

TE Verg Bescheid 2006/1/5 08N-120/05-57

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.01.2006

Norm

BVergG 2002 §22 Abs5

BVergG 2002 §55 Abs1

BVergG 2002 §91

BVergG 2002 §100 Abs1

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

BVergG 2002 §174 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs1

BVergG 2002 §177 Abs3

BVergG 2002 §177 Abs5

BVergG 2002 §165 Abs2

HGB §347

RAO §19a Abs4

1. RAO § 19a heute
2. RAO § 19a gültig ab 01.01.1991 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 474/1990

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 5.1.2006 im Nachprüfungsverfahren 08N-120/05 betreffend das Vergabeverfahren "Baumeisterarbeiten Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes zur Nutzung als Seminarzentrum im Schloß Schönbrunn, GZ DRU 1254" der Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. (Schönbrunner Schloßstr. 47, 1130 Wien, vertreten durch X*** rechtsanwälte oeg, durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag. Reinhard Grasböck, gemäß § 154 Abs 1 Z 1 BVergG über die Anträge der Nachprüfungswerberin A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, gerichtet auf die Nachprüfung und Nichtigerklärung der in diesem Vergabeverfahren ergangenen Zuschlagsentscheidung vom 21.11.2005 und auf Pauschalgebührenersatzleistung von der Auftraggeberin an die Nachprüfungswerberin; bzw über den Antrag auf Pauschalgebührenersatzleistung von der Nachprüfungswerberin an die Teilnahmeantragstellerin B***, vertreten durch Rechtsanwälte Z*** GmbH; und über dazu gestellte Gegenanträge wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat am 5.1.2006 im Nachprüfungsverfahren 08N-120/05 betreffend das Vergabeverfahren "Baumeisterarbeiten Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes zur Nutzung als Seminarzentrum im Schloß Schönbrunn, GZ DRU 1254" der Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. (Schönbrunner Schloßstr. 47, 1130 Wien, vertreten durch X*** rechtsanwälte oeg, durch den Vorsitzenden des Senats 8, Mag. Reinhard Grasböck, gemäß

Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG über die Anträge der Nachprüfungswerberin A***, vertreten durch Y*** Rechtsanwälte GmbH, gerichtet auf die Nachprüfung und Nichtigerklärung der in diesem Vergabeverfahren ergangenen Zuschlagsentscheidung vom 21.11.2005 und auf Pauschalgebührenersatzleistung von der Auftraggeberin an die Nachprüfungswerberin; bzw über den Antrag auf Pauschalgebührenersatzleistung von der Nachprüfungswerberin an die Teilnahmeantragstellerin B***, vertreten durch Rechtsanwälte Z*** GmbH; und über dazu gestellte Gegenanträge wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Nachprüfungsantrag vom 5.12.2005 wird stattgegeben. Die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. vom 21.11.2005, der B*** den Zuschlag im Vergabeverfahren "Baumeisterarbeiten Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes zur Nutzung als Seminarzentrum im Schloß Schönbrunn, GZ DRU 1254" erteilen zu wollen, wird hiermit nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: §§ 22 Abs 5, 55 Abs 1; 91; 100 Abs 1; 162 Abs 2 Z 2 und 174 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2002 BGBl I 99/2002 (BVergG) Rechtsgrundlage: Paragraphen 22, Absatz 5, 55, Absatz eins,; 91; 100 Absatz eins,; 162 Absatz 2, Ziffer 2 und 174 Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, 99 aus 2002, (BVergG)

II.römisch zwei.

Den Anträgen der Nachprüfungswerberin vom 5.12.2005, der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren in der Höhe von € 2.500,00 für den Nachprüfungsantrag und weiteren € 2.500,00 für den Antrag auf einstweilige Verfügung zu Handen der Antragstellervertreterin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution aufzuerlegen, wird stattgegeben.

Die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. ist sohin schuldig, insgesamt € 5.000,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Bescheids bei sonstiger Exekution an die A*** zu Handen der Antragstellervertreterin Y*** Rechtsanwälte GmbH, zu bezahlen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs 1 und 5 Bundesvergabegesetz 2002 BGBl I 99/2002 (BVergG); § 19a Abs 4 RAO RGBl 1868/96 idF BGBl I 2003/93 Rechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz eins und 5 Bundesvergabegesetz 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, 99 aus 2002, (BVergG); Paragraph 19 a, Absatz 4, RAO RGBl 1868/96 in der Fassung BGBl römisch eins 2003/93

III.römisch drei.

Der Antrag der B***, diese vertreten durch Rechtsanwälte Z*** GmbH, nach Zurück-, in eventu Abweisung des Antrags der A*** auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung eben die A*** binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zum Ersatz von € 1.250,00 gemäß § 19a RAO an die B*** zu Handen der Rechtsanwälte Z*** GmbH zu verpflichten, wird Der Antrag der B***, diese vertreten durch Rechtsanwälte Z*** GmbH, nach Zurück-, in eventu Abweisung des Antrags der A*** auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung eben die A*** binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zum Ersatz von € 1.250,00 gemäß Paragraph 19 a, RAO an die B*** zu Handen der Rechtsanwälte Z*** GmbH zu verpflichten, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 165 Abs 2 und 177 Abs 3 und 5 Bundesvergabegesetz 2002 Rechtsgrundlage: Paragraphen 165, Absatz 2 und 177 Absatz 3 und 5 Bundesvergabegesetz 2002

BGBl I 99/2002 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, 99 aus 2002, (BVergG)

Begründung

Sachverhalt und Verfahrensgang:

Die Auftraggeberin "Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H." schrieb in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich Baumeisterarbeiten zur Sanierung und Adaptierung des Apothekertraktes im Schloss Schönbrunn zur Nutzung als Seminarzentrum aus.

Die Ausschreibung wurde einmal berichtigt.

Am 10.11.2005 fand die Angebotsöffnung statt. Dabei wurden bei den fünf Bieter, die ein ausgepreistes Angebot abgegeben hatten, die - allenfalls vorhandenen - Erklärungen dieser Bieter zu den einzelnen Zuschlagskriterien verlesen.

Seitens der nunmehrigen Nachprüfungswerberin A*** nahm Frau C***, eine Büroangestellte der Nachprüfungswerberin, an der Angebotsöffnung teil.

Die Auftraggeberin holte entgegen § 55 Abs 1 BVerG im Zuge der Angebotsprüfung keine Bestätigung gemäß § 28b Ausländerbeschäftigungsgesetz hinsichtlich der später für den Zuschlag in Aussicht genommenen B*** ein. Die Auftraggeberin holte entgegen Paragraph 55, Absatz eins, BVerG im Zuge der Angebotsprüfung keine Bestätigung gemäß Paragraph 28 b, Ausländerbeschäftigungsgesetz hinsichtlich der später für den Zuschlag in Aussicht genommenen B*** ein.

Die Auftraggeberin legte in der mündlichen Verhandlung am 22.12.2005 - trotz der am 5.12.2005 erfolgten Aufforderung zur Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens und nach einer weiteren diesbezüglichen Aufforderung des Bundesvergabeamts vom 20.12.2005 hinsichtlich der Einhaltung des § 55 BVerG (OZ 40 des Verwaltungsakts) - ein Telefax der Zentralen Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung beim Zollamt Wien vor. Die Auftraggeberin legte in der mündlichen Verhandlung am 22.12.2005 - trotz der am 5.12.2005 erfolgten Aufforderung zur Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens und nach einer weiteren diesbezüglichen Aufforderung des Bundesvergabeamts vom 20.12.2005 hinsichtlich der Einhaltung des Paragraph 55, BVerG (OZ 40 des Verwaltungsakts) - ein Telefax der Zentralen Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung beim Zollamt Wien vor.

