung einer gänzlichen Neuaufrollung des Beschaffungsvorgangs siehe zB bereits BVA 1.7.2005, 16N-36/05- 36 = ZVB 2005/90.

Da nach Senatsauffassung die in Frage stehenden Passagen über die Baustellenbesichtigung bis 21.10.2005 (samt einer danach beizubringenden Bestätigung gemäß Anhang 1) bei einer Anfechtung durch eine Bieterin gestrichen worden wären, wenn diese sich durch die Vergabebekanntmachung und den damit geschaffenen Vertrauenstatbestand beschwert erachtet hätte, sind die sich aus § 169 BVergG 2002 ergebenden Rechtsfolgen bei Unterlassung der fristgerechten Anfechtung der fraglichen Passagen einer derartigen Ausschreibungsunterlage (§ 20 Z 6 BVergG 2002) in einem Fall wie dem vorliegenden dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die Unterlassung der Baustellenbesichtigung bis 21.10.2005 nach Terminbekanntgabe durch den Architekten und mit einer Person aus der Sphäre des damit von der Auftraggeberin betrauten Architekten) und die Unterlassung der Beibringung einer Bestätigung darüber "gemäß Anhang 1", auch wenn diese Passagen Inhalt einer präkludierten Ausschreibungsunterlage sind, gegenständlich nicht zum Ausscheiden der Nachprüfungswerberin führen konnten. Da nach Senatsauffassung die in Frage stehenden Passagen über die Baustellenbesichtigung bis 21.10.2005 (samt einer danach beizubringenden Bestätigung gemäß Anhang 1) bei einer Anfechtung durch eine Bieterin gestrichen worden wären, wenn diese sich durch die Vergabebekanntmachung und den damit geschaffenen Vertrauenstatbestand beschwert erachtet hätte, sind die sich aus Paragraph 169, BVergG 2002 ergebenden Rechtsfolgen bei Unterlassung der fristgerechten Anfechtung der fraglichen Passagen einer derartigen Ausschreibungsunterlage (Paragraph 20, Ziffer 6, BVergG 2002) in einem Fall wie dem vorliegenden dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die Unterlassung der Baustellenbesichtigung bis 21.10.2005 nach Terminbekanntgabe durch den Architekten und mit einer Person aus der Sphäre des damit von der Auftraggeberin betrauten Architekten) und die Unterlassung der Beibringung einer Bestätigung darüber "gemäß Anhang 1", auch wenn diese Passagen Inhalt einer präkludierten Ausschreibungsunterlage sind, gegenständlich nicht zum Ausscheiden der Nachprüfungswerberin führen konnten.

Der bei der Baustellenbesichtigung führend für die Auftraggeberin tätige Architekt vereitelte in unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Anfrage des Ing Ty**, weil er eben nicht wie vorstehend als geboten geschildert, den Zeitpunkt 21.10.2005 aus der Ausschreibungsunterlage teleologisch reduzierte und damit die Baustellenbesichtigung der Nachprüfungswerberin mit den dafür laut Punkten 2.5 und 2.13 der Ausschreibung zuständigen Personen nach dem 21.10.2005 verweigerte, was aber gemäß der Judikatur zur Bedingungsverweigerung durch den Bedingenden dazu führt, dass die Baustelle als durch die Nachprüfungswerberin als im Sinne der Ausschreibung besichtigt zu bewerten ist und die Besichtigung als bestätigt anzusehen ist. Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 IV § 897 Rz 19. Der bei der Baustellenbesichtigung führend für die Auftraggeberin tätige Architekt vereitelte in unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Anfrage des Ing Ty**, weil er eben nicht wie vorstehend als geboten geschildert, den Zeitpunkt 21.10.2005 aus der

Ausschreibungsunterlage teleologisch reduzierte und damit die Baustellenbesichtigung der Nachprüfungswerberin mit den dafür laut Punkten 2.5 und 2.13 der Ausschreibung zuständigen Personen nach dem 21.10.2005 verweigerte, was aber gemäß der Judikatur zur Bedingungsverletzung durch den Bedingenden dazu führt, dass die Baustelle als durch die Nachprüfungswerberin als im Sinne der Ausschreibung besichtigt zu bewerten ist und die Besichtigung als bestätigt anzusehen ist. Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 römisch vier Paragraph 897, Rz 19.

Dass der Architekt in vergleichbaren Fällen zB, wenn jemand die Unterlagen nach dem 21.10.2005 behoben hätte, die Baustellenbesichtigung ermöglicht hätte, und sich daher in wertender Betrachtung selbst nicht immer an den Buchstaben der Ausschreibung gehalten hätte, zeigt die Aussage des DI K*** in der Verhandlung am 20.3.2006 gelegentlich der Gegenüberstellung mit dem Zeugen Ing Ty**, Seite 10, der Niederschrift lfd Nr 122 des Akts.

Bei der vorstehenden Verneinung des von der Auftraggeberin im wesentlichen angezogenen Ausscheidensgrunds durch den erkennenden Senat ist festzuhalten, dass der Auftraggeberin hier zwar eine Rechtswidrigkeit anzulasten ist, dass diese Rechtswidrigkeit iS des § 325 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 aber nicht von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß der Z 2 der zuletzt genannten Bestimmung war, wie nachstehend zu zeigen sein wird. Bei der vorstehenden Verneinung des von der Auftraggeberin im wesentlichen angezogenen Ausscheidensgrunds durch den erkennenden Senat ist festzuhalten, dass der Auftraggeberin hier zwar eine Rechtswidrigkeit anzulasten ist, dass diese Rechtswidrigkeit iS des Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006 aber nicht von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß der Ziffer 2, der zuletzt genannten Bestimmung war, wie nachstehend zu zeigen sein wird.

