

TE Verg Bescheid 2005/7/5 17N-54/05-47

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.07.2005

Norm

BVergG 2002 §98 Z8

BVergG 2002 §99 Abs1

BVergG 2002 §174

BVergG 2002 §177 Abs5

AVG §74 Abs2

1. AVG § 74 heute
2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 17 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden, Dr. Josef Bosina als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Vertreter der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Elektrotechnik" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch X*** Rechtsanwälte wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 17 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden, Dr. Josef Bosina als Vertreter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Vertreter der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Elektrotechnik" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch X*** Rechtsanwälte wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A*** vertreten durch den Geschäftsführer B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, das Bundesvergabeamt wolle die angefochtene Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren mit Bescheid für nichtig erklären, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 98 Z 8, 99 Abs. 1, 174 Abs. 1
Rechtsgrundlage: Paragraphen 98, Ziffer 8, 99, Absatz eins, 174, Absatz eins

Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, BGBl I Nr. 99/2002 idF BGBl II Nr. 56/2005
Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 56 aus 2005,

II.römisch zwei.

Der Antrag der A*** vertreten durch den Geschäftsführer B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, "das Bundesvergabeamt wolle die Antragsgegnerin auch in den Ersatz der Pauschalgebühren verfallen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5, § 74 Abs. 2 AllgemeinesRechtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5,, Paragraph 74, Absatz 2, Allgemeines

Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl Nr. 51/1991 idF BGBl I Nr. 10/2004 Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2004,

III.römisch drei.

Dem Antrag der C*** vertreten durch Z***, Rechtsanwälte, "das Bundesvergabeamt möge die Antragstellerin schuldig erkennen, der Einschreiterin die Pauschalgebühr für den Antrag auf Teilnahme am gegenständlichen Nachprüfungsverfahren in der Höhe von Euro 2.500,-- bei sonstiger Exekution binnen vierzehn Tagen zu Händen deren rechtsfreundlichen Vertreter zu bezahlen", wird stattgegeben.

Die A*** vertreten durch den Geschäftsführer Herrn B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, ist schuldig, der C*** binnen vierzehn Tagen ab Zustellung des Bescheides die entrichtete Pauschalgebühr von Euro 2.500,-- zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 177 Abs. 5 BVergG, § 74 Abs. 2 AVGRchtsgrundlage: Paragraph 177, Absatz 5, BVergG, Paragraph 74, Absatz 2, AVG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die A*** vertreten durch den GF B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte mit Telefax vom 2. Juni 2005 den verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrag ein. Darin beantragte sie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühr wie in Spruchpunkt II. wiedergegeben sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Elektrotechnik" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, in der Folge Auftraggeberin genannt. Die Antragstellerin begründet diesen Antrag im Wesentlichen damit, dass in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung der Zuschlag dem billigsten Angebot erteilt werden solle. Mit Schreiben vom 25. Mai 2005 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, dem Angebot der C*** den Zuschlag zu erteilen, da es das Angebot mit dem niedrigsten Preis sei. Nach Punkt 19 der Ausschreibungsbedingungen sei dem Angebot eine Absichtserklärung ("Promesse", "Letter of intent") zur Ausstellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft für den Fall der Auftragserteilung in Form einer Bankgarantie über 10 % der Angebotssumme zwingend beizuschließen gewesen. Bei der Angebotsöffnung habe sich ergeben, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine derartige Promesse nicht vorgelegt habe. Ein Nachreichen der Promesse sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen. Das Fehlen der Promesse stelle nach den Bedingungen der mittlerweile unanfechtbar gewordenen Ausschreibung einen unbehebbarer Mangel dar, weshalb dieses Angebot auszuschneiden sei. An seine Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sei auch der Auftraggeber gebunden. Durch Legung eines Angebotes sei das Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert worden. Ebenso begründe das Interesse an der Erlangung eines bedeutenden Referenzauftrages ein rechtliches Interesse an einem Vertragsabschluss. Der Schaden in Form des entgangenen Gewinnes, kalkulierter Gemeinkosten (Verwaltungsabdeckungskosten) sowie der Kosten der Angebotserstellung sei aufgetreten. Dieser mache netto gesamt Euro 880.077,-- aus. Die Antragstellerin erachte sich in den Rechten auf Gleichbehandlung sämtlicher Bieter und auf Einhaltung der Bestimmungen betreffend den fairen und lauten Wettbewerb sowie in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung auf ihr Angebot als zu berücksichtigendes Billigstbieterangebot verletzt. Weiters sei sie in ihren Rechten auf ordnungs- und gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung nach Ausscheidung ausschreibungswidriger Offerte und auf Unterlassung der Einräumung von Verbesserungsmöglichkeiten an Mitbieter bei unbehebbarer Mängeln anderer Offerte durch den Auftraggeber verletzt. Der Auftraggeber habe im vorliegenden Fall nach § 20 Z 29 BVergG eine Promesse für eine Vertragserfüllungsbürgschaft verlangt. Aus der Bekanntmachung der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, zu welchem Zeitpunkt diese vorliegen müsse. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung habe daher das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den

Ausschreibungsbedingungen widersprochen. Einer gesonderten Normierung einer derartigen Ausscheidensbestimmung bedürfe es nicht. Die Ausschreibungsunterlagen ließen eine solche Verbesserung nicht zu, wie sich aus dem Vergleich der Bestimmungen des Punktes 18 mit dem Punkt 19 ergebe. Weiters verbessere die Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit die Wettbewerbsstellung des säumigen Bieters zulasten der übrigen Bieter, da das für die Erteilung der Promesse zu entrichtende Entgelt Euro 1.937,45 betrage. Vor allem könne er seine Teilnahme am Vergabeverfahren steuern. Die A*** vertreten durch den GF B*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, brachte mit Telefax vom 2. Juni 2005 den verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrag ein. Darin beantragte sie die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der Pauschalgebühr wie in Spruchpunkt römisch zwei. wiedergegeben sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Elektrotechnik" der Auftraggeberin Allgemeine Unfallversicherungsanstalt vertreten durch Y*** Rechtsanwälte, in der Folge Auftraggeberin genannt. Die Antragstellerin begründet diesen Antrag im Wesentlichen damit, dass in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung der Zuschlag dem billigsten Angebot erteilt werden solle. Mit Schreiben vom 25. Mai 2005 habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, dem Angebot der C*** den Zuschlag zu erteilen, da es das Angebot mit dem niedrigsten Preis sei. Nach Punkt 19 der Ausschreibungsbedingungen sei dem Angebot eine Absichtserklärung ("Promesse", "Letter of intent") zur Ausstellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft für den Fall der Auftragserteilung in Form einer Bankgarantie über 10 % der Angebotssumme zwingend beizuschließen gewesen. Bei der Angebotsöffnung habe sich ergeben, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine derartige Promesse nicht vorgelegt habe. Ein Nachreichen der Promesse sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen. Das Fehlen der Promesse stelle nach den Bedingungen der mittlerweile unanfechtbar gewordenen Ausschreibung einen unbehebbarer Mangel dar, weshalb dieses Angebot auszuschneiden sei. An seine Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen sei auch der Auftraggeber gebunden. Durch Legung eines Angebotes sei das Interesse am Vertragsabschluss dokumentiert worden. Ebenso begründe das Interesse an der Erlangung eines bedeutenden Referenzauftrages ein rechtliches Interesse an einem Vertragsabschluss. Der Schaden in Form des entgangenen Gewinnes, kalkulierter Gemeinkosten (Verwaltungsabdeckungskosten) sowie der Kosten der Angebotserstellung sei aufgetreten. Dieser mache netto gesamt Euro 880.077,-- aus. Die Antragstellerin erachte sich in den Rechten auf Gleichbehandlung sämtlicher Bieter und auf Einhaltung der Bestimmungen betreffend den fairen und lauteren Wettbewerb sowie in ihrem subjektiven Recht auf Zuschlagserteilung auf ihr Angebot als zu berücksichtigendes Billigstbieterangebot verletzt. Weiters sei sie in ihren Rechten auf ordnungs- und gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung nach Ausscheidung ausschreibungswidriger Offerte und auf Unterlassung der Einräumung von Verbesserungsmöglichkeiten an Mitbieter bei unbehebbarer Mängeln anderer Offerte durch den Auftraggeber verletzt. Der Auftraggeber habe im vorliegenden Fall nach Paragraph 20, Ziffer 29, BVergG eine Promesse für eine Vertragserfüllungsbürgschaft verlangt. Aus der Bekanntmachung der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, zu welchem Zeitpunkt diese vorliegen müsse. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung habe daher das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den Ausschreibungsbedingungen widersprochen. Einer gesonderten Normierung einer derartigen Ausscheidensbestimmung bedürfe es nicht. Die Ausschreibungsunterlagen ließen eine solche Verbesserung nicht zu, wie sich aus dem Vergleich der Bestimmungen des Punktes 18 mit dem Punkt 19 ergebe. Weiters verbessere die Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit die Wettbewerbsstellung des säumigen Bieters zulasten der übrigen Bieter, da das für die Erteilung der Promesse zu entrichtende Entgelt Euro 1.937,45 betrage. Vor allem könne er seine Teilnahme am Vergabeverfahren steuern.

Am 7. Juni 2005 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und teilte mit, dass der geschätzte Auftragswert des Vorhabens sich auf Euro 5.798.663,00 ohne USt. belaufe. Der Auftrag sei weder vergeben noch sei das Vergabeverfahren widerrufen worden. Die Zuschlagsentscheidung sei allen Bietern mit Telefax vom 25. Mai 2005 mitgeteilt worden. Die interne Beschlussfassung zur Beauftragung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im gegenständlichen Verfahren sei am 24. Mai 2005 in der Sitzung des

Verwaltungsausschusses des Vorstandes der Auftraggeberin erfolgt. Zum Antrag nahm sie im Wesentlichen insofern Stellung, als dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin keine Promesse beigelegt sei. Die Auftraggeberin sei von einem verbesserbaren Mangel ausgegangen und habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 3. Februar 2005 zur Nachreichung der Promesse bis 10. Februar 2005

aufgefordert. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte die Promesse vom 8. Februar 2005 auch fristgerecht vor. Die im Nachprüfungsantrag genannten Rechtsverletzungen lägen daher nicht vor. Die Auftraggeberin beantragt daher die Ab- in eventu Zurückweisung des Antrags auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung.