Dieses Telefax beantwortet eine Anfrage der Auftraggeberin vom 2.3.2005 und ist mit 4.3.2005 datiert. Es wurde nach einer auf diesem Telefax ersichtlichen Fax - Kopf - Zeile und einer Datierung im Kopf am 4.3.2005 an die Auftraggeberin gefaxt.

In diesem Fax der Zentralen Koordinationsstelle vom 4.3.2005, das am 10.11.2005 älter als sechs Monate war, wurde mitgeteilt, dass ua betreffend eine "B*** & Co KG" mit der gleichen Adresse wie die nunmehrige Teilnahmeantragstellerin B*** keine zu berücksichtigende Bestrafung gemäß § 28b Abs 2 AuslBG vorliegt. In diesem Fax der Zentralen Koordinationsstelle vom 4.3.2005, das am 10.11.2005 älter als sechs Monate war, wurde mitgeteilt, dass ua betreffend eine "B*** & Co KG" mit der gleichen Adresse wie die nunmehrige Teilnahmeantragstellerin B*** keine zu berücksichtigende Bestrafung gemäß Paragraph 28 b, Absatz 2, AuslBG vorliegt.

Nach dem Firmenbuchauszug OZ 6, der am 6.12.2005 amtswegig eingeholt wurde, ist ersichtlich, dass die in der Auskunft gemäß § 28b AuslBG genannte B*** & Co KG ihr Unternehmen im Wege des § 142 HGB auf die nunmehrige Teilnahmeantragstellerin übertragen hat, und dass diese Gesamtrechtsnachfolge am 26.10.2005 mit der Eintragsnummer 17 ins Firmenbuch zu FN-Nummer B*** eingetragen wurde. Dies ist bei den Parteien gemäß § 15 Abs 2 HGB als bekannt vorauszusetzen. Nach dem Firmenbuchauszug OZ 6, der am 6.12.2005 amtswegig eingeholt wurde, ist ersichtlich, dass die in der Auskunft gemäß Paragraph 28 b, AuslBG genannte B*** & Co KG ihr Unternehmen im Wege des Paragraph 142, HGB auf die nunmehrige Teilnahmeantragstellerin übertragen hat, und dass diese Gesamtrechtsnachfolge am 26.10.2005 mit der Eintragsnummer 17 ins Firmenbuch zu FN-Nummer B*** eingetragen wurde. Dies ist bei den Parteien gemäß Paragraph 15, Absatz 2, HGB als bekannt vorauszusetzen.

Die Nachprüfungswerberin wurde von der Auftraggeberin unstrittig in die Bestbieterermittlung gemäß § 99 BVerG einbezogen (siehe zB das Angebotsprüfungsprotokoll). Die Nachprüfungswerberin wurde von der Auftraggeberin unstrittig in die Bestbieterermittlung gemäß Paragraph 99, BVerG einbezogen (siehe zB das Angebotsprüfungsprotokoll).

Die Auftraggeberin versandte am 21.11.2005 eine Zuschlagsentscheidung. Diese wurde vom kollektiv zeichnungsbefugten Prokuristen der Auftraggeberin, Herrn D*** mit dem Zusatz "ppa", allerdings alleine unterfertigt.

Die Nachprüfungswerberin (mit OZ 18 des Verwaltungsakts) sowie die Teilnahmeantragstellerin mit OZ 16 des Verwaltungsakts) brachten (nach einer diesbezüglichen Anfrage des Bundesvergabeamts mit OZ 11 des Verwaltungsakts) übereinstimmend vor, dass Herr D*** von Ihnen jeweils als bevollmächtigt betrachtet worden war, die Zuschlagsentscheidung rechtsgültig mit Wirkung für die Auftraggeberin alleine zu fertigen. Die

Nachprüfungswerberin legte zum Beweis dafür mit der OZ 18 auch Schriftverkehr über historische Zuschlagsentscheidungen der Auftraggeberin vor, in denen Herr D*** gleichfalls allein und mit dem "ppa" - Zusatz gefertigt hatte.

Die Auftraggeberin selbst legte zur Frage der rechtsgültigen Vertretung bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 21.11.2005 mit OZ 22 (und dort mit der Blg ./ 8 zu dieser Eingabe) eine Bestätigung der beiden kollektiv zeichnungsbefugten Geschäftsführer der Auftraggeberin vor, wonach Herr D*** die Zuschlagsentscheidung vom 21.11.2005 rechtsverbindlich für die Auftraggeberin gefertigt habe. Sohin gingen alle drei am Verfahren beteiligten Parteien von einer einen Anfechtungsgegenstand im Nachprüfungsverfahren darstellenden Zuschlagsentscheidung aus.

Die Auftraggeberin faxte die angefochtene Zuschlagsentscheidung am 21.11.2005 am Nachmittag an die Bieter des Vergabeverfahrens.

Nach den von der Auftraggeberin vorgelegten Telefaxprotokollen betreffend die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erhielt die Teilnahmeantragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 21.11.2005 um 14.25 Uhr.

Für die Nachprüfungswerberin zeigt der positive Sendebericht der Auftraggeberin die Übermittlungszeit 14.26 Uhr.

An eine in dem Zuschlagsentscheidungsfax mit "E***" bezeichnete Bieterin wurde die Zuschlagsentscheidung am 21.11.2005 gleichfalls um 14.28 gefaxt. Auch hierfür liegt ein positiver Sendebericht vor. Die Auftraggeberin adressierte dieses Fax an die Nummer E2Fax***.

Auf dem Faxprotokoll dieser Mitteilung der Zuschlagsentscheidung scheint - im Übrigen ident mit dem amtlichen Telefaxprotokoll zu OZ 29 - als Name der Gegenstelle "E2kurz*** NW" auf. Die am positiven Sendebericht der OZ 29 ersichtliche Fax - Nummer entspricht der Nummer, die im Telefax der Auftraggeberin vom 21.11.2005 an die "E***" im Briefkopf angeführt ist.

Bei der Zustellung der OZ 32 durch das Bundesvergabeamt an die Bieterin E1*** scheint auf dem diesbezüglichen Fax - Bericht bei der Durchwahl E1Fax-c*** als Gegenstelle "E1kurz*** NL WIEN REVI" auf, woraus sich unschwer der Name der Bieterin E1*** und weiters die Niederlassung Wien dieser Gesellschaft mit der internen Zuständigkeit der Abteilung für Revitalisierungen ergibt, insbesondere wenn man das Angebotsbegleitschreiben und dort die Fußzeile mit ua der Zuständigkeit für Revitalisierungen samt der dazu angeführten Fax - Durchwahl E1Fax-c*** betrachtet.

Auf dem Angebotsbegleitschreiben der Bieterin E1*** scheint zusätzlich in der Fußzeile eine Homepage - Adresse www.E1kurz***.at, also mit dem Unterscheidungsmerkmal "E1***" auf.

Die Bieterin E1*** hat in ihrem Begleitschreiben zu ihrem Angebot die Fax - Nummer für Rückfragen E1Fax-a*** angegeben. Auf Seite 9 des Angebots dieser Bieterin ist in der "Bietererklärung" die gleiche Fax - Durchwahl E1Fax-a*** angegeben.

Auf dem für das genannte Begleitschreiben verwendeten Briefpapier sind in der Fußzeile für diese Bieterin die Fax - Durchwahlen E1Fax-a***, E1Fax-b***,

E1Fax-c*** und E1Fax-d*** als dieser Bieterin zurechenbar ersichtlich.

Bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 21.11.2005 unterlief der Auftraggeberin daher insoweit ein Fehler, als sie die Zuschlagsentscheidung an die Bieterin "E***" eben an die Telefaxnummer E2Fax*** übermittelte.