Dabei ist zuvor noch obiter darauf hinzuweisen, dass mit einer derartigen Sichtweise die Rechtspositionen der sonstigen Bieter, die hier die Baustelle bis 21.10.2005 besichtigt hatten - wie gegenständlich die Rechtsposition der H***, deren Recht auf Zuschlagserteilung iS von VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199 hier in Frage steht - möglichst gewahrt werden und damit ein möglichst verhältnismäßiger Eingriff gerade in die Rechtsstellung der H*** als einer weiteren Partei in diesem Verfahren vorgenommen wird. Der favor negotii (iS von zB M. Binder in Schwimann, ABGB3 IV § 914 Rz 24), also das Gebot, iZw von einem (rest-) gültigen Rechtsgeschäft auszugehen, wird mit einer solchen Sichtweise hinsichtlich der Ausschreibung und der darauf aufbauenden bisherigen Handlungen (seitens der Auftraggeberin und der Bieter) in diesem Vergabeverfahren möglichst gewahrt. Dabei ist zuvor noch obiter darauf hinzuweisen, dass mit einer derartigen Sichtweise die Rechtspositionen der sonstigen Bieter, die hier die Baustelle bis 21.10.2005 besichtigt hatten - wie gegenständlich die Rechtsposition der H***, deren Recht auf Zuschlagserteilung iS von VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199 hier in Frage steht - möglichst gewahrt werden und damit ein möglichst verhältnismäßiger Eingriff gerade in die Rechtsstellung der H*** als einer weiteren Partei in diesem Verfahren vorgenommen wird. Der favor negotii (iS von zB M. Binder in Schwimann, ABGB3 römisch vier Paragraph 914, Rz 24), also das Gebot, iZw von einem (rest-) gültigen Rechtsgeschäft auszugehen, wird mit einer solchen Sichtweise hinsichtlich der Ausschreibung und der darauf aufbauenden bisherigen Handlungen (seitens der Auftraggeberin und der Bieter) in diesem Vergabeverfahren möglichst gewahrt.

Zur Verneinung der sonst im Nachprüfungsverfahren angezogenen Ausscheidensgründe ist darauf hinzuweisen, dass die mit den Parteien im Verfahren erörterten Gründe auf Basis der durchgeführten Zeugeneinvernahmen auf Tatsachenebene keine gerichtlich strafbaren Tatbestände ergeben haben, die zur Vertrauensunwürdigkeit und damit zur Unzuverlässigkeit der Nachprüfungswerberin; und damit zum Ausscheidensgrund des § 98 Z 1 BVergG 2002 im Grunde der fehlenden Zuverlässigkeit geführt hätten. Zur Verneinung der sonst im Nachprüfungsverfahren angezogenen Ausscheidensgründe ist darauf hinzuweisen, dass die mit den Parteien im Verfahren erörterten Gründe auf Basis der durchgeführten Zeugeneinvernahmen auf Tatsachenebene keine gerichtlich strafbaren Tatbestände ergeben haben, die zur Vertrauensunwürdigkeit und damit zur Unzuverlässigkeit der Nachprüfungswerberin; und damit zum Ausscheidensgrund des Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 im Grunde der fehlenden Zuverlässigkeit geführt hätten.

Wenn nämlich § 182 BVergG 2002 für ein Rücktrittsrecht nach Zuschlagserteilung eine gerichtlich strafbare Handlung von der jeweiligen Bieterin in bestimmter Weise zurechenbaren Personen; und zusätzlich die Eignung dieser Straftaten verlangt, die Zuschlagserteilung zu beeinflussen, so ist für dieses Verfahren festzuhalten, dass der Nachprüfungswerberin gegenständlich weder ein Hausfriedensbruch zu Lasten der Auftraggeberin, noch eine Beweismittelfälschung iS des § 293 StGB noch sonst ein Vorsatzdelikt vergaberechtlich anzulasten ist. Die für die jeweilige Tatbestandsmäßigkeit erforderlichen Tatsachen wurden nämlich bei den Zeugeneinvernahmen gerade nicht

festgestellt, sondern nach Senatsauffassung gegenteilig gerade widerlegt. Die strafrechtlichen Vorfragen durfte das Bundesvergabeamt dabei gemäß § 38 AVG selbst beurteilen. Wenn nämlich Paragraph 182, BVergG 2002 für ein Rücktrittsrecht nach Zuschlagserteilung eine gerichtlich strafbare Handlung von der jeweiligen Bieterin in bestimmter Weise zurechenbaren Personen; und zusätzlich die Eignung dieser Straftaten verlangt, die Zuschlagserteilung zu beeinflussen, so ist für dieses Verfahren festzuhalten, dass der Nachprüfungswerberin gegenständlich weder ein Hausfriedensbruch zu Lasten der Auftraggeberin, noch eine Beweismittelfälschung iS des Paragraph 293, StGB noch sonst ein Vorsatzdelikt vergaberechtlich anzulasten ist. Die für die jeweilige Tatbestandsmäßigkeit erforderlichen Tatsachen wurden nämlich bei den Zeugeneinvernahmen gerade nicht festgestellt, sondern nach Senatsauffassung gegenteilig gerade widerlegt. Die strafrechtlichen Vorfragen durfte das Bundesvergabeamt dabei gemäß Paragraph 38, AVG selbst beurteilen.