Am 8. Juni 2005 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass die Berufung auf eine erteilte Vollmacht lediglich Personen, die zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugt sind, zustehe. Die Befugnis nach dem ZTG reiche nicht aus, eine Vertretung in einem Verwaltungsverfahren vorzunehmen. Eine ausdrücklich schriftliche Vollmacht liege nicht vor. Die Stellungnahme der Auftraggeberin sei auch nicht gefertigt. Daher sei unklar, von wem sie stamme. In weiterer Folge führte sie - offensichtlich in Übernahme des Textes einer einstweiligen Verfügung des Bundesvergabebeamten - ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung näher aus und beantragte, die Stellungnahme der Antragsgegnerin wegen Vollmangels der einschreitenden "Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring" nicht zu berücksichtigen sowie die beantragte einstweilige Verfügung zu erlassen.

Am 9. Juni 2005 legte die Auftraggeberin eine schriftliche Vollmacht für die Vertretung durch die vergebende Stelle in dem gegenständlichen Vergabeverfahren vor. Die vergebende Stelle brachte am selben Tag die Stellungnahme von einem Gesellschafter der Ziviltechnikergesellschaft unterschrieben ein.

Am 9. Juni 2005 erließ das Bundesvergabeamt eine einstweilige Verfügung, in der es der Auftraggeberin die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 2. August 2005 untersagte und die Auftraggeberin verpflichtete, der Antragstellerin die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr zu ersetzen.

Am 9. Juni 2005 stellte die C*** vertreten durch Z***, Rechtsanwälte, einen Teilnahmeantrag. Darin beantragte sie die Teilnahme an dem eingeleiteten Nachprüfungsverfahren, die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages sowie die Akteneinsicht in sämtliche Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens gemäß § 17 AVG. Sie gab an, dass sie Billigstbieterin gewesen sei. Sie sehe sich in den in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung und Abschluss des dem vorliegenden Vergabeverfahren zugrunde liegenden Leistungsvertrages verletzt. Es drohe ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns von rund Euro 114.730,67 ohne USt., die Kosten der Angebotslegung in Höhe von rund Euro 20.430,-- ohne USt., die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung von derzeit rund Euro 3.000,-- ohne USt. sowie die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes. Das Interesse am Vertragsabschluss sei durch die Angebotslegung und Inaussichtnahme für den Zuschlag belegt. In der Sache brachte sie vor, dass richtig sei, dass ihrem Angebot keine Absichtserklärung zur Ausstellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft beigelegt sei. Festzuhalten sei, dass jedoch mit der Angebotsabgabe selbstverständlich klargestellt gewesen sei, dass im Falle einer Auftragserteilung eine Bankgarantie über 10 % der Angebotssumme übergeben werde. Es handle sich um einen verbesserungsfähigen Mangel. Mit Schreiben vom 3. Februar 2005 habe sie die vergebende Stelle aufgefordert, eine Verbesserung vorzunehmen, was sie fristgerecht getan habe. Aus diesen Gründen sei die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig erfolgt.

Am 9. Juni 2005 stellte die C*** vertreten durch Z***, Rechtsanwälte, einen Teilnahmeantrag. Darin beantragte sie die Teilnahme an dem eingeleiteten Nachprüfungsverfahren, die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrages sowie die Akteneinsicht in sämtliche Unterlagen des gegenständlichen Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 17, AVG. Sie gab an, dass sie Billigstbieterin gewesen sei. Sie sehe sich in den in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung und Abschluss des dem vorliegenden Vergabeverfahren zugrunde liegenden Leistungsvertrages verletzt. Es drohe ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns von rund Euro 114.730,67 ohne USt., die Kosten der Angebotslegung in Höhe von rund Euro 20.430,-- ohne USt., die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung von derzeit rund Euro 3.000,-- ohne USt. sowie die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes. Das Interesse am Vertragsabschluss sei durch die Angebotslegung und Inaussichtnahme für den Zuschlag belegt. In der Sache brachte sie vor, dass richtig sei, dass ihrem Angebot keine Absichtserklärung zur Ausstellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft beigelegt sei. Festzuhalten sei, dass jedoch mit der Angebotsabgabe selbstverständlich klargestellt gewesen sei, dass im Falle einer Auftragserteilung eine Bankgarantie über 10 % der Angebotssumme übergeben werde. Es handle sich um einen verbesserungsfähigen Mangel. Mit Schreiben vom 3. Februar 2005 habe sie die vergebende Stelle aufgefordert, eine Verbesserung vorzunehmen, was sie fristgerecht getan habe. Aus diesen Gründen sei die Zuschlagsentscheidung rechtmäßig erfolgt.

In der Stellungnahme von 16. Juni 2005 brachte die Antragstellerin vor, dass weder die Einhaltung der internen Beschlussvoraussetzungen der Auftraggeberin noch die Bevollmächtigung der Arbeitsgemeinschaft ausreichend

nachgewiesen sei. Der eingebrachte Schriftsatz sei lediglich von einem Geschäftsführer einer der beiden ARGE-Partner unterschrieben. Die internen Vertretungsverhältnisse der ARGE seien daher noch nachzuweisen. Eine Verbesserung sei nicht mehr möglich. Es sei daher die Auftraggeberin nicht vertreten und das Vorbringen nicht zu berücksichtigen. Als Beschwerdepunkt sei die Verletzung in dem Recht auf Zuschlagserteilung geltend gemacht. Nach Punkt 19 der Ausschreibungsunterlagen sei eine Promesse als Beilage zum Angebot erforderlich. Die Ausschreibung sei nach § 914 ABGB auszulegen und der objektive Erklärungswert zu ermitteln, wobei die Übung des redlichen Verkehrs heranzuziehen sei. Der öffentliche Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen Mindestvoraussetzungen für ein taugliches Angebot festgelegt. Bei der Prüfung, ob ein Offert ausschreibungsgemäß sei, sei zu untersuchen, ob das Offert der Ausschreibung entspreche oder nicht. Hinsichtlich der Eignungsnachweise werde eine Mängelbehebung vorgesehen. Hinsichtlich der Absichtserklärung für die Vertragserfüllungsbürgschaft werde eine andere, eine strengere Regel vorgesehen. Da das Angebot der Teilnahmeantragstellerin von vornherein nicht ausschreibungskonform gewesen sei, sei es von vornherein auszuschneiden. Werde die Nichtvorlage der Promesse mit dem Angebot als Mangel qualifiziert, handle es sich um einen unbehebbarer Mangel, da die Zulassung einer Verbesserung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnte. Dies deshalb, weil die Teilnahmeantragstellerin einen längeren Zeitraum zur Erstellung ihres Angebotes zur Verfügung hätte. Sie hätte die Möglichkeit, über die Bindungswirkung ihres Angebotes zu disponieren. Das Angebot werde nachträglich durch die Vorlage einer Promesse inhaltlich, wirtschaftlich und wesensmäßig aufgewertet. Eine solche Promesse verbürge eine bestimmte Sicherheit für den öffentlichen Auftraggeber. Schließlich beantragte die Antragstellerin die Zurückweisung des Schriftsatzes der Auftraggeberin vom 9. Juni 2005 sowie die Nichtberücksichtigung des bisherigen Vorbringens wegen eingetretener Präklusion. In der Stellungnahme von 16. Juni 2005 brachte die Antragstellerin vor, dass weder die Einhaltung der internen Beschlussvoraussetzungen der Auftraggeberin noch die Bevollmächtigung der Arbeitsgemeinschaft ausreichend nachgewiesen sei. Der eingebrachte Schriftsatz sei lediglich von einem Geschäftsführer einer der beiden ARGE-Partner unterschrieben. Die internen Vertretungsverhältnisse der ARGE seien daher noch nachzuweisen. Eine Verbesserung sei nicht mehr möglich. Es sei daher die Auftraggeberin nicht vertreten und das Vorbringen nicht zu berücksichtigen. Als Beschwerdepunkt sei die Verletzung in dem Recht auf Zuschlagserteilung geltend gemacht. Nach Punkt 19 der Ausschreibungsunterlagen sei eine Promesse als Beilage zum Angebot erforderlich. Die Ausschreibung sei nach Paragraph 914, ABGB auszulegen und der objektive Erklärungswert zu ermitteln, wobei die Übung des redlichen Verkehrs heranzuziehen sei. Der öffentliche Auftraggeber habe in den Ausschreibungsunterlagen Mindestvoraussetzungen für ein taugliches Angebot festgelegt. Bei der Prüfung, ob ein Offert ausschreibungsgemäß sei, sei zu untersuchen, ob das Offert der Ausschreibung entspreche oder nicht. Hinsichtlich der Eignungsnachweise werde eine Mängelbehebung vorgesehen. Hinsichtlich der Absichtserklärung für die Vertragserfüllungsbürgschaft werde eine andere, eine strengere Regel vorgesehen. Da das Angebot der Teilnahmeantragstellerin von vornherein nicht ausschreibungskonform gewesen sei, sei es von vornherein auszuschneiden. Werde die Nichtvorlage der Promesse mit dem Angebot als Mangel qualifiziert, handle es sich um einen unbehebbarer Mangel, da die Zulassung einer Verbesserung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnte. Dies deshalb, weil die Teilnahmeantragstellerin einen längeren Zeitraum zur Erstellung ihres Angebotes zur Verfügung hätte. Sie hätte die Möglichkeit, über die Bindungswirkung ihres Angebotes zu disponieren. Das Angebot werde nachträglich durch die Vorlage einer Promesse inhaltlich, wirtschaftlich und wesensmäßig aufgewertet. Eine solche Promesse verbürge eine bestimmte Sicherheit für den öffentlichen Auftraggeber. Schließlich beantragte die Antragstellerin die Zurückweisung des Schriftsatzes der Auftraggeberin vom 9. Juni 2005 sowie die Nichtberücksichtigung des bisherigen Vorbringens wegen eingetretener Präklusion.