Diese Telefaxnummer ist nicht der Bieterin E1***, sondern der zum gleichen Konzern gehörigen E2*** zurechenbar (zur Tatsache der Zugehörigkeit zum gleichen Konzern siehe zB die Eingabe der Auftraggeberin OZ 34).

Die Bieterin E1*** erhielt die in diesem Verfahren angefochtene Zuschlagsentscheidung nicht wie die anderen vier Bieter des Vergabeverfahrens am 21.11.2005 per Telefax, sondern erst am 22.11.2005 mit der konzerninternen Hauspost des E*** - Konzerns (Aussage des für die Bieterin E1*** im gegenständlichen Vergabeverfahren Angebotsverantwortlichen, dem Zeugen F*** in der Verhandlung am 22.12.2005, mit OZ 34 von der Auftraggeberin vorgelegte Bestätigung der Bieterin E1***, ausgestellt am 16.12.2005).

Die Frage, welche Fax - Durchwahl für die Bieterin "E***" von der Auftraggeberin bei der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu verwenden war, wurde hinsichtlich der sich dazu stellenden Tatsachenfragen mit der Aufforderung OZ 33 des Verwaltungsakts der Auftraggeberin vorgehalten und mit dieser zur

Verhandlungsvorbereitung erörtert. Mit der OZ 33 wurden ua auch das Begleitschreiben der Bieterin E1*** und Telefaxprotokolle an die Parteien ausgesandt. Die Tatsache der Verwendung der Fax - Durchwahl E2Fax*** an Stelle der auf dem Briefpapier des Angebotsbegleitschreibens ersichtlichen Fax - Durchwahlen blieb im Verfahren - abgesehen vom evidenten Irrtum in OZ 34 - unstrittig. Gleichfalls blieb die Zuordnung der Fax - Durchwahl E2Fax*** an die Gesellschaft E2*** auf Tatsachenebene unstrittig.

Die Nachprüfungswerberin A*** brachte am 5.12.2005 anwaltlich vertreten einen Antrag auf Nichtigerklärung der gerade beschriebenen Zuschlagsentscheidung vom 21.11.2005 ein - OZ 1 des Verwaltungsakts. Sie bezahlte dabei unstrittig auch die Gebühren gemäß § 177 Abs 1 BVergG für den Nachprüfungs- und eV - Antrag. Die Nachprüfungswerberin A*** brachte am 5.12.2005 anwaltlich vertreten einen Antrag auf Nichtigerklärung der gerade beschriebenen Zuschlagsentscheidung vom 21.11.2005 ein - OZ 1 des Verwaltungsakts. Sie bezahlte dabei unstrittig auch die Gebühren gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG für den Nachprüfungs- und eV - Antrag.

Die Gebührenentrichtung ist auch durch den zB der OZ 52 des Verwaltungsakts beigeschlossenen Auszug aus der Amtsbuchhaltung nachgewiesen.

Als Antragsgegnerin bezeichnete die Nachprüfungswerberin die Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. Diese wurde vom Antrag auf Untersagung der Erteilung des Zuschlags am 5.12.2005 gemäß § 171 Abs 7 BVergG verständigt. Als Antragsgegnerin bezeichnete die Nachprüfungswerberin die Auftraggeberin Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsgesellschaft m.b.H. Diese wurde vom Antrag auf Untersagung der Erteilung des Zuschlags am 5.12.2005 gemäß Paragraph 171, Absatz 7, BVergG verständigt.

Der Auftraggeberin wurde daraufhin mit Bescheid gemäß § 171 Abs 4 BVergG die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 5.1.2006 untersagt (eV-Bescheid OZ 17 des Verwaltungsakts). Der Auftraggeberin wurde daraufhin mit Bescheid gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf des 5.1.2006 untersagt (eV-Bescheid OZ 17 des Verwaltungsakts).

Nach Prüfung der Vergabeunterlagen und insbesondere der schriftlichen Erörterung einiger Fragen mit den Parteien zur Verhandlungsvorbereitung (§ 37 AVG und § 149 BVergG) fand am 22.12.2005 eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. In dieser wurde das Ermittlungsverfahren nach der Einvernahme von drei Zeugen und einer Erörterung weiterer Fragen mit den Parteien für geschlossen erklärt. Nach Prüfung der Vergabeunterlagen und insbesondere der schriftlichen Erörterung einiger Fragen mit den Parteien zur Verhandlungsvorbereitung (Paragraph 37, AVG und Paragraph 149, BVergG) fand am 22.12.2005 eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. In dieser wurde das Ermittlungsverfahren nach der Einvernahme von drei Zeugen und einer Erörterung weiterer Fragen mit den Parteien für geschlossen erklärt.

Beweiswürdigung:

Der vorstehend festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den von den Parteien verfassten Eingaben und den sonst genannten Urkunden bzw Unterlagen. Dass die Auftraggeberin am 19.12.2005 in der Eingabe OZ 34 eine rechtswirksame Übermittlung an die Fax - Durchwahl E1Fax-c*** behauptet und letztendlich einen Irrtum durch die Nichtverwendung der Durchwahl E2Fax*** zugestehen will, entkräftet die Feststellung der Übermittlung der Zuschlagsentscheidung an die Bieterin "E****" durch Verwendung der Fax - Durchwahl E2Fax*** nicht. Bei dieser Behauptung handelt es sich nach dem objektiven Erklärungswert dieser Eingabe um einen unerheblichen Irrtum des Schriftenverfassers, da in dieser Eingabe selbst zugestanden wird, dass nicht aufklärbar wäre, warum die eine und nicht die andere Faxnummer verwendet wurde.

Im von der Auftraggeberin vorgelegten Faxprotokoll betreffend die fragliche Zuschlagsentscheidungsübermittlung erscheint objektiv die Durchwahl E2Fax*** auf. Auch der in der Verhandlung vernommene Zeuge F*** bestätigte die Zurechenbarkeit der Durchwahl E2Fax*** an die E2*** und den Erhalt der Zuschlagsentscheidung erst am 22.11.2005 mit der Hauspost - Seite 6 des Verhandlungsprotokolls OZ 49.

Rechtliche Beurteilung:

Die Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien unstrittig - öffentliche Auftraggeberin gemäß § 7 Abs 1 Z 2 BVergG, welche gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG iVm § 135 Abs 2 BVergG in den Vollziehungsbereich des Bundes und damit in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts fällt; siehe umfassend zu dieser Qualifikation bereits BVA 17.2.2004, 08N-

10/04-27. Die Auftraggeberin ist - zwischen den Parteien unstrittig - öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, welche gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG in Verbindung mit Paragraph 135, Absatz 2, BVergG in den Vollziehungsbereich des Bundes und damit in die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts fällt; siehe umfassend zu dieser Qualifikation bereits BVA 17.2.2004, 08N-10/04-27.

Die Nachprüfungswerberin begehrte die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 21.11.2005, und wurde dieser Nachprüfungsantrag der Auftraggeberin am 5.12.2005 zugestellt, so dass das Nachprüfungsverfahren eingeleitet wurde - §§ 170 Abs 2 und 171 Abs 1 BVergG. Die Nachprüfungswerberin begehrte die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 21.11.2005, und wurde dieser Nachprüfungsantrag der Auftraggeberin am 5.12.2005 zugestellt, so dass das Nachprüfungsverfahren eingeleitet wurde - Paragraphen 170, Absatz 2 und 171 Absatz eins, BVergG.