Der im Verfahren diskutierte Hausfriedensbruch durch Einstieg in ein offenes Fenster liegt mangels "Erzwingens" iS des § 109 StGB nicht vor, noch dazu wo die Personen aus der Sphäre der Nachprüfungswerberin die Baustellenbesichtigung am 7.11.2005 zwar ohne den Architekten laut Ausschreibung durchführten, dies aber gemeinsam mit dem von der Auftraggeberin für dieses Verfahren befassten Statiker vornahmen. Der im Verfahren diskutierte Hausfriedensbruch durch Einstieg in ein offenes Fenster liegt mangels "Erzwingens" iS des Paragraph 109, StGB nicht vor, noch dazu wo die Personen aus der Sphäre der Nachprüfungswerberin die Baustellenbesichtigung am 7.11.2005 zwar ohne den Architekten laut Ausschreibung durchführten, dies aber gemeinsam mit dem von der Auftraggeberin für dieses Verfahren befassten Statiker vornahmen.

Die Zeugin G*** versicherte - wie festgestellt - glaubwürdig, dass das Datum 20.10.2005 ihrerseits durch einen Irrtum im Gefolge der Arbeitshektik und durch ihren Zeitdruck ua beim Ausfüllen der Bieterlücken am 9.11.2005 eingefügt worden sein wird. Dass die Zeugin von anderen bei dieser Datumseintragung als willensloses Werkzeug vorsätzlich benützt worden wäre, war für den Senat gleichfalls im Verfahren nicht erweislich, und zudem - wie die nachstehenden Ausführungen zeigen - auch nicht spruchrelevant.

Zur Begründung der Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist vorerst auf die obigen Feststellungen zu den Zuschlagskriterien, zu den von den Bietern dazu in deren Angeboten gemachten Angaben, zum festgestellten Verlauf der Angebotsöffnung und zu den dabei am 10.11.2005 vorhandenen und verlesenen Urkunden zu verweisen.

Die Nachprüfungswerberin war mit ihrem Angebotspreis am billigsten und hatte daher 80 Punkte beim Preiskriterium gemäß 2.20 der Ausschreibungsunterlage

zu erhalten.

Durch Einsetzen der festgestellten Angebotspreise der Nachprüfungswerberin einerseits und der H*** andererseits in die Punkteermittlungsformel gemäß 2.20 der Ausschreibungsunterlage ergibt sich, dass die von der Auftraggeberin am 6.2.2006 an die Nachprüfungswerberin bekannt gegebenen 76,74 Punkte der H*** beim Preiskriterium richtig sind.

Sowohl die Nachprüfungswerberin als auch die H*** boten in ihren Angeboten je eine Verlängerung der Mindestgewährleistungsfrist an und erhielten damit korrekt jeweils 5 Punkte.

Die H*** hatte bei ihrem Angebot 14 Dienstnehmer mit Teilnahmebestätigungen für Grundkurse in Mauerbach und 13 Dienstnehmer mit Folgekursbestätigungen in Mauerbach nachgewiesen; und wurde diese Zahl jeweils auch bei der Angebotseröffnung am 10.11.2005 verlesen. Die H*** erhielt bei diesen Kriterien als Bieter mit den jeweils meisten verwertbaren Kursbestätigungen insoweit jeweils die Höchstpunktezahl, also einmal 10 und einmal 5 Punkte.

Die Nachprüfungswerberin erhielt weder beim Grundkurskriterium noch beim Folgekurskriterium Punkte.

Die H*** hat daher gegenüber der Nachprüfungswerberin nach der Bewertung der Auftraggeberin einen Punktevorsprung von über 11 Punkten.

Der Ausgang des Nachprüfungsverfahrens hängt daher davon ab, ob der Nachprüfungswerberin korrekt keine Punkte bei den Kurskriterien zugeschrieben wurden, oder ob die Ausschreibung zwingend zu widerrufen wäre.

Zur Verneinung eines zwingenden Widerrufssachverhalts und damit der Verneinung einer Ausschreibung, mit der keine Bestbieterermittlung möglich wäre, ist erstens auszuführen, dass durch die oben ersichtliche Verneinung des Ausscheidensgrunds (iZm der von der Nachprüfungswerberin nicht bis 21.10.2005 mit dem Architektenbüro

besichtigten Baustelle) im Rahmen einer teleologischen Rechtsanwendung (§§ 6f ABGB) die Ausschreibung eben nicht zwingend zu widerrufen, sondern teleologisch und geltungserhaltend zu reduzieren ist. Zur Verneinung eines zwingenden Widerrufssachverhalts und damit der Verneinung einer Ausschreibung, mit der keine Bestbieterermittlung möglich wäre, ist erstens auszuführen, dass durch die oben ersichtliche Verneinung des Ausscheidensgrunds (iZm der von der Nachprüfungswerberin nicht bis 21.10.2005 mit dem Architektenbüro besichtigten Baustelle) im Rahmen einer teleologischen Rechtsanwendung (Paragraphen 6 f, ABGB) die Ausschreibung eben nicht zwingend zu widerrufen, sondern teleologisch und geltungserhaltend zu reduzieren ist.

Zweitens ist die Frage zu klären, ob an Hand der präkludierten Ausschreibung eine nachvollziehbare Bestbieterermittlung möglich ist.

Herr DI S*** bestätigte in seiner Aussage am 20.3.2006, dass für ihn die Funktion der Punkteformeln in Punkt 2.20 der Ausschreibungsunterlage nachvollziehbar wäre; insbesondere dass man durch Einsetzen der Zahl der jeweils relevanten Teilnahmebestätigungen für Grund- und Folgekurse zu den Bewertungspunkten je Bieter bei den hier strittigen Kriterien kommen würde.