Mit Telefax vom 23. Juni 2005 nahm die Teilnahmeantragstellerin Stellung und brachte vor, dass ihrem Angebot bei der Angebotsöffnung keine Promesse beigelegt sei. Nach Aufforderung zur Verbesserung durch die Auftraggeberin mit Schreiben vom 3. Februar 2005 sei fristgerecht eine Promesse vorgelegt worden. Das BVergG definiere nicht, was ein unbehebbarer und was ein behebbarer Angebotsmangel sei. Zunächst sei entscheidend, dass nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann eine Verbesserung von Angebotsmängeln zulässig sei, wenn dadurch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und das Transparenzgebot nicht verletzt werden (EuGH 25.4.1996, Rs C-67/04, Kommission/Belgien). Es liege unter Berufung auf die von Aicher entwickelte Formel stets dann ein unbehebbarer Mangel vor, wenn dessen nachträgliche Sanierung die Wettbewerbsposition des Bieters materiell verbessern würde. Es handle sich bei der Promesse gerade nicht um eine Kautions gemäß § 29 Z 29 BVergG sondern

lediglich um eine Absichtserklärung, eine Vertragserfüllungsbürgschaft bei Zuschlagserteilung in Form einer Bankgarantie zu erbringen. Mit fristgerechter Angebotsabgabe habe die Teilnahmeantragstellerin klar zum Ausdruck gebracht, auch eine derartige Bankgarantie im Auftragsfall zu erbringen. Durch die Verbesserung ändere sich in keinsten Weise die Wettbewerbsposition der Einschreiterin, da es sich lediglich um eine Erklärung handle, zu einem späteren Zeitpunkt eine Bankgarantie zu übergeben. Die Teilnahmeantragstellerin beantragte den Ersatz ihrer Pauschalgebühr durch die Antragstellerin. Mit Telefax vom 23. Juni 2005 nahm die Teilnahmeantragstellerin Stellung und brachte vor, dass ihrem Angebot bei der Angebotsöffnung keine Promesse beigelegt sei. Nach Aufforderung zur Verbesserung durch die Auftraggeberin mit Schreiben vom 3. Februar 2005 sei fristgerecht eine Promesse vorgelegt worden. Das BVergG definiere nicht, was ein unbehebbarer und was ein behebbarer Angebotsmangel sei. Zunächst sei entscheidend, dass nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann eine Verbesserung von Angebotsmängeln zulässig sei, wenn dadurch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und das Transparenzgebot nicht verletzt werden (EuGH 25.4.1996, Rs C-67/04, Kommission/Belgien). Es liege unter Berufung auf die von Aicher entwickelte Formel stets dann ein unbehebbarer Mangel vor, wenn dessen nachträgliche Sanierung die Wettbewerbsposition des Bieters materiell verbessern würde. Es handle sich bei der Promesse gerade nicht um eine Kautions gemäß Paragraph 29, Ziffer 29, BVergG sondern lediglich um eine Absichtserklärung, eine Vertragserfüllungsbürgschaft bei Zuschlagserteilung in Form einer Bankgarantie zu erbringen. Mit fristgerechter Angebotsabgabe habe die Teilnahmeantragstellerin klar zum Ausdruck gebracht, auch eine derartige Bankgarantie im Auftragsfall zu erbringen. Durch die Verbesserung ändere sich in keinsten Weise die Wettbewerbsposition der Einschreiterin, da es sich lediglich um eine Erklärung handle, zu einem späteren Zeitpunkt eine Bankgarantie zu übergeben. Die Teilnahmeantragstellerin beantragte den Ersatz ihrer Pauschalgebühr durch die Antragstellerin.

Am 23. Juni 2005 brachte die Auftraggeberin, nunmehr rechtsfreundlich vertreten, eine weitere Stellungnahme ein. Hinsichtlich der angeblich fehlenden Vollmacht beruft sie sich auf die erteilte Vollmacht und erhebt das bisherige Vorbringen zum Vorbringen dieses Schriftsatzes. Die Nichtbeilage der Promesse stelle einen behebbaren Mangel im Sinne des § 98 Z 8 BVergG dar. Das Nachreichen der Promesse ziehe weder einen Bietersturz noch eine sonstige Veränderung der Wettbewerbsposition nach sich. Ebenso wenig verändere es den Angebotspreis. Es ermögliche auch keinen Zeitgewinn. Der Wert der angebotenen Leistung werde nicht beeinflusst, da die angebotene Leistung dadurch in keiner Weise beeinflusst werde. Der Inhalt der Promesse sei durch ein Formular in den Ausschreibungsunterlagen vollinhaltlich vorgegeben. Die Ersparnis beim Entgelt für die Einholung und Aufstellung der Promesse gehe ins Leere. Sie betrage in Anbetracht der verspäteten Nachreichung von etwa einem halben Monat etwa Euro 132,--. Aus der Auslegung des Textes der Ausschreibungsunterlagen könne nicht auf die Normierung der sofortigen Ausscheidenssanktion bei Nichtvorlage einer Promesse geschlossen werden. Im Gegenteil dürfe der Bieter nicht davon ausgehen, dass der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen vergaberechtswidrige Ausscheidenssanktionen festlege. Aus der unbedingten Formulierung können auch nicht auf die unbedingte Ausscheidenssanktion geschlossen werden. Am 23. Juni 2005 brachte die Auftraggeberin, nunmehr rechtsfreundlich vertreten, eine weitere Stellungnahme ein. Hinsichtlich der angeblich fehlenden Vollmacht beruft sie sich auf die erteilte Vollmacht und erhebt das bisherige Vorbringen zum Vorbringen dieses Schriftsatzes. Die Nichtbeilage der Promesse stelle einen behebbaren Mangel im Sinne des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG dar. Das Nachreichen der Promesse ziehe weder einen Bietersturz noch eine sonstige Veränderung der Wettbewerbsposition nach sich. Ebenso wenig verändere es den Angebotspreis. Es ermögliche auch keinen Zeitgewinn. Der Wert der angebotenen Leistung werde nicht beeinflusst, da die angebotene Leistung dadurch in keiner Weise beeinflusst werde. Der Inhalt der Promesse sei durch ein Formular in den Ausschreibungsunterlagen vollinhaltlich vorgegeben. Die Ersparnis beim Entgelt für die Einholung und Aufstellung der Promesse gehe ins Leere. Sie betrage in Anbetracht der verspäteten Nachreichung von etwa einem halben Monat etwa Euro 132,--. Aus der Auslegung des Textes der Ausschreibungsunterlagen könne nicht auf die Normierung der sofortigen Ausscheidenssanktion bei Nichtvorlage einer Promesse geschlossen werden. Im Gegenteil dürfe der Bieter nicht davon ausgehen, dass der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen vergaberechtswidrige Ausscheidenssanktionen festlege. Aus der unbedingten Formulierung können auch nicht auf die unbedingte Ausscheidenssanktion geschlossen werden.

Die Antragstellerin brachte am 24. Juni 2005 eine weitere Stellungnahme ein. Darin behauptete sie unter Verweis auf das Wesen der Promesse als aufschiebend, durch die Erteilung des Zuschlags bedingte verbindliche Garantie im Sinne einer Erfüllungsgarantie, die Unbehebbarkeit des Mangels. Der öffentliche Auftraggeber habe nach seinen eigenen Ausschreibungsgrundsätzen davon ausgehen müssen, dass ein wesentlicher, von ihm geforderter materieller

Nachweis vom Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht erbracht worden sei. Behebung des Mangels heiße, zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung schon vorhandene Qualifikationen nachzureichen, nicht aber zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht vorhandene Qualifikationen noch zu beschaffen. Der Antrag der Teilnahmeantragstellerin auf Kostenbestimmung sei wegen Präklusion zurückzuweisen. Weiters regte die Antragstellerin die Prüfung verschiedener Fragen von amtswegen an. Diese sind, ob die im Leistungsverzeichnis/Angebot alle maßgeblichen Angaben in der/zur Firmengrößenerklärung enthalten seien und diese vollständig sei. Weiters ob der Nachweis des Vorliegens der Anzahl der geforderten Mindestführungskräfte des Unternehmens der Teilnahmeantragstellerin erbracht worden sei, ob alle geforderten insgesamt 25 Mitarbeiter/Arbeitskräfte in der jeweils geforderten Qualifikation genannt seien, ob dieses Eignungskriterium tatsächlich und rechtlich erfüllt werde, ob die Eignung des Bieters vollständig nachgewiesen sei, ob die Subunternehmer genannt seien und ob die Angaben zu den Subunternehmern und zum geforderten Personalstand miteinander in Einklang zu bringen seien, ob es hinsichtlich Fabrikatswahl und Gleichwertigkeitsprüfung nachprüfbare Entscheidungsgrundlagen gebe und ob eine Auskunft nach § 55 Abs. 1 BVergG auch hinsichtlich der Subunternehmer eingeholt worden sei. Weiters sei der Prüfbericht der vergebenden Stelle ungenügend. Die eigentliche Niederschrift über die Angebotsprüfung fehle. Die Zuschlagsentscheidung sei als nichtig aufzuheben. Die Antragstellerin brachte am 24. Juni 2005 eine weitere Stellungnahme ein. Darin behauptete sie unter Verweis auf das Wesen der Promesse als aufschiebend, durch die Erteilung des Zuschlags bedingte verbindliche Garantie im Sinne einer Erfüllungsgarantie, die Unbehebbarkeit des Mangels. Der öffentliche Auftraggeber habe nach seinen eigenen Ausschreibungsgrundsätzen davon ausgehen müssen, dass ein wesentlicher, von ihm geforderter materieller Nachweis vom Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht erbracht worden sei. Behebung des Mangels heiße, zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung schon vorhandene Qualifikationen nachzureichen, nicht aber zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht vorhandene Qualifikationen noch zu beschaffen. Der Antrag der Teilnahmeantragstellerin auf Kostenbestimmung sei wegen Präklusion zurückzuweisen. Weiters regte die Antragstellerin die Prüfung verschiedener Fragen von amtswegen an. Diese sind, ob die im Leistungsverzeichnis/Angebot alle maßgeblichen Angaben in der/zur Firmengrößenerklärung enthalten seien und diese vollständig sei. Weiters ob der Nachweis des Vorliegens der Anzahl der geforderten Mindestführungskräfte des Unternehmens der Teilnahmeantragstellerin erbracht worden sei, ob alle geforderten insgesamt 25 Mitarbeiter/Arbeitskräfte in der jeweils geforderten Qualifikation genannt seien, ob dieses Eignungskriterium tatsächlich und rechtlich erfüllt werde, ob die Eignung des Bieters vollständig nachgewiesen sei, ob die Subunternehmer genannt seien und ob die Angaben zu den Subunternehmern und zum geforderten Personalstand miteinander in Einklang zu bringen seien, ob es hinsichtlich Fabrikatswahl und Gleichwertigkeitsprüfung nachprüfbare Entscheidungsgrundlagen gebe und ob eine Auskunft nach Paragraph 55, Absatz eins, BVergG auch hinsichtlich der Subunternehmer eingeholt worden sei. Weiters sei der Prüfbericht der vergebenden Stelle ungenügend. Die eigentliche Niederschrift über die Angebotsprüfung fehle. Die Zuschlagsentscheidung sei als nichtig aufzuheben.