In Folge Verständigung der Auftraggeberin vom Sicherungsantrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß § 171 Abs 7 BVergG durch das Bundesvergabeamt am 5.12.2005 und durch die am 12.12.2005 gemäß § 171 Abs 4 BVergG verfügte Untersagung der Erteilung des Zuschlags bis zum Ablauf des 5.1.2006 konnte bislang kein rechtsgültiger Zuschlag erteilt werden. In Folge Verständigung der Auftraggeberin vom Sicherungsantrag auf Untersagung der Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 171, Absatz 7, BVergG durch das Bundesvergabeamt am 5.12.2005 und durch die am 12.12.2005 gemäß Paragraph 171, Absatz 4, BVergG verfügte Untersagung der Erteilung des Zuschlags bis zum Ablauf des 5.1.2006 konnte bislang kein rechtsgültiger Zuschlag erteilt werden.

Dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung durch den als Prokurist nur kollektiv zeichnungsbefugten Herrn D*** mit dem Zusatz "ppa" ohne weitere gültige Unterschrift vor dem Ausfaxen am 21.11.2005 gefertigt wurde, hinderte das Vorliegen einer der Anfechtung zugänglichen Auftraggeberentscheidung nicht.

Auf Zuschlagsentscheidungen gemäß dem BVergG 2002 als Absichtserklärungen finden nämlich genau so wie auf sonstige Willensmitteilungen und auf Wissenserklärungen die sonst für Willenserklärungen geltenden Stellvertretungsregeln Anwendung - Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB (3. Aufl.) IV, § 859 Rz 5 (zur Willensmitteilung) und § 863 Rz 9 (zur Wissenserklärung). Wenn daher der gemäß Firmenbuch nur kollektiv zeichnungsbefugte Prokurist D*** die angefochtene Telefaxmitteilung allein unterfertigte, hinderte auch § 57 HGB dieses Ergebnis nicht, da § 57 HGB eine bloße Ordnungsvorschrift ist - Strasser in Jabornegg, Kommentar zum HGB § 57 Rz 1, und daher eine sonst bestehende Vollmacht des Fertigenden rechtlich nicht ausgeschlossen war. Auf Zuschlagsentscheidungen gemäß dem BVergG 2002 als Absichtserklärungen finden nämlich genau so wie auf sonstige Willensmitteilungen und auf Wissenserklärungen die sonst für Willenserklärungen geltenden Stellvertretungsregeln Anwendung - Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB (3. Aufl.) römisch vier, Paragraph 859, Rz 5 (zur Willensmitteilung) und Paragraph 863, Rz 9 (zur Wissenserklärung). Wenn daher der gemäß Firmenbuch nur kollektiv zeichnungsbefugte Prokurist D*** die angefochtene Telefaxmitteilung allein unterfertigte, hinderte auch Paragraph 57, HGB dieses Ergebnis nicht, da Paragraph 57, HGB eine bloße Ordnungsvorschrift ist - Strasser in Jabornegg, Kommentar zum HGB Paragraph 57, Rz 1, und daher eine sonst bestehende Vollmacht des Fertigenden rechtlich nicht ausgeschlossen war.

Sowohl die Nachprüfungswerberin als auch die Teilhabeantragstellerin gingen nämlich, wie im Sachverhalt geschildert, von einer rechtsgültigen Vertretung der Auftraggeberin kraft vorangehender Handlungen namens der Auftraggeberin, also von einer Anscheinsvollmacht aus - siehe dazu Apathy in Schwimann, ABGB (3. Aufl.) IV § 1029 Rz 7 -, während die Auftraggeberin nach einer entsprechenden Anfrage gemäß § 149 BVergG am 13.12.2005 eine von den beiden Geschäftsführern der Auftraggeberin am 13.12.2005 gefertigte Bestätigung vorlegte, wonach Herr D*** für dieses Vergabeverfahren eine mündliche Alleinvertretungsbefugnis gehabt hat. Es war daher jedenfalls von einer rechtsverbindlichen Zuschlagsentscheidung namens der Auftraggeberin auszugehen. Sowohl die Nachprüfungswerberin als auch die Teilhabeantragstellerin gingen nämlich, wie im Sachverhalt geschildert, von einer rechtsgültigen Vertretung der Auftraggeberin kraft vorangehender Handlungen namens der Auftraggeberin, also von einer Anscheinsvollmacht aus - siehe dazu Apathy in Schwimann, ABGB (3. Aufl.) IV Paragraph 1029, Rz 7 -, während die Auftraggeberin nach einer entsprechenden Anfrage gemäß Paragraph 149, BVergG am 13.12.2005 eine von den beiden Geschäftsführern der Auftraggeberin am 13.12.2005 gefertigte Bestätigung vorlegte, wonach Herr D*** für dieses Vergabeverfahren eine mündliche Alleinvertretungsbefugnis gehabt hat. Es war daher jedenfalls von einer rechtsverbindlichen Zuschlagsentscheidung namens der Auftraggeberin auszugehen.

Die Nachprüfungswerberin macht in ihrem Nachprüfungsantrag vom 5.12.2005 als Beschwerdepunkte das Recht auf

Zuschlagserteilung, das Recht auf Widerruf und insbesondere auch das Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen geltend. Aus dem gesamten Vorbringen der Nachprüfungswerberin ist zudem ersichtlich, dass die Nachprüfungswerberin mit ihrem Nachprüfungsantrag eine Zuschlagsentscheidung bekämpft, in der ihres Erachtens die darin für den Zuschlag ausgewählte Bieterin nicht genannt sein dürfte. Sohin ist eindeutig ersichtlich, worin sich die Nachprüfungswerberin beschwert erachtet. Das Vergaberecht räumt aber gerade dieses Recht ein, dass nur der Best- bzw Billigstbieter in einem offenen Verfahren in einer Zuschlagsentscheidung - je nach Wahl des gewählten Zuschlagsprinzips - für den Zuschlag ausgewählt wird. Im Rahmen der so eindeutig erkennbaren Beschwerdepunkte hat das Bundesvergabeamt von Amts wegen sämtliche objektiven (ergebnisrelevanten) Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens aufzugreifen, sofern diese nicht gemäß § 169 BVergG bereits unanfechtbar geworden sind. Die Nachprüfungswerberin macht in ihrem Nachprüfungsantrag vom 5.12.2005 als Beschwerdepunkte das Recht auf Zuschlagserteilung, das Recht auf Widerruf und insbesondere auch das Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen geltend. Aus dem gesamten Vorbringen der Nachprüfungswerberin ist zudem ersichtlich, dass die Nachprüfungswerberin mit ihrem Nachprüfungsantrag eine Zuschlagsentscheidung bekämpft, in der ihres Erachtens die darin für den Zuschlag ausgewählte Bieterin nicht genannt sein dürfte. Sohin ist eindeutig ersichtlich, worin sich die Nachprüfungswerberin beschwert erachtet. Das Vergaberecht räumt aber gerade dieses Recht ein, dass nur der Best- bzw Billigstbieter in einem offenen Verfahren in einer Zuschlagsentscheidung - je nach Wahl des gewählten Zuschlagsprinzips - für den Zuschlag ausgewählt wird. Im Rahmen der so eindeutig erkennbaren Beschwerdepunkte hat das Bundesvergabeamt von Amts wegen sämtliche objektiven (ergebnisrelevanten) Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens aufzugreifen, sofern diese nicht gemäß Paragraph 169, BVergG bereits unanfechtbar geworden sind.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung, wobei wiederum auf die Sachverhaltsfeststellungen zu verweisen ist, wurde namens der Auftraggeberin am 21.11.2005 an die Bieter des Vergabeverfahrens ausgefaxt. § 100 Abs 1 BVergG sieht dabei die gleichzeitige Mitteilung dieser Entscheidung an die Bieter eines (hier: offenen) Vergabeverfahrens vor. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung, wobei wiederum auf die Sachverhaltsfeststellungen zu verweisen ist, wurde namens der Auftraggeberin am 21.11.2005 an die Bieter des Vergabeverfahrens ausgefaxt. Paragraph 100, Absatz eins, BVergG sieht dabei die gleichzeitige Mitteilung dieser Entscheidung an die Bieter eines (hier: offenen) Vergabeverfahrens vor.