Damit ist für den Senat auch auf Tatsachenebene bestätigt, dass die Ausschreibung insoweit für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter hinsichtlich der Punkteermittlung verständlich und nachvollziehbar ist.

Dem Gebot des § 21 BVergG 2002 wurde daher objektiv entsprochen. Dem Gebot des Paragraph 21, BVergG 2002 wurde daher objektiv entsprochen.

Dass in der Bauhütte Salzburg keine Kurse angeboten werden, die iS des Punktes 2.19 der Ausschreibung als Grundkurse oder aber Folgekurse formal differenzierbar wären, ist dabei nochmals kurz vor dem Hintergrund des § 878 ABGB zu beleuchten. Dass in der Bauhütte Salzburg keine Kurse angeboten werden, die iS des Punktes 2.19 der Ausschreibung als Grundkurse oder aber Folgekurse formal differenzierbar wären, ist dabei nochmals kurz vor dem Hintergrund des Paragraph 878, ABGB zu beleuchten.

Wenn in der Verhandlung am 22.3.2006 von einem Grundkurs und auch einem Aufbaukurs des Lehrbauhofs Ost der Bauakademie Wien gesprochen wird, ist damit auf Tatsachenebene die tatsächliche Möglichkeit der Abhaltung solcher Kurse in Form von Grund- und Folgekursen erwiesen.

Die strittigen Zuschlagskriterien sind damit weder rechtlich unmöglich noch faktisch absurd iS der Wertung des § 878 Satz 1 ABGB, so dass die fehlende Differenzierung in einen Grund- und einen Folgekurs bei der Bauhütte Salzburg gemäß e-mail lfd Nr 130 des Akts nur erweist, dass die Auftraggeberin damit in Punkt 2.19 etwas schlicht anfänglich Unmögliches in die Ausschreibung aufgenommen hat. Dieser Umstand führt damit in diesem Bereich keinesfalls zu einer (Teil-) Nichtigkeit der Ausschreibung. Derart Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 § 878 (insb) Rz 4. Die strittigen Zuschlagskriterien sind damit weder rechtlich unmöglich noch faktisch absurd iS der Wertung des Paragraph 878, Satz 1 ABGB, so dass die fehlende Differenzierung in einen Grund- und einen Folgekurs bei der Bauhütte Salzburg gemäß e-mail lfd Nr 130 des Akts nur erweist, dass die Auftraggeberin damit in Punkt 2.19 etwas schlicht anfänglich Unmögliches in die Ausschreibung aufgenommen hat. Dieser Umstand führt damit in diesem Bereich keinesfalls zu einer (Teil-) Nichtigkeit der Ausschreibung. Derart Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB3 Paragraph 878, (insb) Rz 4.

Damit hätte die Ausschreibung insoweit jedenfalls der Anfechtung innerhalb der Fristen des § 169 BVergG bedurft, um die Nachweismöglichkeit der Kursbesuche mit Kursen der Bauhütte Salzburg aus der Ausschreibung zu eliminieren. Eine gleiche Anfechtungsmöglichkeit hätte hinsichtlich der Grund- und Folgekurse vergleichbarer Einrichtungen, wie in den strittigen Kriterien als weiterer alternativer Nachweismöglichkeit angeführt, bestanden, sofern sich ein Bieter durch diese Passagen beschwert erachtet hätte. Damit hätte die Ausschreibung insoweit jedenfalls der Anfechtung innerhalb der Fristen des Paragraph 169, BVergG bedurft, um die Nachweismöglichkeit der Kursbesuche mit Kursen der Bauhütte Salzburg aus der Ausschreibung zu eliminieren. Eine gleiche Anfechtungsmöglichkeit hätte hinsichtlich der Grund- und Folgekurse vergleichbarer Einrichtungen, wie in den strittigen Kriterien als weiterer alternativer Nachweismöglichkeit angeführt, bestanden, sofern sich ein Bieter durch diese Passagen beschwert erachtet hätte.

Der Auftraggeber wollte nämlich neben den Kursen der Kartause Mauerbach auch noch andere Nachweismöglichkeiten für die Punkte bei den strittigen Kriterien schaffen, wie dies die Aussage des DI Dr. Kp** am 22.3.2006 in der Verhandlung, Seite 7 der Niederschrift lfd Nr 133 des Akts, zeigt.

Ob die nachvollziehbaren Kriterien inhaltlich wirklich zur Ermittlung des bestqualifizierten Unternehmers taugen, war