Am 27. Juni 2005 brachte die Teilnahmeantragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie aus, dass die von der Auftraggeberin geforderte Promesse keine bedingte Erfüllungsgarantie sei. Durch eine Verbesserung ändere sich in keinsten Weise die Wettbewerbsposition der Einschreiterin, da die Bieter lediglich zu erklären hatten, zu einem späteren Zeitpunkt eine Bankgarantie zu übergeben. Es handle sich daher um einen verbesserbaren Mangel. Die Antragstellerin habe zum Angebot der Teilnahmeantragstellerin lediglich Fragen formuliert. Zum Ersatz der Pauschalgebühren normiere das BVergG keinen Zeitpunkt, zu dem dieser gestellt werden müsse. Gemäß § 74 Abs. 2 AVG sei der Kostenanspruch so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden könne. Am 27. Juni 2005 brachte die Teilnahmeantragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie aus, dass die von der Auftraggeberin geforderte Promesse keine bedingte Erfüllungsgarantie sei. Durch eine Verbesserung ändere sich in keinsten Weise die Wettbewerbsposition der Einschreiterin, da die Bieter lediglich zu erklären hatten, zu einem späteren Zeitpunkt eine Bankgarantie zu übergeben. Es handle sich daher um einen verbesserbaren Mangel. Die Antragstellerin habe zum Angebot der Teilnahmeantragstellerin lediglich Fragen formuliert. Zum Ersatz der Pauschalgebühren normiere das BVergG keinen Zeitpunkt, zu dem dieser gestellt werden müsse. Gemäß Paragraph 74, Absatz 2, AVG sei der Kostenanspruch so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden könne.

Am 28. Juni 2005 fand eine mündliche Verhandlung statt. Darin legte die Auftraggeberin Nachweise und Unterlagen zu den von der Antragstellerin aufgeworfenen Fragen vor. Die Auftraggeberin schied mit einer Erklärung auf dem Briefpapier ihrer rechtsfreundlichen Vertretung ohne Bezugnahme auf die Vertretungsvollmacht wegen einer Reihe

von der Antragstellerin angebotener, nicht gleichwertiger Produkte aus und übergab ihr dieses Schreiben. Die Antragstellerin führte aus, dass die Auskunft nach § 55 Abs. 1 BVergG zu einem Zeitpunkt nach Angebotsöffnung eingeholt worden sei. Die Ausscheidensentscheidung sei sachlich unrichtig und rechtswidrig. Der Ausscheidung sei vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vorzunehmen. Nach dem Prüfbericht sei das Angebot der Antragstellerin ordnungsgemäß und vollständig. Es bestehe nunmehr ein Widerspruch zwischen der verspäteten Ausscheidensentscheidung, die im Übrigen auch nicht vom Auftraggeber herrühre. Nach der Judikatur des VfGH sei die Antragslegitimation selbst dann gegeben, wenn das Angebot tatsächlich auszuschneiden sei. Die Antragstellerin gab an, dass die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte von einem Konsulenten geprüft worden sei. Das Angebot der Antragstellerin sei deshalb nicht ausgeschieden worden, weil es auch sonst nicht für den Zuschlag in Betracht gekommen wäre. Die Antragstellerin stützte den Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch darauf, dass eine Auskunft nach § 55 weder hinsichtlich des vermeintlichen Bestbieters noch der Subunternehmer vorliege sowie darauf, dass die im Leistungsverzeichnis des vermeintlichen Bestbieters enthaltenen Eignungsnachweise zur Eignung offenkundig nicht vollständig enthalten gewesen seien und dieses Angebot auch aus diesem Grund ausgeschieden werden hätte müssen. Am 28. Juni 2005 fand eine mündliche Verhandlung statt. Darin legte die Auftraggeberin Nachweise und Unterlagen zu den von der Antragstellerin aufgeworfenen Fragen vor. Die Auftraggeberin schied mit einer Erklärung auf dem Briefpapier ihrer rechtsfreundlichen Vertretung ohne Bezugnahme auf die Vertretungsvollmacht wegen einer Reihe von der Antragstellerin angebotener, nicht gleichwertiger Produkte aus und übergab ihr dieses Schreiben. Die Antragstellerin führte aus, dass die Auskunft nach Paragraph 55, Absatz eins, BVergG zu einem Zeitpunkt nach Angebotsöffnung eingeholt worden sei. Die Ausscheidensentscheidung sei sachlich unrichtig und rechtswidrig. Der Ausscheidung sei vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung vorzunehmen. Nach dem Prüfbericht sei das Angebot der Antragstellerin ordnungsgemäß und vollständig. Es bestehe nunmehr ein Widerspruch zwischen der verspäteten Ausscheidensentscheidung, die im Übrigen auch nicht vom Auftraggeber herrühre. Nach der Judikatur des VfGH sei die Antragslegitimation selbst dann gegeben, wenn das Angebot tatsächlich auszuschneiden sei. Die Antragstellerin gab an, dass die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Produkte von einem Konsulenten geprüft worden sei. Das Angebot der Antragstellerin sei deshalb nicht ausgeschieden worden, weil es auch sonst nicht für den Zuschlag in Betracht gekommen wäre. Die Antragstellerin stützte den Nachprüfungsantrag ausdrücklich auch darauf, dass eine Auskunft nach Paragraph 55, weder hinsichtlich des vermeintlichen Bestbieters noch der Subunternehmer vorliege sowie darauf, dass die im Leistungsverzeichnis des vermeintlichen Bestbieters enthaltenen Eignungsnachweise zur Eignung offenkundig nicht vollständig enthalten gewesen seien und dieses Angebot auch aus diesem Grund ausgeschieden werden hätte müssen.

Am 29. Juni 2005 legte die Auftraggeberin die Auszüge aus dem Gewerbeverzeichnis für die Subunternehmer sowie Auskünfte aus der zentralen Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung beim Zollamt Wien betreffend die Teilnehmeantragstellerin sowie die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer vor.

1. 2.Ziffer 2 Sachverhalt

Die Auftraggeberin baut das Rehabilitationszentrum Häring um und erweitert es. Dazu sind im Rahmen der gegenständlichen Ausschreibung Starkstrom- und Schwachstrom-Installationen unter Aufrechterhaltung des Betriebes ausgeschrieben. Geplanter Baubeginn war April 2005. Ende der Arbeiten ist März 2009. Die Arbeiten sollen in vier Bauphasen von April 2005 bis September 2005, November 2005 bis März 2007, Mai 2007 bis November 2008 und Jänner 2009 bis März 2009 erbracht werden. Der geschätzte Auftragswert der ausgeschrieben Leistungen beträgt Euro 5.798.663,00 ohne USt. Der geschätzte Auftragswert des Gesamten Vorhabens beträgt ca. Euro 64 Mio. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Aussage DI Marek in der mündlichen Verhandlung)

Die Vorinformation u.a. zur gegenständlichen Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10. August 2004, 2004/S154-133532, sowie im Amtlichen Lieferungsanzeiger, L179222 bekannt gemacht. Die Vergabebekanntmachung wurde an das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 30. November 2004 abgesandt und erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 4. Dezember 2004, 2004/S237-2040006 sowie im Amtlichen Lieferungsanzeiger, EU204006-2004, L193398 und CM194318. (Unterlagen des Vergabeverfahrens, amtliche Einschau unter www.auftrag.at und ted.publications.eu.int)

Als Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis angegeben. Die Angebotsfrist endete am 26. Jänner 2005, 12.00 Uhr. Die Angebotsöffnung war für 26. Jänner 2005, 16.00 Uhr, in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin vorgesehen.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 3 der Erklärungen des Bieters sieht eine Liste von 25 Personen unter Eintragung von Name, Position innerhalb der Firma, Befähigung (Ausbildung) (ranghöchster Abschluss), Referenzen (Tätigkeitsbereich) und Erfahrung (Berufsjahre) vor.

Nach der Liste ist Folgendes festgelegt:

"(die Eignung des Bieters gilt als nachgewiesen, wenn ? mindestens 5 Personen mit HTL-Abschluss oder Elektromeisterprüfung mindestens 5 Jahre Berufserfahrung bei vergleichbaren Bauvorhaben im Objektbereich sowie ? mindestens 20 weitere Personen mit Lehrabschlussprüfung mindestens 5 Jahre Berufserfahrung (nach Abschluss LAP) im Objektbereich aufweisen.)"

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 18. der Angebotsbestimmungen lautet:

1. "18.Ziffer 18

Eignungsnachweise (Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit)

[...]

(7) Sollten geforderte Eignungsnachweise dem Angebot nicht beiliegen bzw. Formblätter nicht ausgefüllt sein, werden sie durch die ausschreibende Stelle beim Bieter nachgefordert und sind von ihm binnen 7 Tagen nach Einlangen der Aufforderung bei ihm der ausschreibenden Stelle beizubringen.

[...]"