Wenn nunmehr der Bieterin E1*** dieses Telefax vom 21.11.2005 mit der konzerninternen Hauspost erst am 22.11.2005 zugekommen ist, weil die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung am 21.11.2005 um 14.28 Uhr irrtümlich an Telefaxempfangsnummer E2Fax*** übermittelte, die der im gleichen Konzern befindlichen E2***, also einer anderen juristischen Person zurechenbar ist, liegt keine gleichzeitige Übermittlung an diese Bieterin im Verhältnis zu den anderen Bietern mehr vor. Eine solche Gleichzeitigkeit im Sinne des Gesetzes liegt nämlich nur dann vor, wenn die Übermittlung einer Zuschlagsentscheidung an mehrere Bieter in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang erfolgt - so der VwGH im Erkenntnis vom 19.11.2003, 2003/04/0129 zum Gleichzeitigkeitserfordernis der oberösterreichischen Parallelbestimmung zu § 163 Abs 2 BVergG. Wenn nunmehr der Bieterin E1*** dieses Telefax vom 21.11.2005 mit der konzerninternen Hauspost erst am 22.11.2005 zugekommen ist, weil die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung am 21.11.2005 um 14.28 Uhr irrtümlich an Telefaxempfangsnummer E2Fax*** übermittelte, die der im gleichen Konzern befindlichen E2***, also einer anderen juristischen Person zurechenbar ist, liegt keine gleichzeitige Übermittlung an diese Bieterin im Verhältnis zu den anderen Bietern mehr vor. Eine solche Gleichzeitigkeit im Sinne des Gesetzes liegt nämlich nur dann vor, wenn die Übermittlung einer Zuschlagsentscheidung an mehrere Bieter in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang erfolgt - so der VwGH im Erkenntnis vom 19.11.2003, 2003/04/0129 zum Gleichzeitigkeitserfordernis der oberösterreichischen Parallelbestimmung zu Paragraph 163, Absatz 2, BVergG.

Das Vorstehende ist insbesondere auch unter Berücksichtigung des Begleitschreibens der E1*** zu ihrem Angebot zu sehen, da im Text dieses Bieterschreibens (sowie in der "Bietererklärung" auf Seite 9 des Angebots der E1***) die Fax - Durchwahl E1Fax-a*** angegeben war, und am Briefpapier des Begleitbriefs zum Angebot dieser Bieterin die Fax - Durchwahlen E1Fax-a***, E1Fax-b***, E1Fax-c*** sowie E1Faxd***; und auch die Internet - Adresse mit dem Bestandteil "E1***" ersichtlich sind, während auf dem von der Auftraggeberin vorgelegten Fax - Protokoll bei der Durchwahl E2Fax*** der Empfänger "E2*** NW" aufscheint.

Die Auftraggeberin hat daher- neben einem Verstoß gegen § 100 Abs 1 BVergG - auch den § 22 Abs 5 BVergG

rechtswidrig unbeachtet gelassen, da sie nach dieser Bestimmung für die Vornahme einer gemäß § 22 Abs 5 BVergG rechtsgültigen Übermittlung für die Bieterin E1*** nur die Fax - Durchwahlen E1Fax-a***, Die Auftraggeberin hat daher- neben einem Verstoß gegen Paragraph 100, Absatz eins, BVergG - auch den Paragraph 22, Absatz 5, BVergG rechtswidrig unbeachtet gelassen, da sie nach dieser Bestimmung für die Vornahme einer gemäß Paragraph 22, Absatz 5, BVergG rechtsgültigen Übermittlung für die Bieterin E1*** nur die Fax - Durchwahlen E1Fax-a***,

E1Fax-b***, E1Fax-c*** und E1Fax-d***- wie im Angebotsbegleitschreiben ersichtlich - verwenden hätte dürfen. Nur diese Fax - Durchwahlen sind nämlich nach der angeführten Bestimmung als bekannt gegeben zu betrachten

Sofern man für das Gleichzeitigkeitserfordernis gemäß § 100 Abs 1 Satz 1 BVergG nicht auf die objektiv gleichzeitige Übermittlung, sondern auf den gleichzeitigen Zugang abstellen möchte, durfte die Auftraggeberin wegen dieser bei ihr aufliegenden Erklärungen der Bieterin E1*** und dem besagten Übermittlungsprotokoll auch bei der dann anzuwendenden Empfangs- oder Zugangstheorie - siehe dazu zB Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB IV (3. Aufl.) § 862a Rzz 1 bis 3 - nicht mit einer gleichzeitigen Kenntnisaufnahme der Zuschlagsentscheidung durch die Bieterin E1*** am 21.11.2005 - gemeinsam mit den anderen Bietern - rechnen. Denn der Auftraggeberin als ordentliche Kauffrau hätte gemäß § 347 Abs 1 HGB mit der von ihr zu prästierenden Sorgfalt bewußt sein müssen, dass bei anderen als der von einer Bieterin - gemäß § 22 Abs 5 BVergG angegebenen Fax - Empfangsadressen (und auf einem nach dem Faxen verkehrsmäßig zu kontrollierenden Telefaxprotokoll) die verwendete Fax - Durchwahl nicht den bekannt gegebenen Durchwahlen entspricht. Sofern man für das Gleichzeitigkeitserfordernis gemäß Paragraph 100, Absatz eins, Satz 1 BVergG nicht auf die objektiv gleichzeitige Übermittlung, sondern auf den gleichzeitigen Zugang abstellen möchte, durfte die Auftraggeberin wegen dieser bei ihr aufliegenden Erklärungen der Bieterin E1*** und dem besagten Übermittlungsprotokoll auch bei der dann anzuwendenden Empfangs- oder Zugangstheorie - siehe dazu zB Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB römisch vier (3. Aufl.) Paragraph 862 a, Rzz 1 bis 3 - nicht mit einer gleichzeitigen Kenntnisaufnahme der Zuschlagsentscheidung durch die Bieterin E1*** am 21.11.2005 - gemeinsam mit den anderen Bietern - rechnen. Denn der Auftraggeberin als ordentliche Kauffrau hätte gemäß Paragraph 347, Absatz eins, HGB mit der von ihr zu prästierenden Sorgfalt bewußt sein müssen, dass bei anderen als der von einer Bieterin - gemäß Paragraph 22, Absatz 5, BVergG angegebenen Fax - Empfangsadressen (und auf einem nach dem Faxen verkehrsmäßig zu kontrollierenden Telefaxprotokoll) die verwendete Fax - Durchwahl nicht den bekannt gegebenen Durchwahlen entspricht.

Zusätzlich deutet die auf dem von der Auftraggeberin vorgelegten Fax - Protokoll ersichtliche Empfänger - Kennung "E2kurz*** NW" augenfällig nicht auf die von ihr zu verständigende Bieterin hin, wenn auf dem genannten Begleitschreiben zum Angebot bei der Internetadresse der Bieterin eine andere Bieterkurzbezeichnung, nämlich "E1kurz***" enthalten ist.