bei dem Ergebnis der objektiven Nachvollziehbarkeit der strittigen Zuschlagskriterien wegen der insoweit anzuerkennenden Präklusion der Ausschreibung irrelevant. Denn die Nachprüfungswerberin hatte bei einem Erhalt der Ausschreibungsunterlagen unstrittig am 20.10.2005 jedenfalls 3 Tage Zeit, diese zu prüfen; um danach iS der Wertungen des VfGH - Erk vom 12.6.2004, B 190/02, die dann noch offene Frist gemäß § 169 Abs 2 Z 1 lit a) BVergG 2002 zur Anfechtung der Ausschreibung wahrzunehmen; ohne dass zuvor die objektive Unmöglichkeit der Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen eingetreten wäre. Entsprechend den Wertungen des § 878 Satz 1 ABGB ist dabei nicht auf das subjektive Unvermögen (hier zur Nachweiserbringung) abzustellen, sondern jedenfalls eben auf die objektive und generelle Unmöglichkeit. Ob die nachvollziehbaren Kriterien inhaltlich wirklich zur Ermittlung des bestqualifizierten Unternehmers taugen, war bei dem Ergebnis der objektiven Nachvollziehbarkeit der strittigen Zuschlagskriterien wegen der insoweit anzuerkennenden Präklusion der Ausschreibung irrelevant. Denn die Nachprüfungswerberin hatte bei einem Erhalt der Ausschreibungsunterlagen unstrittig am 20.10.2005 jedenfalls 3 Tage Zeit, diese zu prüfen; um danach iS der Wertungen des VfGH - Erk vom 12.6.2004, B 190/02, die dann noch offene Frist gemäß Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a.) BVergG 2002 zur Anfechtung der Ausschreibung wahrzunehmen; ohne dass zuvor die objektive Unmöglichkeit der Erfüllung der Ausschreibungsbedingungen eingetreten wäre. Entsprechend den Wertungen des Paragraph 878, Satz 1 ABGB ist dabei nicht auf das subjektive Unvermögen (hier zur Nachweiserbringung) abzustellen, sondern jedenfalls eben auf die objektive und generelle Unmöglichkeit.

Zur Verneinung weiterer Bewertungspunkte für die Nachprüfungswerberin beim Grundkurskriterium und beim Folgekurskriterium ist daher der diesbezüglich festgestellte Sachverhalt rechtlich eben dahin zu bewerten, dass seitens der Nachprüfungswerberin mit ihrem Angebot keine Unterlagen vorgelegt wurden, mit denen sie nachgewiesen hätte, dass ihre Dienstnehmer Ausbildungen absolviert hätten, die den Grundkursen in der Kartause Mauernbach vergleichbar wären. In gleicher Weise wurden bei Angebotsabgabe auch keine Unterlagen vorgelegt, mit denen sie nachgewiesen hätte, dass ihre Dienstnehmer Ausbildungen absolviert hätten, die den Folgekursen in der Kartause Mauernbach vergleichbar wären.

Die Nachprüfungswerberin hat bis 10.11.2005 auch keine Unterlagen an die Auftraggeberin vorgelegt, aus denen zu ersehen gewesen wäre, dass deren interne Schulungen solche wären, die vom Denkmalamt anerkannt oder empfohlen werden, wobei diese internen Schulungen zugleich dem Kursinhalt der jeweiligen Kurse der Kartause Mauerbach gleichkommen hätten müssen, dies iS einer redlichen Auslegung durch einen durchschnittlich fachkundigen Bieter.

Die Auftraggeberin konnte daher am 10.11.2005 bei der Angebotseröffnung auch keine Bietererklärungen der Nachprüfungswerberin gemäß § 88 Abs 5 BVergG 2002 verlesen, an Hand welcher man nur annähernd jene Angaben entnehmen hätte können, welche Ausgangszahlen die Nachprüfungswerberin für die Punkteermittlung bei den strittigen Kurskriterien für sich beansprucht. Gerade einen solchen Informationsanspruch schafft aber § 88 Abs 5 BVergG 2002 für die Konkurrenten der Nachprüfungswerberin. Die Auftraggeberin konnte daher am 10.11.2005 bei der Angebotseröffnung auch keine Bietererklärungen der Nachprüfungswerberin gemäß Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2002 verlesen, an Hand welcher man nur annähernd jene Angaben entnehmen hätte können, welche Ausgangszahlen die Nachprüfungswerberin für die Punkteermittlung bei den strittigen Kurskriterien für sich beansprucht. Gerade einen solchen Informationsanspruch schafft aber Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2002 für die Konkurrenten der Nachprüfungswerberin.

Mangels verwertbarer Kursteilnahmebestätigungen wurden daher der Nachprüfungswerberin bei der Angebotsbewertung korrekt keine Bewertungspunkte bei den strittigen Kurskriterien zugeschrieben. Die Nachprüfungswerberin wurde daher zu Recht schlechter bewertet als die Hazet.

Die Tatsachengrundlagen, aus denen man iS der aufgezeigten rechtlichen Überlegungen zum Ergebnis der korrekten Auswahlentscheidung gemäß § 99 BVergG 2002 kommt, waren dabei für die Nachprüfungswerberin spätestens seit der Angebotseröffnung am 10.11.2005 erkennbar. Die Tatsachengrundlagen, aus denen man iS der aufgezeigten rechtlichen Überlegungen zum Ergebnis der korrekten Auswahlentscheidung gemäß Paragraph 99, BVergG 2002 kommt, waren dabei für die Nachprüfungswerberin spätestens seit der Angebotseröffnung am 10.11.2005 erkennbar.

Diese Tatsachengrundlagen, die die Entscheidungsgrundlage für die Auftraggeberin bei der Auswahlentscheidung am 31.1.2005 bildeten, wurden für die Nachprüfungswerberin gemäß § 100 Abs 4 BVergG 2002 am 6.2.2006 mit der

Beilage ./ 9 zum Nachprüfungsantrag nochmals entsprechend begründet. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung (und auch der Weg zu dieser) ist damit für die Nachprüfungswerberin hinreichend transparent - § 21 BVergG. Diese Tatsachengrundlagen, die die Entscheidungsgrundlage für die Auftraggeberin bei der Auswahlentscheidung am 31.1.2005 bildeten, wurden für die Nachprüfungswerberin gemäß Paragraph 100, Absatz 4, BVergG 2002 am 6.2.2006 mit der Beilage ./ 9 zum Nachprüfungsantrag nochmals entsprechend begründet. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung (und auch der Weg zu dieser) ist damit für die Nachprüfungswerberin hinreichend transparent - Paragraph 21, BVergG.