Punkt 19. der Angebotsbestimmungen lautet:

"19. Absichtserklärung für Vertragserfüllungsbürgschaft

(1) Der Bieter hat seinem Angebot eine Absichtserklärung ("Promesse", "Letter of intent") zur Ausstellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft für den Fall der Auftragserteilung in Form einer Bankgarantie über 10 % der Angebotssumme beizuschließen. Die Absichtserklärung hat bis zum Ende der Zuschlagsfrist gültig zu sein." (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Angebotsöffnung fand am 26. Jänner 2005 von 16.00 Uhr bis 16.20 Uhr statt. Bei der Angebotsöffnung lagen vier Angebote vor. Der Angebotspreis des Angebotes der Antragstellerin wurde mit Euro 5.879.326,55 ohne USt, jener des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin mit Euro 5.295.261,78 ohne USt. verlesen. Bei dem Angebot der Teilnahmeantragstellerin ist vermerkt, dass ein unterfertigtes Begleitschreiben und ein weiteres Begleitschreiben beigelegt sind. Als offensichtlicher Mangel ist festgehalten, dass keine Promesse beigelegt war. (Niederschrift über die Angebotseröffnung vom 26. Jänner 2005)

Im Angebot der Teilnahmeantragstellerin sind zwei Subunternehmer genannt. Ein Subunternehmer soll Leistungen im Ausmaß von 4,9 %, ein zweiter im Ausmaß von 7 % der ausgeschriebenen Leistungen erbringen. Insgesamt ist angegeben, dass die Teilnahmeantragstellerin 88,10 % der Leistungen selbst erbringt. Die Firmengrößenerklärung ist vollständig ausgefüllt. In der Liste der beruflichen Befähigung des Unternehmers oder Führungskräfte des Unternehmens, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen sind acht Personen eingetragen. Die Spalten betreffend Referenzen und Erfahrung sind nicht ausgefüllt. Als Personalstärke vor Ort sind 220 Personen angegeben. Bei dem Ausführungspersonal sind Funktion und Anzahl der Mitarbeiter eingetragen. Die Umsatzerklärung ist vollständig ausgefüllt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 3. Februar 2005 forderte die Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring die Teilnahmeantragstellerin auf, ergänzend Eignungsnachweise und eine Absichtserklärung für eine Vertragserfüllungsbürgschaft, eine Promesse, vorzulegen. Für den Wortlaut der geforderten Promesse legte sie ein Muster bei. Die geforderten Eignungsnachweise waren ein Auszug aus dem Firmenbuch, der Nachweis der Gewerbeberechtigung oder Befugnis, die letztgültige Lastschriftanzeige des Finanzamtes, ein letztgültiger Kontoauszug von Sozialversicherungsanstalten und sonstigen Kassen für Sozialbeiträge, ein Ausbildungsnachweis und/oder Bescheinigung über die berufliche Befähigung des Unternehmers oder der Führungskräfte, insbesondere der für die

Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen (siehe insbesondere auch Firmengrößenerklärung S. 10!), ein Strafregistrauszug, sowie eine Erklärung des Unternehmers, in welcher er ausdrücklich seine Zuverlässigkeit, das Nichtzutreffen eines laufenden Insolvenzverfahrens sowie seine strafrechtliche und arbeitsrechtliche Unbescholtenheit bestätigt, sowie eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 %. Die vorzulegenden Nachweise durften nicht älter als drei Monate sein. In diesem Schreiben war auf die Ausscheidenstatbestände nach § 98 Z 1 und 8 BVergG verwiesen. Mit Schreiben vom 9. Februar 2005 kam die Teilnahmeantragstellerin dieser Aufforderung nach und legte einen Firmenbuchauszug, einen Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis für das Gewerbe des Elektrotechnikers, den letzten Kontoauszug des Finanzamtes Wien, eine Unbedenklichkeitsbestätigung der Tiroler Gebietskrankenkasse, Ausbildungsnachweise der Führungskräfte und der für die Bauausführung verantwortlichen Personen, Befähigungsnachweise, Strafregisterbescheinigungen der am Bau verantwortlichen Personen eine Erklärung des Unternehmers über die Zuverlässigkeit, eine Amtsbestätigung, dass kein Insolvenzverfahren anhängig ist, und eine Promesse vor. Diesem Schreiben waren auch eine vollständig ausgefüllte Firmengrößenerklärung, eine Referenzliste Hochbau, eine Referenzliste Krankenhausprojekte und eine Aufgliederung des Personalstandes angeschlossen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens) Mit Schreiben vom 3. Februar 2005 forderte die Generalplanung Rehabilitationszentrum Häring die Teilnahmeantragstellerin auf, ergänzend Eignungsnachweise und eine Absichtserklärung für eine Vertragserfüllungsbürgschaft, eine Promesse, vorzulegen. Für den Wortlaut der geforderten Promesse legte sie ein Muster bei. Die geforderten Eignungsnachweise waren ein Auszug aus dem Firmenbuch, der Nachweis der Gewerbeberechtigung oder Befugnis, die letztgültige Lastschriftanzeige des Finanzamtes, ein letztgültiger Kontoauszug von Sozialversicherungsanstalten und sonstigen Kassen für Sozialbeiträge, ein Ausbildungsnachweis und/oder Bescheinigung über die berufliche Befähigung des Unternehmers oder der Führungskräfte, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen (siehe insbesondere auch Firmengrößenerklärung S. 10!), ein Strafregistrauszug, sowie eine Erklärung des Unternehmers, in welcher er ausdrücklich seine Zuverlässigkeit, das Nichtzutreffen eines laufenden Insolvenzverfahrens sowie seine strafrechtliche und arbeitsrechtliche Unbescholtenheit bestätigt, sowie eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 %. Die vorzulegenden Nachweise durften nicht älter als drei Monate sein. In diesem Schreiben war auf die Ausscheidenstatbestände nach Paragraph 98, Ziffer eins und 8 BVergG verwiesen. Mit Schreiben vom 9. Februar 2005 kam die Teilnahmeantragstellerin dieser Aufforderung nach und legte einen Firmenbuchauszug, einen Auszug aus dem Gewerbeverzeichnis für das Gewerbe des Elektrotechnikers, den letzten Kontoauszug des Finanzamtes Wien, eine Unbedenklichkeitsbestätigung der Tiroler Gebietskrankenkasse, Ausbildungsnachweise der Führungskräfte und der für die Bauausführung verantwortlichen Personen, Befähigungsnachweise, Strafregisterbescheinigungen der am Bau verantwortlichen Personen eine Erklärung des Unternehmers über die Zuverlässigkeit, eine Amtsbestätigung, dass kein Insolvenzverfahren anhängig ist, und eine Promesse vor. Diesem Schreiben waren auch eine vollständig ausgefüllte Firmengrößenerklärung, eine Referenzliste Hochbau, eine Referenzliste Krankenhausprojekte und eine Aufgliederung des Personalstandes angeschlossen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Schreiben vom 1. März 2005 forderte die vergebende Stelle die Teilnahmeantragstellerin zur Vorlage einer Reihe Preisherleitungen, zur technischen Aufklärung und zur Vorlage von Unterlagen zur Überprüfung der technischen Gleichwertigkeit auf. Mit Schreiben vom 14. April 2005 forderte die vergebende Stelle erneut zur Vorlage von Unterlagen auf. Diesen Aufforderungen kam die Teilnahmeantragstellerin jeweils fristgerecht nach. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Angebotsprüfbericht und Vergabevorschlag der vergebenden Stelle vom 4. Mai 2005 ist festgehalten, dass nach erster Durchsicht kein Angebot unbehebbar Mängel aufweist. Die "Nachweise zum Angebot" (Eignungsnachweise) lagen bei keiner Firma vollständig bei. Sie wurden jedoch nach Aufforderung durch die Generalplanung von allen Firmen zur Gänze nachgebracht. Die Angebote aller Firmen sind formal vollständig ausgefüllt. Alle Angebote sind rechnerisch korrekt und vollständig ausgepreist. Die Reihung nach rechnerischer Prüfung ergibt, dass die Teilnahmeantragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro 5.295.261,78 ohne USt. das billigste Angebot gelegt hat, die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von Euro 5.879.326,55 ohne USt. das zweitbilligste. Der Angebotspreis der Teilnahmeantragstellerin ist im Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich niedrig, noch sind zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen ausgewiesen. Es war daher keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Es ist kein Angebot auszuschneiden. Das billigste Angebot ist jenes der Teilnahmeantragstellerin. In der Anlage zu dem Angebotsprüfbericht und Vergabevorschlag finden sich die Anforderungsliste, das Eingangsverzeichnis

der Angebote, das Protokoll der Angebotsöffnung, ein Preisspiegel und Firmenakten der vier Bieter, die den Schriftverkehr während der Angebotsprüfung, Kopien aus dem Angebot und jeweils ein Protokoll über die Prüfung der Angebote enthalten. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In seiner Sitzung vom 24. Mai 2005 beschloss der Verwaltungsausschuss des Vorstandes der Auftraggeberin, die Teilnahmeantragstellerin zu einem Gesamtangebotspreis von Euro 5.295.261,78 ohne USt. zu beauftragen. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax vom 25. Mai 2005 gab die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax und Schreiben vom 31. Mai 2005 ersuchte die Antragstellerin um Bekanntgabe der Merkmale des erfolgreichen Angebotes und der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Weiters wies sie darauf hin, dass der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung kein Hinweis auf die ordnungsgemäße Beschlussfassung über die Zuschlagsentscheidung entsprechend den internen Beschlusserfordernissen der Auftraggeberin zu entnehmen sei. Mit Telefax vom 1. Juni 2005 teilte die vergebende Stelle mit, dass das Angebot der Antragstellerin nicht das Angebot mit dem niedrigsten Preis gewesen sei. Das Vergabeverfahren sei ein Billigstbieterverfahren. Das Angebot mit dem niedrigsten Preis sei jenes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Mit Telefax und Brief vom 1. Juni 2005 verständigte die Antragstellerin die Auftraggeberin von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Mit Telefax vom 2. Juni 2005 verständigte die Antragstellerin die Auftraggeberin von der korrigierten und tatsächlich eingebrachten Fassung des Nachprüfungsantrages. Mit Telefax vom 3. Juni 2005 verständigte die Auftraggeberin alle Bieter von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 28. Juni 2005 übergab der rechtsfreundliche Vertreter der Auftraggeberin ein im eigenen Namen gezeichnetes Schreiben der Antragstellerin, in dem das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin mitgeteilt wurde. Das Ausscheiden wurde auf eine Reihe von technisch nicht gleichwertigen, angebotenen Produkten gestützt. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes; Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005)

Am 29. Juni 2005 legte die Auftraggeberin Nachweise über die Gewerbeberechtigung der Teilnahmeantragstellerin und der von ihr namhaft gemachten Subunternehmer sowie entsprechende Auskünfte aus der zentralen Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung beim Zollamt Wien vor, die keine Bestrafungen gemäß § 28b Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz für die Teilnahmeantragstellerin und die beiden in ihrem Angebot namhaft gemachten Subunternehmer auswies. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes) Am 29. Juni 2005 legte die Auftraggeberin Nachweise über die Gewerbeberechtigung der Teilnahmeantragstellerin und der von ihr namhaft gemachten Subunternehmer sowie entsprechende Auskünfte aus der zentralen Koordinationsstelle des BMF für die Kontrolle der illegalen Ausländerbeschäftigung beim Zollamt Wien vor, die keine Bestrafungen gemäß Paragraph 28 b, Absatz 2, Ausländerbeschäftigungsgesetz für die Teilnahmeantragstellerin und die beiden in ihrem Angebot namhaft gemachten Subunternehmer auswies. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt Euro 10.000,-. Die Teilnahmeantragstellerin bezahlte Pauschalgebühren von Euro 2.500,-. (Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes)

Der Auftrag wurde bisher nicht erteilt. Das Vergabeverfahren wurde nicht widerrufen. (Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die jeweils in Klammern genannten Beweismittel. Diese sind öffentliche Bekanntmachungen, die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens, der Verfahrensakt des Bundesvergabeamtes und unwidersprochen gebliebene Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Zweifel an deren Echtheit traten nicht auf. Ebenso wenig traten Zweifel an deren Richtigkeit auf, weshalb die obigen Feststellungen zu treffen waren.