Auch bei einer Anwendung der genannten und letztendlich parallel zur Vertrauensstheorie gemäß §§ 863, 914f ABGB herzuleitenden "Empfangstheorie" auf die hier fragliche Mitteilung gemäß § 100 Abs 1 BVergG durfte daher die Auftraggeberin nicht mit einem gleichzeitigen Zugang der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter dieses Vergabeverfahrens, also mit einem Zugang an sämtliche Bieter im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang rechnen. Auch bei einer Anwendung der genannten und letztendlich parallel zur Vertrauensstheorie gemäß Paragraphen 863, 914 f, ABGB herzuleitenden "Empfangstheorie" auf die hier fragliche Mitteilung gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG durfte daher die Auftraggeberin nicht mit einem gleichzeitigen Zugang der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter dieses Vergabeverfahrens, also mit einem Zugang an sämtliche Bieter im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang rechnen.

Erhalten die Bieter eines Vergabeverfahrens eine Zuschlagsentscheidung nicht gleichzeitig im Sinne des § 100 Abs 1 erster Satz BVergG, stellt diese Zuschlagsentscheidung einen existenten Anfechtungsgegenstand dar, ist aber rechtswidrig gemäß § 174 Abs 1 Z 1 BVergG - BVA 9.2.2004, 10N- 137/03-20. Zusätzlich stellt eine wegen einer nicht bekannt gegebenen Fax - Nummer (bzw Fax Durchwahl) gemäß § 22 Abs 5 BVergG nicht rechtsgültige Übermittlung auch keine gleichzeitige Übermittlung gemäß § 100 Abs 1 BVergG dar. Erhalten die Bieter eines Vergabeverfahrens eine Zuschlagsentscheidung nicht gleichzeitig im Sinne des Paragraph 100, Absatz eins, erster Satz BVergG, stellt diese Zuschlagsentscheidung einen existenten Anfechtungsgegenstand dar, ist aber rechtswidrig gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG - BVA 9.2.2004, 10N- 137/03-20. Zusätzlich stellt eine wegen einer nicht bekannt gegebenen Fax - Nummer (bzw Fax Durchwahl) gemäß Paragraph 22, Absatz 5, BVergG nicht rechtsgültige Übermittlung auch keine gleichzeitige Übermittlung gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG dar.

Die Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG liegt dabei gleichfalls vor, da eine nicht gleichzeitige Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter einen Verstoß gegen die Vorschriften des BVergG über die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung darstellt und daher die Nichtigkeit jedweden Zuschlags in diesem Vergabeverfahren gemäß § 100 Abs 1 letzter Satz BVergG bewirkt - BVA (gemäß § 153 BVergG) vom 9.2.2004, Die Wesentlichkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG liegt dabei gleichfalls vor, da eine nicht gleichzeitige Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter einen Verstoß gegen die Vorschriften des BVergG über die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung darstellt und daher die Nichtigkeit jedweden Zuschlags in diesem Vergabeverfahren gemäß Paragraph 100, Absatz eins, letzter Satz BVergG bewirkt - BVA (gemäß Paragraph 153, BVergG) vom 9.2.2004,

10N-137/03-20.

Um auf das rechtliche Vorbringen der Auftraggeberin in OZ 34 einzugehen, dass eine gemeinsame Telefonzentrale im E*** - Konzern am Standort der Bieterin aus diesem Konzern vorliege, und daher eine Übermittlung an den materiell richtigen Empfänger vorliege, ist rechtlich unzutreffend. Gerade bei Konzerngesellschaften unter einem gemeinsamen (Büro-) Dach ist die Adressierung von Mitteilungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine von der Auftraggeberin einzuhaltende Sorgfaltsmaßnahme gemäß § 347 Abs 1 HGB, denn ein Konzern zeichnet sich eben durch die Verflechtung der verschiedenen Gesellschaften auf Anteilsebene aus, besteht aber dabei zwingend eben aus verschiedenen und daher gesondert zu behandelnden Rechtssubjekten. Telefaxe mit verschiedenen Durchwahlen stehen in gemeinsamen Bürogebäuden regelmäßig beim jeweiligen für die Fax - Durchwahlen vorgesehenen Empfänger, um eben interne Postwege zu vermeiden. Eine gemeinsame Telefonzentrale dient regelmäßig zur Weiterleitung von Telefonaten. Auch der vernommene Prokurist F*** bestätigte die Zuordnung der Fax - Durchwahl E2Fax*** zu einer Schwestergesellschaft der Bieterin E1***. Das Erfordernis der Gleichzeitigkeit gemäß § 100 Abs 1 BVergG wurde von der Auftraggeberin auch in der OZ 34 nicht ausdrücklich behauptet. Um auf das rechtliche Vorbringen der Auftraggeberin in OZ 34 einzugehen, dass eine gemeinsame Telefonzentrale im E*** - Konzern am Standort der Bieterin aus diesem Konzern vorliege, und daher eine Übermittlung an den materiell richtigen Empfänger vorliege, ist rechtlich unzutreffend. Gerade bei Konzerngesellschaften unter einem gemeinsamen (Büro-) Dach ist die Adressierung von Mitteilungen im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine von der Auftraggeberin einzuhaltende Sorgfaltsmaßnahme gemäß Paragraph 347, Absatz eins, HGB, denn ein Konzern zeichnet sich eben durch die Verflechtung der verschiedenen Gesellschaften auf Anteilsebene aus, besteht aber dabei zwingend eben aus verschiedenen und daher gesondert zu behandelnden Rechtssubjekten. Telefaxe mit verschiedenen Durchwahlen stehen in gemeinsamen Bürogebäuden regelmäßig beim jeweiligen für die Fax - Durchwahlen vorgesehenen Empfänger, um eben interne Postwege zu vermeiden. Eine gemeinsame Telefonzentrale dient regelmäßig zur Weiterleitung von Telefonaten. Auch der vernommene Prokurist F*** bestätigte die Zuordnung der Fax - Durchwahl E2Fax*** zu einer Schwestergesellschaft der Bieterin E1***. Das Erfordernis der Gleichzeitigkeit gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG wurde von der Auftraggeberin auch in der OZ 34 nicht ausdrücklich behauptet.

- § 60 AVG.- Paragraph 60, AVG.

Aus den vorstehenden Gründen der fehlenden gleichzeitigen Übermittlung gemäß § 100 Abs 1 BVergG musste auch nicht mehr ermittelt werden, ob eine Zuschlagsentscheidung an eine "E****" im gegenständlichen Vergabeverfahren letztendlich gemäß § 863 ABGB als an die Bieterin E1*** adressiert zu bewerten ist, wenn im Firmenbuch der Republik Österreich mehrere Unternehmen mit dem Firmenbestandteil E*** eingetragen sind, was gemäß § 15 Abs 2 HGB als bekannt vorauszusetzen ist. Aus den vorstehenden Gründen der fehlenden gleichzeitigen Übermittlung gemäß Paragraph 100, Absatz eins, BVergG musste auch nicht mehr ermittelt werden, ob eine Zuschlagsentscheidung an eine "E****" im gegenständlichen Vergabeverfahren letztendlich gemäß Paragraph 863, ABGB als an die Bieterin E1*** adressiert zu bewerten ist, wenn im Firmenbuch der Republik Österreich mehrere Unternehmen mit dem Firmenbestandteil E*** eingetragen sind, was gemäß Paragraph 15, Absatz 2, HGB als bekannt vorauszusetzen ist.

Der zweite (bzw unter Berücksichtigung des § 22 Abs 5 BVergG dritte), die ausgesprochene Nichtigerklärung tragende Grund besteht in der Missachtung des § 55 Abs 1 BVergG. Der zweite (bzw unter Berücksichtigung des Paragraph 22, Absatz 5, BVergG dritte), die ausgesprochene Nichtigerklärung tragende Grund besteht in der Missachtung des Paragraph 55, Absatz eins, BVergG.