Der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung war daher abzuweisen.

Zur Zurückweisung des Antrags der Nachprüfungswerberin auf Nichtigklärung ihres eigenen Ausscheidens ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber des BVergG 2002 die Definition jener Entscheidungen, die gesondert anfechtbar sind, gerade nicht ausschließlich im Rechtsschutzteil vorgenommen hat. Da eine Entscheidung gemäß § 20 Z 13 BVergG 2002 jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren ist, wird mit der Definition der Entscheidung jeweils ein bestimmter Zeitpunkt des Vergabeverfahrens; und damit der Abschluss einer bestimmten Sequenz des Vergabeverfahrens gemeint. Eine Auftraggeberentscheidung im Vergabeverfahren stellt damit eine rechtserhebliche Tatsache in einem Vergabeverfahren dar, deren Existenz durch die materiellen Vergabevorschriften bestimmt wird. In diesem Sinne haben die Landesgesetzgeber gemäß Art 14b Abs 3 B-VG nahezu durchgehend davon Abstand genommen, Regelungen darüber zu schaffen, welche Entscheidungen jeweils bei den Vergabekontrollbehörden der Länder angefochten werden können. Vielmehr wurden bislang vielmehr idR nur Fristen für die Anfechtung der sich aus dem BVergG 2002 und damit für die bundesrechtlich als gesondert anfechtbar definierten Entscheidungen in die Landesrechtsschutzgesetze aufgenommen. Damit ist für den Senat erwiesen, dass für die Frage, ob eine Entscheidung gesondert anfechtbar ist, hier gemäß § 345 Abs 2 BVergG 2006 das BVergG 2002 relevant ist. Zur Zurückweisung des Antrags der Nachprüfungswerberin auf Nichtigklärung ihres eigenen Ausscheidens ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber des BVergG 2002 die Definition jener Entscheidungen, die gesondert anfechtbar sind, gerade nicht ausschließlich im Rechtsschutzteil vorgenommen hat. Da eine Entscheidung gemäß Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG 2002 jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren ist, wird mit der Definition der Entscheidung jeweils ein bestimmter Zeitpunkt des Vergabeverfahrens; und damit der Abschluss einer bestimmten Sequenz des Vergabeverfahrens gemeint. Eine Auftraggeberentscheidung im Vergabeverfahren stellt damit eine rechtserhebliche Tatsache in einem Vergabeverfahren dar, deren Existenz durch die materiellen Vergabevorschriften bestimmt wird. In diesem Sinne haben die Landesgesetzgeber gemäß Artikel 14 b, Absatz 3, B-VG nahezu durchgehend davon Abstand genommen, Regelungen darüber zu schaffen, welche Entscheidungen jeweils bei den Vergabekontrollbehörden der Länder angefochten werden können. Vielmehr wurden bislang vielmehr idR nur Fristen für die Anfechtung der sich aus dem BVergG 2002 und damit für die bundesrechtlich als gesondert anfechtbar definierten Entscheidungen in die Landesrechtsschutzgesetze aufgenommen. Damit ist für den Senat erwiesen, dass für die Frage, ob eine Entscheidung gesondert anfechtbar ist, hier gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 das BVergG 2002 relevant ist.

Da das Ausscheiden nach dem BVergG 2002 keine gesondert anfechtbare Entscheidung war - § 20 Z 13 lit b) BVergG 2002, war ein gegen eine solche, nicht gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteter Antrag auf Nichtigklärung gemäß §§ 345 Absätze 1 und 4 im jeweiligen Gegenschluss mit 312 Abs 2 Z 2, 320 Abs 1 und 325 Abs 1 BVergG 2006 unzulässig und daher zurückzuweisen - VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105. Da das Ausscheiden nach dem BVergG 2002 keine gesondert anfechtbare Entscheidung war - Paragraph 20, Ziffer 13, Litera b,) BVergG 2002, war ein gegen eine solche, nicht gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteter Antrag auf Nichtigklärung gemäß Paragraphen 345, Absätze 1 und 4 im jeweiligen Gegenschluss mit 312 Absatz 2, Ziffer 2, 320, Absatz eins und 325 Absatz eins, BVergG 2006 unzulässig und daher zurückzuweisen - VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105.

Zur Abweisung des Kostenersatzanträge der Nachprüfungswerberin ist festzuhalten, dass auf Grund der Antragstellung am 14.2.2006 eben das BVergG 2006 über § 345 Absätze 1 und 4 BVergG 2006 für diese Anträge maßgeblich ist. Zur Abweisung des Kostenersatzanträge der Nachprüfungswerberin ist festzuhalten, dass auf Grund der Antragstellung am 14.2.2006 eben das BVergG 2006 über Paragraph 345, Absätze 1 und 4 BVergG 2006 für diese Anträge maßgeblich ist.

Die Nichtigklärungsanträge der Nachprüfungswerberin wurden abzw zurückgewiesen. Die Nachprüfungswerberin hat damit nicht einmal teilweise iS des § 319 Abs 1 BVergG 2006 obsiegt. Die Nichtigklärungsanträge der Nachprüfungswerberin wurden abzw zurückgewiesen. Die Nachprüfungswerberin hat damit nicht einmal teilweise iS

des Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 obsiegt.