3. Rechtliche Würdigung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes

Der gegenständliche Auftrag ist in der Ausschreibung als Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, somit als Bauauftrag gemäß § 3 Abs. 1 Z 3 BVergG bezeichnet. Die Teile des Auftrages umfassen auch Tätigkeiten nach Anh. I zum BVergG Position 503.5. Inhaltlich

handelt es sich jedenfalls um Der gegenständliche Auftrag ist in der Ausschreibung als Erbringung einer Bauleistung, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, somit als Bauauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG bezeichnet. Die Teile des Auftrages umfassen auch Tätigkeiten nach Anh. römisch eins zum BVergG Position 503.5. Inhaltlich handelt es sich jedenfalls um

Bautätigkeiten. Der gegenständliche Auftrag ist daher ein Bauauftrag iSd § 3 Abs. 1 BVergG Bautätigkeiten. Der gegenständliche Auftrag ist daher ein Bauauftrag iSd Paragraph 3, Absatz eins, BVergG.

Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG, die nach Art. 14b Abs. 2 Z 1 lit. d BVergG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach § 135 Abs. 2 BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt. Die Auftraggeberin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts. Ihre Tätigkeit ist die Erbringung von Sozialversicherungsleistungen. Sie ist als Selbstverwaltungskörperschaft voll rechtsfähig und unterliegt der Aufsicht des Bundes. Sie ist daher Auftraggeberin nach Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, die nach Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera d, BVergG in den Vollziehungsbereich des Bundes und nach Paragraph 135, Absatz 2, BVergG unter die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung von Vergabeverfahren fällt.

Der gegenständliche Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 5.798.663,00 ohne USt., das Gesamtvorhaben hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 64 Mio. ohne USt. Der Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG wird daher bei weitem überschritten. Nach § 9 Abs. 1 BVergG findet das gegenständliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich statt. Es sind die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG anzuwenden. Der gegenständliche Auftrag hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 5.798.663,00 ohne USt., das Gesamtvorhaben hat einen geschätzten Auftragswert von Euro 64 Mio. ohne USt. Der Schwellenwert nach Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG wird daher bei weitem überschritten. Nach Paragraph 9, Absatz eins, BVergG findet das gegenständliche Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich statt. Es sind die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach Paragraph 16, Absatz eins, BVergG anzuwenden.

3.2 Zulässigkeit des Antrages

Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen zuständig.

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

Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 25. Mai 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 2. Juni 2005 per Telefax sowie am 3. Juni 2005 per Post ein. Die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen betreffend die Zuschlagsentscheidung endete gemäß § 169 Abs. 1 Z 1 lit. c BVergG am 8. Juni 2005. Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach § 166 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 166 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach § 170 Abs. 2 BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG einzuleiten. Der Antragstellerin wurde die Zuschlagsentscheidung am 25. Mai 2005 mitgeteilt. Sie brachte den gegenständlichen Nachprüfungsantrag am 2. Juni 2005 per Telefax sowie am 3. Juni 2005 per Post ein. Die Frist zur Stellung von Nachprüfungsanträgen betreffend die Zuschlagsentscheidung endete gemäß Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG am 8. Juni 2005. Der Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig. Er erfüllt auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 166, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach Paragraph 166, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor. Der Inhalt des Antrages lässt nicht erkennen, dass die behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere

Vergabeverfahren hat. Ganz im Gegenteil ist bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten. Nach Paragraph 170, Absatz 2, BVergG ist daher ein Nachprüfungsverfahren nach Paragraph 163, BVergG einzuleiten.

Hinsichtlich der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten schriftlichen Ausscheidensentscheidung ist anzumerken, dass zweifelhaft ist, ob ihr diese zuzurechnen ist. Das Schreiben selbst enthält keinen Hinweis auf eine in Anspruch genommene Vertretung der Auftraggeberin, sondern ist vom Rechtsvertreter im eigenen Namen unterfertigt. Darüber hinaus ist ein Nachweis über eine entsprechende interne Beschlussfassung der Auftraggeberin betreffend das Ausscheiden des Angebotes nicht ergangen, zumal die Beschlussfassung über die Zuschlagsentscheidung das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin nicht enthalten hat und eine neuerliche Beschlussfassung betreffend das Ausscheiden nicht nachgewiesen ist. Wegen der Abgabe der Ausscheidensentscheidung im Namen des Rechtsvertreters der Auftraggeberin statt unter Berufung und im Namen der Auftraggeberin ist die Ausscheidensentscheidung nicht der Auftraggeberin zuzurechnen. Der Rechtsvertreter der Auftraggeberin führt das Vergabeverfahren nicht. Die Ausscheidensentscheidung ist daher nicht im laufenden Vergabeverfahren erfolgt und für die Beurteilung der Antragslegitimation der Antragstellerin nicht weiter heranzuziehen.

3.3. Parteistellung

Nach § 165 Abs. 2 BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die rechtlichen Interessen der Teilnahmeantragstellerin sind durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes zweifellos berührt. Der Teilnahmeantrag wurde fristgerecht einbracht. Die Frage der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin jedenfalls von entscheidender Bedeutung dafür, ob sie den Auftrag erhält. Der Teilnahmeantrag enthält alle Angaben nach § 168 Abs. 1 BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Teilnahmeantrages nach § 168 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor. Nach Paragraph 165, Absatz 2, BVergG kommt einem Teilnahmeantragsteller Parteistellung im Verfahren zur Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung zu. Die rechtlichen Interessen der Teilnahmeantragstellerin sind durch die Entscheidung des Bundesvergabeamtes zweifellos berührt. Der Teilnahmeantrag wurde fristgerecht einbracht. Die Frage der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ist für die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin jedenfalls von entscheidender Bedeutung dafür, ob sie den Auftrag erhält. Der Teilnahmeantrag enthält alle Angaben nach Paragraph 168, Absatz eins, BVergG. Ein Grund für die Unzulässigkeit des Teilnahmeantrages nach Paragraph 168, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

3.4 Inhaltliche Würdigung - Spruchpunkt I.3.4 Inhaltliche Würdigung - Spruchpunkt römisch eins.

Nach § 81 Abs. 1 BVergG hat sich der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Nach Paragraph 81, Absatz eins, BVergG hat sich der Bieter, sofern nicht ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

Nach § 82 Abs. 1 BVergG sind Angebote vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Nach Paragraph 82, Absatz eins, BVergG sind Angebote vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben.

Nach § 92 Abs. 2 Z 5 BVergG ist im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist. Nach Paragraph 92, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG ist im Einzelnen zu prüfen, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Nach § 94 Abs. 1 BVergG ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Varianten- oder Alternativangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben, oder wenn Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Hierfür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Nach Paragraph 94, Absatz eins, BVergG ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Varianten- oder Alternativangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben, oder wenn Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der

Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Hierfür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

Nach § 94 Abs. 2 BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze gemäß den §§ 21 Abs. 1, 96 und 97 BVergG nicht verletzen. Nach Paragraph 94, Absatz 2, BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze gemäß den Paragraphen 21, Absatz eins, 96 und 97 BVergG nicht verletzen.

Nach § 98 Z 8 BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuschneiden. Nach Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, auszuschneiden.

Nach § 99 Abs. 1 BVergG ist, von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Nach Paragraph 99, Absatz eins, BVergG ist, von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

Nach § 174 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie Nach Paragraph 174, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers unter Bedachtnahme auf die allenfalls in derselben Sache ergangene Empfehlung eines Schlichtungssenates der Bundes-Vergabekontrollkommission mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie

1. 1.Ziffer eins

im Widerspruch zu Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und

2. 2.Ziffer 2

für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Ausschreibung wurde nicht innerhalb der Fristen des § 169 BVergG angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden. Auftraggeberin und Bieter sind daran gebunden. Sie ist der Bewertung der Angebote zugrunde zu legen. Die Ausschreibung wurde nicht innerhalb der Fristen des Paragraph 169, BVergG angefochten. Sie ist daher bestandsfest geworden. Auftraggeberin und Bieter sind daran gebunden. Sie ist der Bewertung der Angebote zugrunde zu legen.

Die Nachreichung der Unterlagen für den Eignungsnachweis entspricht der Vorgangsweise nach Punkt 18 der Ausschreibungsbedingungen. Die Ergänzung der Liste von Mitarbeitern ist die Behebung eines Mangels, der die technische Leistungsfähigkeit, also die Eignung betrifft. Ihre Ergänzung vermag die Wettbewerbsposition der Teilnahmeantragstellerin nicht zu verbessern, da es um die Mindestvoraussetzungen für die Erfüllung des Auftrages geht. Die Nachreichung von technischen Unterlagen dient lediglich der Präzisierung des Angebotes, entspricht der Aufklärungspflicht nach § 94 Abs. 1 BVergG, zumal eine Änderung des Inhaltes des Angebotes dadurch nicht bewirkt wird, und vermag die Bewertung und die Reihung des Angebotes der Antragstellerin nicht zu beeinflussen. Insbesondere tritt keine Änderung des - im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag einzig relevanten - Angebotspreises ein. Die Nachreichung der Unterlagen für den Eignungsnachweis entspricht der Vorgangsweise nach Punkt 18 der Ausschreibungsbedingungen. Die Ergänzung der Liste von Mitarbeitern ist die Behebung eines Mangels, der die technische Leistungsfähigkeit, also die Eignung betrifft. Ihre Ergänzung vermag die Wettbewerbsposition der Teilnahmeantragstellerin nicht zu verbessern, da es um die Mindestvoraussetzungen für die Erfüllung des Auftrages geht. Die Nachreichung von technischen Unterlagen dient lediglich der Präzisierung des Angebotes, entspricht der Aufklärungspflicht nach Paragraph 94, Absatz eins, BVergG, zumal eine Änderung des Inhaltes des Angebotes dadurch nicht bewirkt wird, und vermag die Bewertung und die

Reihung des Angebotes der Antragstellerin nicht zu beeinflussen. Insbesondere tritt keine Änderung des - im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Auswahl des Angebotes für den Zuschlag einzig relevanten - Angebotspreises ein.