Zu § 55 Abs 1 BVergG ist - insbesondere gegenüber der Auftraggeberin - vorab klarzustellen, dass gemäß Art 5 Z 12

und 14a des Gesetzes BGBl I 2002/68 und der diesbezüglichen Zeitnähe zur Erlassung des Bundesvergabegesetzes 2002 BGBl I 2002/99 klar ist, dass die formelle Nennung des BMWA in § 55 Abs 1 BVergG ein evidentes Redaktionsversehen ist. Die nunmehr von einer Dienststelle im Ressortbereich des BMF erteilten Auskünfte gemäß 28b AuslBG sind daher diejenigen gemäß des § 55 Abs 1 BVergG. Zu Paragraph 55, Absatz eins, BVergG ist - insbesondere gegenüber der Auftraggeberin - vorab klarzustellen, dass gemäß Artikel 5, Ziffer 12 und 14 a des Gesetzes BGBl I 2002/68 und der diesbezüglichen Zeitnähe zur Erlassung des Bundesvergabegesetzes 2002 BGBl I 2002/99 klar ist, dass die formelle Nennung des BMWA in Paragraph 55, Absatz eins, BVergG ein evidentes Redaktionsversehen ist. Die nunmehr von einer Dienststelle im Ressortbereich des BMF erteilten Auskünfte gemäß 28b AuslBG sind daher diejenigen gemäß des Paragraph 55, Absatz eins, BVergG.

Die Auftraggeberin berief sich zur Einhaltung der Bestimmung des § 55 BVergG auf eine Bestätigung gemäß 28b AuslBG vom 4.3.2005, die im Übrigen nicht auf die Bieterin B***, sondern die auf "B*** & Co KG" abstellt. Das Vermögen der B*** & Co KG wurde nämlich (laut Firmenbuchauszug OZ 6) von der B*** gemäß § 142 HGB übernommen und dieser Vorgang am 26.10.2005 mit der Eintragsnummer 17 ins Firmenbuch eingetragen. Die Auftraggeberin berief sich zur Einhaltung der Bestimmung des Paragraph 55, BVergG auf eine Bestätigung gemäß Paragraph 28 b, AuslBG vom 4.3.2005, die im Übrigen nicht auf die Bieterin B***, sondern die auf "B*** & Co KG" abstellt. Das Vermögen der B*** & Co KG wurde nämlich (laut Firmenbuchauszug OZ 6) von der B*** gemäß Paragraph 142, HGB übernommen und dieser Vorgang am 26.10.2005 mit der Eintragsnummer 17 ins Firmenbuch eingetragen.

Auf Grund der Angebotseröffnung am 10.11.2005 konnte die Auftraggeberin frühestens am 10.11.2005 wissen, dass die B*** eine für die Zuschlagserteilung in Betracht kommende Bieterin gemäß § 55 Abs 1 BVergG ist, für welche eine derartige Auskunft einzuholen ist. Auf Grund der Angebotseröffnung am 10.11.2005 konnte die Auftraggeberin frühestens am 10.11.2005 wissen, dass die B*** eine für die Zuschlagserteilung in Betracht kommende Bieterin gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG ist, für welche eine derartige Auskunft einzuholen ist.

Zum Zeitpunkt 10.11.2005 war aber die am 22.12.2005 vorgelegte Bestätigung vom 4.3.2005 bereits älter als sechs Monate. § 55 Abs 1 letzter Satz BVergG schreibt aber vor, dass die besondere berufliche Zuverlässigkeit auf Basis einer maximal sechs Monate alten Bestätigung zu beurteilen ist. Diese Bestimmung normiert nach ihrem Zweck auch, dass die Auskunft gemäß § 28b AuslBG jedenfalls für den aktuellen Bieter selbst eingeholt wird. Zum Zeitpunkt 10.11.2005 war aber die am 22.12.2005 vorgelegte Bestätigung vom 4.3.2005 bereits älter als sechs Monate. Paragraph 55, Absatz eins, letzter Satz BVergG schreibt aber vor, dass die besondere berufliche Zuverlässigkeit auf Basis einer maximal sechs Monate alten Bestätigung zu beurteilen ist. Diese Bestimmung normiert nach ihrem Zweck auch, dass die Auskunft gemäß Paragraph 28 b, AuslBG jedenfalls für den aktuellen Bieter selbst eingeholt wird.

Die Auftraggeberin hat also unter Verstoß gegen § 55 Abs 1 BVergG ihre Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß abgeschlossen. Es liegt sohin eine Rechtswidrigkeit gemäß § 55 Abs 1 iVm § 174 Abs 1 Z 1 BVergG vor. Die Auftraggeberin hat also unter Verstoß gegen Paragraph 55, Absatz eins, BVergG ihre Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß abgeschlossen. Es liegt sohin eine Rechtswidrigkeit gemäß Paragraph 55, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG vor.

Unter Beachtung des Erkenntnisses des VwGH vom 21.12.2004, 2004/04/0100 ist auszuführen, dass eine Vergaberechtswidrigkeit des Auftraggebers bereits dann von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß § 174 Abs 1 Z 2 BVergG ist, wenn abstrakt ein anderer Verfahrensausgang möglich erscheint. Unter Beachtung des Erkenntnisses des VwGH vom 21.12.2004, 2004/04/0100 ist auszuführen, dass eine Vergaberechtswidrigkeit des Auftraggebers bereits dann von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist, wenn abstrakt ein anderer Verfahrensausgang möglich erscheint.

Mit einer vom Auftraggeber jedenfalls für den ausgewählten Bieter einzuholenden Bestätigung gemäß § 55 Abs 1 BVergG erscheint ein anderer Ausgang des hier behandelten Vergabeverfahrens abstrakt möglich. Mit einer vom Auftraggeber jedenfalls für den ausgewählten Bieter einzuholenden Bestätigung gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG erscheint ein anderer Ausgang des hier behandelten Vergabeverfahrens abstrakt möglich.

Da das Bundesvergabeamt als kassatorisch erkennende Rechtsschutzbehörde nicht die von der Auftraggeberin versäumten, dieser aber möglichen Angebotsprüfungsschritte nachzuholen hat, sondern eine vorgenommene

Angebotsprüfung bei einer Anfechtung der Zuschlagsentscheidung gerade auf die Einhaltung dieser Angebotsprüfungsschritte nachzuprüfen hat, trägt auch die unterlassene Einholung der Auskunft gemäß § 55 Abs 1 BVergG die Nichtigserklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Da das Bundesvergabeamt als kassatorisch erkennende Rechtsschutzbehörde nicht die von der Auftraggeberin versäumten, dieser aber möglichen Angebotsprüfungsschritte nachzuholen hat, sondern eine vorgenommene Angebotsprüfung bei einer Anfechtung der Zuschlagsentscheidung gerade auf die Einhaltung dieser Angebotsprüfungsschritte nachzuprüfen hat, trägt auch die unterlassene Einholung der Auskunft gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG die Nichtigserklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung.

Der Spruch über die Nichtigserklärung wird - wie vorstehend ersichtlich - daher durch zwei alternative, die Kassation tragende, letztendlich in der mündlichen Verhandlung am 22.12.2005 erwiesene Gründe gestützt.