§ 319 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 knüpft den Pauschalgebührenersatzanspruch der Nachprüfungswerberin hinsichtlich der für einen eV-Antrag entrichteten Gebühren daran, dass dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird, damit ein zumindest teilweises Obsiegen feststellbar ist. Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 knüpft den Pauschalgebührenersatzanspruch der Nachprüfungswerberin hinsichtlich der für einen eV-Antrag entrichteten Gebühren daran, dass dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird, damit ein zumindest teilweises Obsiegen feststellbar ist.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG 2006 entscheidet das Bundesvergabeamt über den Gebührenersatz. Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG 2006 entscheidet das Bundesvergabeamt über den Gebührenersatz.

Gemäß § 303 Abs 1 BVergG 2006 entscheidet das Bundesvergabeamt durch den zuständigen Senat, soweit im BVergG 2006 keine andere Spruchkörperbesetzung für besondere Fälle angeordnet wird. Da das BVergG 2006 bei den in § 312 BVergG 2006 vorgesehenen Verfahren vorsieht, dass der zuständige Senatsvorsitzende allein nur mehr über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung - dies gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 - entscheidet, und wie gesagt der Pauschalgebührenersatzanspruch hinsichtlich der Gebühren von der Senatsentscheidung in der Hauptsache abhängt - § 319 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, war die Abweisung des seitens der Nachprüfungswerberin angestrebten Gebührenersatzes insgesamt vom Senat auszusprechen. Gemäß Paragraph 303, Absatz eins, BVergG 2006 entscheidet das Bundesvergabeamt durch den zuständigen Senat, soweit im BVergG 2006 keine andere Spruchkörperbesetzung für besondere Fälle angeordnet wird. Da das BVergG 2006 bei den in Paragraph 312, BVergG 2006 vorgesehenen Verfahren vorsieht, dass der zuständige Senatsvorsitzende allein nur mehr über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung - dies gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BVergG 2006 - entscheidet, und wie gesagt der Pauschalgebührenersatzanspruch hinsichtlich der Gebühren von der Senatsentscheidung in der Hauptsache abhängt - Paragraph 319, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, war die Abweisung des seitens der Nachprüfungswerberin angestrebten Gebührenersatzes insgesamt vom Senat auszusprechen.

Zur Zurückweisung des Kostenersatzantrags von H*** vom 22.2.2006 ist auszuführen, dass das Gesetz weder in § 318 Abs 1 BVergG 2006 noch an anderer Stelle eine Pauschalgebührenpflicht für Einwendungen gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 anordnet. Wenn nunmehr namens der H*** als der in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin gelegentlich ihres Schriftsatzes vom 22.2.2006 auf eine Gebührenzahlung gemäß § 167 BVergG hingewiesen wird, und dafür ein Gebührenersatz angestrebt wird, ist vorweg festzuhalten, dass Eingaben, die allenfalls als auf § 167 BVergG 2002 gestützt zu bewerten sind, eben nicht in dem über § 345 BVergG 2006 hier anwendbaren § 318 Abs 1 BVergG 2006 als solche aufgelistet sind, die eine Pauschalgebührenschild gegenüber dem Bund auslösen. Der Gesetzgeber des BVergG 2006 billigt der in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin eben eine Parteistellung im Verfahren über die Anfechtung der sie begünstigenden Zuschlagsentscheidung ohne Pauschalgebührenentrichtung zu. Zur Zurückweisung des Kostenersatzantrags von H*** vom 22.2.2006 ist auszuführen, dass das Gesetz weder in Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 noch an anderer Stelle eine Pauschalgebührenpflicht für Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 anordnet. Wenn nunmehr namens der H*** als der in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin gelegentlich ihres Schriftsatzes vom 22.2.2006 auf eine Gebührenzahlung gemäß Paragraph 167, BVergG hingewiesen wird, und dafür ein Gebührenersatz angestrebt wird, ist vorweg festzuhalten, dass Eingaben, die allenfalls als auf Paragraph 167, BVergG 2002 gestützt zu bewerten sind, eben nicht in dem über Paragraph 345, BVergG 2006 hier anwendbaren Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 als solche aufgelistet sind, die eine Pauschalgebührenschild gegenüber dem Bund auslösen. Der Gesetzgeber des BVergG 2006 billigt der in der Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieterin eben eine Parteistellung im Verfahren über die Anfechtung der sie begünstigenden Zuschlagsentscheidung ohne Pauschalgebührenentrichtung zu.

Da § 319 Abs 1 BVergG 2006 einen Gebührenersatz abstrakt nur für Gebühren vorsieht, die zuvor gemäß § 318 Abs 1 BVergG 2006 an den Bund zu bezahlen waren - § 319 Abs 1 BVergG 2006 spricht vom Antragsteller und meint damit insbesondere den in § 324 Abs 1 BVergG 2006 genannten Antragsteller, also die gegenständliche Nachprüfungswerberin, war der Ersatzantrag der H*** - als einer Partei gemäß § 324 Abs 3 BVergG 2006 - mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage zurückzuweisen. Da Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 einen Gebührenersatz abstrakt nur für Gebühren vorsieht, die zuvor gemäß Paragraph 318, Absatz eins, BVergG 2006 an den Bund zu bezahlen waren - Paragraph 319, Absatz eins, BVergG 2006 spricht vom Antragsteller und meint damit insbesondere

den in Paragraph 324, Absatz eins, BVergG 2006 genannten Antragsteller, also die gegenständliche Nachprüfungswerberin, war der Ersatzantrag der H*** - als einer Partei gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG 2006 - mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage zurückzuweisen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass gegenständlich keine weiteren Beweise aufzunehmen waren, da insbesondere für den in diesem Bescheid zentralen Spruchpunkt hinsichtlich der Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nach Aufnahme der dafür für den Senat notwendigen Beweise auf Tatsachenebene die subjektive Gewissheit hinsichtlich des festgestellten, spruchrelevanten Sachverhalts bestand.