Die Auftraggeberin führte offensichtlich die Angebotsprüfung nicht vollständig durch. Sie unterließ es, entsprechend § 55 Abs. 1 BVergG eine Auskunft über allfällige Bestrafungen nach § 28b Ausländerbeschäftigungsgesetz einzuholen, dies sowohl betreffend die Teilnahmeantragstellerin als auch die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer. Durch Vorlage entsprechender Auskünfte wurde die Angebotsprüfung mittlerweile vervollständigt. Nach § 174 Abs. 1 Z 1 BVergG liegt zwar ein Verstoß gegen Bestimmungen des BVergG vor. Dieser vermag jedoch am Ergebnis des Vergabeverfahrens nichts zu ändern. Würde das Bundesvergabeamt die Zuschlagsentscheidung aus diesem Grunde für nichtig erklären, wäre die Angebotsprüfung vervollständigt und die Auftraggeberin könnte sofort eine gleich lautende Zuschlagsentscheidung treffen. Am Ausgang des Vergabeverfahrens würde sich nichts ändern. Der in § 174 Abs. 1 Z 2 BVergG geforderte wesentliche Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens liegt daher nicht vor und eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung aus diesem Grunde scheidet aus (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhman/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], § 174 Rz 14). Die Auftraggeberin führte offensichtlich die Angebotsprüfung nicht vollständig durch. Sie unterließ es, entsprechend Paragraph 55, Absatz eins, BVergG eine Auskunft über allfällige Bestrafungen nach Paragraph 28 b, Ausländerbeschäftigungsgesetz einzuholen, dies sowohl betreffend die Teilnahmeantragstellerin als auch die von ihr namhaft gemachten Subunternehmer. Durch Vorlage entsprechender Auskünfte wurde die Angebotsprüfung mittlerweile vervollständigt. Nach Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG liegt zwar ein Verstoß gegen Bestimmungen des BVergG vor. Dieser vermag jedoch am Ergebnis des Vergabeverfahrens nichts zu ändern. Würde das Bundesvergabeamt die Zuschlagsentscheidung aus diesem Grunde für nichtig erklären, wäre die Angebotsprüfung vervollständigt und die Auftraggeberin könnte sofort eine gleich lautende Zuschlagsentscheidung treffen. Am Ausgang des Vergabeverfahrens würde sich nichts ändern. Der in Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG geforderte wesentliche Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens liegt daher nicht vor und eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung aus diesem Grunde scheidet aus (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhman/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005], Paragraph 174, Rz 14).

Punkt 19. der Ausschreibungsbedingungen fordert eine Promesse. Dabei handelt es sich um eine Absichtserklärung einer Bank für den Fall, dass der Bieter den Zuschlag erhält, eine Vertragserfüllungsgarantie in der Höhe von 10 % der Angebotssumme zu übernehmen. Eine Promesse ist noch keine Vertragserfüllungsgarantie. Sie stellt keine der in § 20 Z 29 BVergG genannten Sicherstellungen dar. Punkt 19. der Ausschreibungsbedingungen fordert eine Promesse. Dabei handelt es sich um eine Absichtserklärung einer Bank für den Fall, dass der Bieter den Zuschlag erhält, eine Vertragserfüllungsgarantie in der Höhe von 10 % der Angebotssumme zu übernehmen. Eine Promesse ist noch keine Vertragserfüllungsgarantie. Sie stellt keine der in Paragraph 20, Ziffer 29, BVergG genannten Sicherstellungen dar.

Dem Angebot der Teilnahmeantragstellerin, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, lag die in Punkt 19. der Ausschreibungsbedingungen geforderte Promesse nicht bei. Insofern wich sie von den Vorschriften für die Erstellung von Angeboten nach §§ 81 Abs. 1 und 82 Abs. 1 BVergG ab. Die Auftraggeberin kam der Prüfpflicht nach § 92 Abs. 2 Z 5 BVergG nach und forderte sie entsprechend § 94 Abs. 1 BVergG zur Verbesserung auf, der die Teilnahmeantragstellerin auch nachkam. Dem Angebot der Teilnahmeantragstellerin, der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, lag die in Punkt 19. der Ausschreibungsbedingungen geforderte Promesse nicht bei. Insofern wich sie von den Vorschriften für die Erstellung von Angeboten nach Paragraphen 81, Absatz eins und 82 Absatz eins, BVergG ab. Die Auftraggeberin kam der Prüfpflicht nach Paragraph 92, Absatz 2, Ziffer 5, BVergG nach und forderte sie entsprechend Paragraph 94, Absatz eins, BVergG zur Verbesserung auf, der die Teilnahmeantragstellerin auch nachkam.

"Eine exakte Unterscheidung zw den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten ist nicht möglich" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 144, in diesem Sinne auch Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 403)."Eine exakte Unterscheidung zw den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten ist nicht möglich" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 144, in diesem Sinne auch Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 403).

Die Formulierung von Punkt 19 der Ausschreibungsbedingungen ist so weit eindeutig, dass eine Promesse dem

Angebot anzuschließen war.

"Ein Widerspruch liegt vor, wenn sich aus dem Angebot u den Ausschreibungsunterlagen unterschiedliche Rechtsfolgen ableiten lassen" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 145). "Ein Widerspruch liegt vor, wenn sich aus dem Angebot u den Ausschreibungsunterlagen unterschiedliche Rechtsfolgen ableiten lassen" (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 145).

Da das Angebot im offenen Verfahren so gestaltet sein muss, dass es durch einfache Erklärung des Auftraggebers zum Vertragsinhalt werden kann (Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005], 266), ist die Frage unterschiedlicher Rechtsfolgen zweifellos von erheblicher Bedeutung. Ein Widerspruch muss daher Auswirkungen auf den möglichen Vertragsinhalt haben. Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzung handelt es sich beim Fehlen der Promesse nicht um einen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen, da die Beilage oder Nichtbeilage keine Rechtsfolgen im Hinblick auf einen möglichen Vertragsabschluss zeitigt. Es ist vielmehr von einer Unvollständigkeit des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin auszugehen (in diesem Sinne Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 84). Da das Angebot im offenen Verfahren so gestaltet sein muss, dass es durch einfache Erklärung des Auftraggebers zum Vertragsinhalt werden kann (Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005], 266), ist die Frage unterschiedlicher Rechtsfolgen zweifellos von erheblicher Bedeutung. Ein Widerspruch muss daher Auswirkungen auf den möglichen Vertragsinhalt haben. Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzung handelt es sich beim Fehlen der Promesse nicht um einen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen, da die Beilage oder Nichtbeilage keine Rechtsfolgen im Hinblick auf einen möglichen Vertragsabschluss zeitigt. Es ist vielmehr von einer Unvollständigkeit des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin auszugehen (in diesem Sinne Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 84).

Wenn jedoch die Antragstellerin aus der Verbesserungsmöglichkeit in Punkt 18 Absatz 7 der Ausschreibungsbedingungen den Umkehrschluss zieht, dass bei anderen geforderten Beilagen und Nachweisen, insbesondere der Promesse eine Verbesserung ausgeschlossen ist, ist zu berücksichtigen, dass Punkt 18 Absatz 7 der Ausschreibungsbedingungen die Eignungsnachweise betrifft. Hinsichtlich der Eignung legt § 52 Abs. 5 Z 1 BVergG für das offene Verfahren fest, dass diese zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein muss. Hinsichtlich der Nachweise regelt das BVergG lediglich die zulässigen Formen, nicht jedoch den Zeitpunkt des Vorliegens. Ganz im Gegenteil räumt § 52 Abs. 3 BVergG Auftraggebern ausdrücklich die Möglichkeit ein, binnen einer angemessenen Frist erforderliche Nachweise für die Eignung nachzufordern. Die Nichtvorlage von Eignungsnachweisen wird regelmäßig nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen können, da der Beurteilungszeitpunkt für das Vorliegen der Eignung nach § 52 Abs. 5 BVergG feststeht und die vorzulegenden Unterlagen auf diesen Zeitpunkt bezogen sein müssen, gleichgültig wann sie vorgelegt werden. Die vorgesehene Verbesserungsmöglichkeit entspricht somit auch dem Grundsatz, dass der Auftraggeber nicht selbst Ausscheidensgründe über den taxativen Katalog des § 98 hinaus festlegen darf (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 158 mwN). Dieser Grundsatz ist auch für die Auslegung der Ausschreibung nach § 914 ABGB von Bedeutung. Der Ausschreibung darf nämlich im Zweifel keinesfalls ein vergaberechtswidriger Inhalt beigemessen werden. Weiters spricht auch die Zweifelsregel des § 915 ABGB gegen eine sofortige Ausscheidenssanktion, da die zweifelhafte Formulierung zu Lasten dessen geht, der sich ihrer bedient. Die Ausschreibungsunterlagen wurden von der Auftraggeberin erstellt. Daher ist im Zweifel die für die Bieter günstigere Auslegung zu wählen. Für die Frage des sofortigen Ausscheidens ohne Verbesserungsmöglichkeit ist aus dem Vergleich von Punkt 18 Absatz 7 und Punkt 19 der Ausschreibungsbedingungen für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Eine sofortige Ausscheidenssanktion ist in der gegenständlichen Ausschreibung auch nicht vorgesehen. Die Frage der Verbesserbarkeit des Wenn jedoch die Antragstellerin aus der Verbesserungsmöglichkeit in Punkt 18 Absatz 7 der Ausschreibungsbedingungen den Umkehrschluss zieht, dass bei anderen geforderten Beilagen und Nachweisen, insbesondere der Promesse eine Verbesserung ausgeschlossen ist, ist zu berücksichtigen, dass Punkt 18 Absatz 7 der Ausschreibungsbedingungen die Eignungsnachweise betrifft. Hinsichtlich der Eignung legt Paragraph 52, Absatz 5, Ziffer eins, BVergG für das offene Verfahren fest, dass diese zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein muss. Hinsichtlich der Nachweise regelt das BVergG lediglich die zulässigen Formen, nicht jedoch den Zeitpunkt des Vorliegens. Ganz im Gegenteil räumt Paragraph 52, Absatz 3, BVergG Auftraggebern ausdrücklich die Möglichkeit ein, binnen einer angemessenen Frist