Daher konnten aus Gründen der Verfahrensökonomie in diesem Verfahren - § 39 Abs 2 letzter Satz AVG - weitere Ermittlungen insbesondere zur Frage der von der Nachprüfungswerberin als zentral erachteten Frage der Gleichwertigkeit ihrer eigenen unternehmensinternen Ausbildung (im Vergleich zu den vom Bundesdenkmalamt, "Kartause G***" bzw von der "Bauhütte H***" offenbar angebotenen, in den Punkten 2.19 und 2.20 der Ausschreibungsunterlage genannten Kursen) und der sich daran anschließenden Frage der Pflicht bzw Tauglichkeit der Verlesung der von der Nachprüfungswerberin dazu verfassten Angebotsbeilagen gemäß VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100 unterbleiben; bzw auch eine nähere Erörterung der Frage der Pflicht eines Bieters zur Rüge von bei der Angebotsöffnung allenfalls unterlaufenen Fehlern (siehe dazu zB BVA 23.1.1998, F-23/97-13 oder BVA 18.6.1998, N-15/98-20). Daher konnten aus Gründen der Verfahrensökonomie in diesem Verfahren - Paragraph 39, Absatz 2, letzter Satz AVG - weitere Ermittlungen insbesondere zur Frage der von der Nachprüfungswerberin als zentral erachteten Frage der Gleichwertigkeit ihrer eigenen unternehmensinternen Ausbildung (im Vergleich zu den vom Bundesdenkmalamt, "Kartause G***" bzw von der "Bauhütte H***" offenbar angebotenen, in den Punkten 2.19 und 2.20 der Ausschreibungsunterlage genannten Kursen) und der sich daran anschließenden Frage der Pflicht bzw Tauglichkeit der Verlesung der von der Nachprüfungswerberin dazu verfassten Angebotsbeilagen gemäß VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100 unterbleiben; bzw auch eine nähere Erörterung der Frage der Pflicht eines Bieters zur Rüge von bei der Angebotsöffnung allenfalls unterlaufenen Fehlern (siehe dazu zB BVA 23.1.1998, F-23/97-13 oder BVA 18.6.1998, N-15/98-20).

Zu den Spruchteilen betreffend die gestellten Pauschalgebührenersatzanträgen ist auszuführen wie folgt:

Die von der Nachprüfungswerberin angefochtene Zuschlagsentscheidung wurde vom Bundesvergabeamt mit diesem Bescheid antragsgemäß nichtig erklärt, nachdem die beantragte einstweilige Verfügung zumindest teilweise erlassen wurde. Die Nachprüfungswerberin hat daher mit all ihren Anträgen jedenfalls teilweise gemäß § 177 Abs 5 BVergG obsiegt, ohne dass hinsichtlich der Kostenfrage betreffend den gestellten eV-Antrag hier näher geklärt werden müsste, ob der Kostenersatzanspruch für das Sicherungsbegehren von der Entscheidung in der Hauptsache abhängt. Die Nachprüfungswerberin hat die in § 177 Abs 1 BVergG für Nachprüfungsanträge und Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jeweils vorgesehene Pauschalgebühren in Höhe von jeweils € 2.500,00 entrichtet; und entsprechen diese Beträge den im Anhang X zum BVergG (und auch den in der Verordnung der Bundesregierung BGBl II 2002/324) normierten Beträgen für Nachprüfungsanträge bzw Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend ein hier zu behandelndes Vergabeverfahren über einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Da die Nachprüfungswerberin ihre Kostenersatzbegehren bereits in der verfahrenseinleitenden Eingabe - sohin rechtzeitig gemäß § 74 Abs 2 AVG - gestellt hat, war der Auftraggeberin als der Antragsgegnerin im Sinne des § 177 Abs 5 BVergG die Erstattung dieser entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen. Die von der Nachprüfungswerberin angefochtene Zuschlagsentscheidung wurde vom Bundesvergabeamt mit diesem Bescheid antragsgemäß nichtig erklärt, nachdem die beantragte einstweilige Verfügung zumindest teilweise erlassen wurde. Die Nachprüfungswerberin hat daher mit all ihren Anträgen jedenfalls teilweise gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG obsiegt, ohne dass hinsichtlich der Kostenfrage betreffend den gestellten eV-Antrag hier näher geklärt werden müsste, ob der Kostenersatzanspruch für das Sicherungsbegehren von der Entscheidung in der Hauptsache abhängt. Die Nachprüfungswerberin hat die in Paragraph 177, Absatz eins, BVergG für Nachprüfungsanträge und Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jeweils vorgesehene Pauschalgebühren in Höhe von jeweils € 2.500,00 entrichtet; und entsprechen diese Beträge den im Anhang römisch zehn zum BVergG (und auch den in der Verordnung der Bundesregierung BGBl römisch zwei 2002/324) normierten Beträgen für Nachprüfungsanträge bzw Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

betreffend ein hier zu behandelndes Vergabeverfahren über einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich. Da die Nachprüfungswerberin ihre Kostenersatzbegehren bereits in der verfahrenseinleitenden Eingabe - sohin rechtzeitig gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG - gestellt hat, war der Auftraggeberin als der Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 177, Absatz 5, BVergG die Erstattung dieser entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen.

Da § 19a Abs 1 RAO auch auf Kostenersatzaussprüche von Verwaltungsbehörden abstellt, war gemäß § 19a Abs 4 RAO der Kostenzuspruch an die Nachprüfungswerberin gemäß dem Antrag zu Handen deren Rechtsvertretung auszusprechen. Da Paragraph 19 a, Absatz eins, RAO auch auf Kostenersatzaussprüche von Verwaltungsbehörden abstellt, war gemäß Paragraph 19 a, Absatz 4, RAO der Kostenzuspruch an die Nachprüfungswerberin gemäß dem Antrag zu Handen deren Rechtsvertretung auszusprechen.

Das von der Teilnahmeantragstellerin gestellte Kostenersatzbegehren richtet sich gegen die Nachprüfungswerberin. Die Teilnahmeantragstellerin strebte mit ihrem Gegenantrag zum Nachprüfungsantrag die Zurück- bzw Abweisung des Nachprüfungsantrags an, so dass die Nachprüfungswerberin gemäß § 177 Abs 5 BVergG als Antragsgegnerin dieses Ersatzantrags der Teilnahmeantragstellerin zu bewerten ist. Da dem Nachprüfungsantrag: Nichtigkeitsantrag aber (zur Gänze) stattgegeben wurde, hat die Teilnahmeantragstellerin im Nachprüfungsverfahren nicht einmal teilweise obsiegt. Ihr Antrag war daher schon allein deshalb abzuweisen. Das von der Teilnahmeantragstellerin gestellte Kostenersatzbegehren richtet sich gegen die Nachprüfungswerberin. Die Teilnahmeantragstellerin strebte mit ihrem Gegenantrag zum Nachprüfungsantrag die Zurück- bzw Abweisung des Nachprüfungsantrags an, so dass die Nachprüfungswerberin gemäß Paragraph 177, Absatz 5, BVergG als Antragsgegnerin dieses Ersatzantrags der Teilnahmeantragstellerin zu bewerten ist. Da dem Nachprüfungsantrag: Nichtigkeitsantrag aber (zur Gänze) stattgegeben wurde, hat die Teilnahmeantragstellerin im Nachprüfungsverfahren nicht einmal teilweise obsiegt. Ihr Antrag war daher schon allein deshalb abzuweisen.

Gegenanträge zu den einzelnen Spruchteilen, soweit sie gestellt wurden, sind mit den Absprüchen über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung bzw über die Kostenersatzbegehren gemäß § 59 Abs 1 Satz 2 AVG miterledigt. Gegenanträge zu den einzelnen Spruchteilen, soweit sie gestellt wurden, sind mit den Absprüchen über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung bzw über die Kostenersatzbegehren gemäß Paragraph 59, Absatz eins, Satz 2 AVG miterledigt.

Schlagworte

(optional) Zuschlagsentscheidung; Vertretung bei der Zuschlagsentscheidung; Unterlassung von Angebotsprüfungsprüfungsritten; abstrakte Möglichkeit eines anderen Verfahrensausgangs;

Dokumentnummer

VERGT_20060105_08N_120_05_57_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