Die Nachprüfungswerberin hat selbst mit ihrer Eingabe am 16.3.2006, lfd Nr 105 dieses Verwaltungsakts, dargetan, dass die Berichtigung der Ausschreibung am 3.11.2005, also vor Ablauf des ursprünglichen, im Laufe des 4.11.2005 festgesetzten Schlusstermins für die Angebotsabgabe per e-mail vorgenommen wurde und insbesondere der Schlusstermin bis 10.11.2005 am 3.11.2005 mitgeteilt wurde.

Die Nachprüfungswerberin hat nunmehr weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsberichtigung - als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist - innerhalb der Fristen des § 169 Abs 2 Z 1 BVergG 2002 beim Bundesvergabeamt mit einem Antrag auf Nichtigerklärung bekämpft. Die Nachprüfungswerberin hat nunmehr weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsberichtigung - als sonstige Festlegung während der Angebotsfrist - innerhalb der Fristen des Paragraph 169, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2002 beim Bundesvergabeamt mit einem Antrag auf Nichtigerklärung bekämpft.

Die Tatsache der Verweigerung der Baustellenbesichtigung iS der Punkte 2.5. und 2.13 der Ausschreibung durch den dafür seitens der Auftraggeberin mit Vollmacht tätigen Architekten wurden ohnehin iS des (nach Änderung zuletzt aufrecht erhaltenen) Vorbringens der Nachprüfungswerberin festgestellt.

Jene Urkunden, mit welchen die Nachprüfungswerberin die Bewertungspunkte zu den Zuschlagskriterien im Bereich der Kursbesuche lukrieren wollte, waren unstrittig. Die rechtliche Bewertung dieser Urkunden, insbesondere iZm deren Verwendung und Verfügbarkeit zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung, war letztlich wieder eine Frage der rechtlichen Beurteilung. Seitens der Nachprüfungswerberin wurden nämlich gerade keine Verlesungsfehler gemäß § 88 Abs 5 BVergG 2002 angezogen, dies unbeschadet der hier nicht gegebenen der Ergebnisrelevanz solcher Aspekte gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Jene Urkunden, mit welchen die Nachprüfungswerberin die Bewertungspunkte zu den Zuschlagskriterien im Bereich der Kursbesuche lukrieren wollte, waren unstrittig. Die rechtliche Bewertung dieser Urkunden, insbesondere iZm deren Verwendung und Verfügbarkeit zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung, war letztlich wieder eine Frage der rechtlichen Beurteilung. Seitens der Nachprüfungswerberin wurden nämlich gerade keine Verlesungsfehler gemäß Paragraph 88, Absatz 5, BVergG 2002 angezogen, dies unbeschadet der hier nicht gegebenen der Ergebnisrelevanz solcher Aspekte gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006.

Durch das e-mail des Geschäftsführers der Bauakademie - Lehrbauhof Salzburg, lfd Nr 130 des Akts, ist erwiesen, dass es in der "Bauhütte Salzburg" keine formalen Grundkurse oder aber Folgekurse gibt, sondern dass nur ein einziger Althausanierungskurs als Block angeboten wird. Dieses e-mail blieb hinsichtlich der fehlenden formalen Trennung in Grundkurse und Folgekurse bei der Bauhütte Salzburg insbesondere von der Nachprüfungswerberin in der Verhandlung am 22.3.2006 unbestritten.

Durch das zB von der H*** mit Eingabe, lfd 132, vorgelegte Werbematerial betreffend die Bauakademie Wien, Lehrbauhof Ost, das den Parteien in der Verhandlung am 22.3.2006 ausgefolgt wurde, ist erwiesen, dass auch andere Institutionen neben der Kartause Mauerbach Althausanierungs- und Denkmalpflegekurse, getrennt in Grund- und Aufbaukurse, veranstalten wollen, was rechtlich, wie oben ausgeführt, eben zur bloß schlichten anfänglichen Unmöglichkeit der Besuche von Grundkursen und Folgekursen in der Bauhütte Salzburg führt.

Da der Spruch auf Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung lautet, war es im Verfahren auch nicht mehr notwendig, zB durch eine Bemühen um die Rufnummernverbindungsdaten des Ing Ty** und des DI K*** im Zeitraum zwischen 20.10.2005 und 10.11.2006 nachzuforschen, wie viele Telefonate zwischen den beiden stattgefunden haben, und wann diese geführt wurden, weil dies allenfalls weitere objektive Aufschlüsse über die Richtigkeit bzw Glaubwürdigkeit der jeweiligen Zeugenaussagen ergeben hätte können (- § 39 Abs 3 AVG). Da der Spruch auf Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung lautet, war es im Verfahren auch nicht mehr notwendig, zB durch eine Bemühen um die Rufnummernverbindungsdaten des Ing Ty** und des DI K*** im Zeitraum zwischen 20.10.2005 und 10.11.2006 nachzuforschen, wie viele Telefonate zwischen den beiden

stattgefunden haben, und wann diese geführt wurden, weil dies allenfalls weitere objektive Aufschlüsse über die Richtigkeit bzw Glaubwürdigkeit der jeweiligen Zeugenaussagen ergeben hätte können (- Paragraph 39, Absatz 3, AVG).

Schlagworte

Präklusion; teleologische Reduktion;

Dokumentnummer

VERGT_20060327_N_0008_BVA_08_2006_136_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