erforderliche Nachweise für die Eignung nachzufordern. Die Nichtvorlage von Eignungsnachweisen wird regelmäßig nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen können, da der Beurteilungszeitpunkt für das Vorliegen der Eignung nach Paragraph 52, Absatz 5, BVergG feststeht und die vorzulegenden Unterlagen auf diesen Zeitpunkt bezogen sein müssen, gleichgültig wann sie vorgelegt werden. Die vorgesehene Verbesserungsmöglichkeit entspricht somit auch dem Grundsatz, dass der Auftraggeber nicht selbst Ausscheidensgründe über den taxativen Katalog des Paragraph 98, hinaus festlegen darf (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 158 mwN). Dieser Grundsatz ist auch für die Auslegung der Ausschreibung nach Paragraph 914, ABGB von Bedeutung. Der Ausschreibung darf nämlich im Zweifel keinesfalls ein vergaberechtswidriger Inhalt beigemessen werden. Weiters spricht auch die Zweifelsregel des Paragraph 915, ABGB gegen eine sofortige Ausscheidenssanktion, da die zweifelhafte Formulierung zu Lasten dessen geht, der sich ihrer bedient. Die Ausschreibungsunterlagen wurden von der Auftraggeberin erstellt. Daher ist im Zweifel die für die Bieter günstigere Auslegung zu wählen. Für die Frage des sofortigen Ausscheidens ohne Verbesserungsmöglichkeit ist aus dem Vergleich von Punkt 18 Absatz 7 und Punkt 19 der Ausschreibungsbedingungen für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Eine sofortige Ausscheidenssanktion ist in der gegenständlichen Ausschreibung auch nicht vorgesehen. Die Frage der Verbesserbarkeit des

Mangels

der Unvollständigkeit des Angebotes ist daher aus der Ausschreibung alleine nicht zu beantworten.

"Insbesondere bei einem Gegensatz zu Formalvorgaben der Ausschreibung erscheint ein kategorischer Ausschluss jeglicher Verbesserungsmöglichkeit angesichts der Ausführungen des VwGH als nicht vertretbar." (Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht2 [2005] 403)

Verbesserbar sind nach Aicher (Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes [1985] 111) nur jene Mängel, "die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen". Kropik betrachtet die Behebung eines Mangels nur dann als zulässig, wenn ein zivilrechtliches Angebot vorliegt, sowie durch die Mängelbehebung weder Wert noch Preis der angebotenen Leistung modifiziert und die zur Leistungserbringung aufzuwendenden Kosten nur in einem unwesentlichen Ausmaß

geändert

werden. Die zwingenden Ausschlussbestimmungen sind einzuhalten, der ursprüngliche Angebotswille darf nicht verloren gehen, die Vergabegrundsätze dürfen nicht verletzt werden und die Mängelbehebung muss eindeutig, transparent und nachvollziehbar sein (Kropik, Mängel im Angebot [2001] 66). Schramm geht nur dann von einem behebbaren Mangel aus, wenn zwar eine Wert- oder Preisänderung eintritt, es jedoch zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung kommt (Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in Schramm/Aicher, Vergaberecht und PPP [2004] 45). Der VwGH hat ausgesprochen, dass "bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebaren Mängeln darauf abzustellen [ist], ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter materiell verbessert würde". Eine andere Sicht könnte nur dann geboten sein, "wenn durch eine Mängelbehebung eine "wenn auch nur mittelbare" materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung insofern eintreten würde, als damit nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten", oder ein derartiger formaler Mangel vorliegt, "dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden könne" (VwGH 25.2.2004,

2003/04/0186 = RPA 2004/92 [Latzenhofer] = ZVB 2004, 189

[Gruber] = RdW 2004/317, 345 [Öhler]). "Ein behebbarer Mangel

liegt daher dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] § 98 Rz 153) liegt daher dann vor, wenn es durch die Mängelbehebung zu keiner Änderung der Bewertung unter den Zuschlagskriterien kommt, auch wenn mit der Mängelbehebung eine Wert- oder Preisänderung verbunden ist. Dies deckt sich mit der Rsp des VwGH, der darauf

abstellt, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) materiell verbessert würde." (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Paragraph 98, Rz 153)

Die Vorlage einer Promesse ist nun keine Frage, die den Angebotspreis unmittelbar beeinflusst. Ebenso wenig ist sie bei der Auswahl des Angebots für den Zuschlag von Bedeutung. Da der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll, kann sie im Rahmen von Zuschlagskriterien auch nicht berücksichtigt werden. Die Vorlage der Promesse betrifft - unabhängig von der Verbesserbarkeit bei Nichtvorlage - ausschließlich die Frage der Vollständigkeit des Angebotes, also die Frage, ob das Angebot für den Kreis jener Angebote, aus denen nach § 99 Abs. 1 BVergG das Angebot für den Zuschlag ausgewählt wird, überhaupt in Frage kommt. Die Vorlage einer Promesse ist nun keine Frage, die den Angebotspreis unmittelbar beeinflusst. Ebenso wenig ist sie bei der Auswahl des Angebots für den Zuschlag von Bedeutung. Da der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll, kann sie im Rahmen von Zuschlagskriterien auch nicht berücksichtigt werden. Die Vorlage der Promesse betrifft - unabhängig von der Verbesserbarkeit bei Nichtvorlage - ausschließlich die Frage der Vollständigkeit des Angebotes, also die Frage, ob das Angebot für den Kreis jener Angebote, aus denen nach Paragraph 99, Absatz eins, BVergG das Angebot für den Zuschlag ausgewählt wird, überhaupt in Frage kommt.

Nach Angaben der Antragstellerin hat sie für die Promesse für die Dauer der Angebotsfrist ein Entgelt von Euro 1.937,45 entrichtet. Nach Angaben der Auftraggeberin beträgt die Ersparnis durch die verspätete Entrichtung ca. Euro 132,-. Bei Nichtbezahlung dieses Betrags genießt die Teilnahmeantragstellerin nach Ansicht der Antragstellerin einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Mitbieter. Dieser Betrag stellt jedoch unabhängig davon, ob man den Angaben zu den Kosten der Antragstellerin oder der Auftraggeberin folgt, angesichts der Angebotssummen von über Euro 5 Mio. und dem Preisunterschied ohne USt. zwischen dem erstgereihten und dem zweitgereihten Angebot von Euro 584.064,77 eine vernachlässigbare Größe dar. Zweifellos ist dieser Betrag bei der Kalkulation zu berücksichtigen. Einen bemerkbaren Wettbewerbsvorteil kann die Teilnahmeantragstellerin dadurch freilich nicht erzielen. Schließlich musste sie im Zuge der Nachreichung der Promesse ohnedies ein Entgelt dafür entrichten. Auch hat die Mängelbehebung weder Einfluss auf den Angebotspreis noch auf die Reihung der Angebote. Die Auftraggeberin war daher zur Aufforderung zur Mängelbehebung verpflichtet (Madl, Sofortiges Ausscheiden formal nicht entsprechender Angebote?, ZVB 2005, 74).

Es handelt sich daher um einen behebbaren Mangel, der auch fristgerecht behoben wurde. Der Ausscheidensgrund des § 98 Z 8 BVergG liegt daher nicht vor. Es handelt sich daher um einen behebbaren Mangel, der auch fristgerecht behoben wurde. Der Ausscheidensgrund des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG liegt daher nicht vor.

Gemäß § 59 Abs. 1 AVG sind die Gegenanträge als mit dem Spruch in der Hauptsache miterledigt anzusehen. Gemäß Paragraph 59, Absatz eins, AVG sind die Gegenanträge als mit dem Spruch in der Hauptsache miterledigt anzusehen.

3.5 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkte II. und III. 3.5 Zum Ersatz der Pauschalgebühr - Spruchpunkte römisch zwei. und römisch drei.

Nach § 177 Abs. 5 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 177 Abs. 1 oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner. Nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 177, Absatz eins, oder 3 BVergG entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner.

Nach § 74 Abs. 2 AVG legt fest, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden. Nach Paragraph 74, Absatz 2, AVG legt fest, dass, inwiefern einem Beteiligten ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, die Verwaltungsvorschriften bestimmen. Der Kostenersatzanspruch ist so zeitgerecht zu stellen, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Die Höhe der zu ersetzenden Kosten wird von der Behörde bestimmt und kann von dieser auch in einem Bauschbetrag festgesetzt werden.

§ 177 Abs. 5 BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA

13.5.2005,# 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs. 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus § 74 Abs. 2 AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind.Paragraph 177, Absatz 5, BVergG stellt nun eine solche Verwaltungsvorschrift dar (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092; BVA 13.5.2005,# 04N-17/05-19 [verstärkter Senat]; BVA 17.5.2005, 04N-17/05-50; BVA 20.5.2005, 17N-23/05-42; Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004, 102 ff). Daher ist das Bundesvergabeamt für die Entscheidung über den Ersatz der Pauschalgebühr zuständig. Aus Paragraph 74, Absatz 2, AVG ergibt sich, dass diese Entscheidung möglichst in dem Bescheid zu treffen ist, in dem über den Antrag entschieden wird, für den die Kosten entstanden sind.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe Euro 5.000,-- für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Nachprüfungsantrag, präzisiert noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt weist in Spruchpunkt I. dieses Bescheides den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ab. Sie hat daher nicht obsiegt. Ein Ersatz der Pauschalgebühr findet nicht statt.Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe Euro 5.000,-- für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Sie hat den Antrag auf Ersatz der Gebühren zusammen mit dem Nachprüfungsantrag, präzisiert noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt weist in Spruchpunkt römisch eins. dieses Bescheides den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung ab. Sie hat daher nicht obsiegt. Ein Ersatz der Pauschalgebühr findet nicht statt.

Die Teilnahmeantragstellerin beantragte den Ersatz der

Pauschalgebühr zwar nach Einbringung des Teilnahmeantrages jedoch noch vor Erlassung des gegenständlichen Bescheides und damit rechtzeitig. Ihr Antrag war auf Zurück-, in eventu Abweisung des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrages gerichtet. Antragsgegnerin war daher in diesem Zusammenhang die Antragstellerin des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrages. Die Teilnahmeantragstellerin hat mit ihrem Antrag obsiegt. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher statt.

Dokumentnummer

VERGT_20050705_17N_54_05_47_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