

TE Verg Bescheid 2004/10/1 06N-84/04-22

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.10.2004

Norm

BVergG 2002 §20 Z42

BVergG 2002 §91 Abs2 Z4

BVergG 2002 §93

BVergG 2002 §98 Z3

BVergG 2002 §98 Z5

BVergG 2002 §100 Abs1

BVergG 2002 §162ff

BVergG 2002 §177

AVG §74 Abs1

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
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 ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 6, Dr. Roland Katary, und zwar gemäß § 154 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz 2002 BGBl. I Nr. 2002/99 (BVergG) als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs 2 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Analytikleistungen - Ergänzende Untersuchungen F*** Deponie" des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stubenbastei 5, 1010 Wien, eingeleitet über Antrag vom 3. September 2004, verbessert eingelangt am 6. September 2004, der ARGE AB***, A***, B***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 6, Dr. Roland Katary, und zwar gemäß Paragraph 154, Absatz eins, Ziffer eins, Bundesvergabegesetz 2002 BGBl. römisch eins Nr. 2002/99 (BVergG) als einzelnes Mitglied, im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Analytikleistungen - Ergänzende Untersuchungen F*** Deponie" des Auftraggebers

Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, Stubenbastei 5, 1010 Wien, eingeleitet über Antrag vom 3. September 2004, verbessert eingelangt am 6. September 2004, der ARGE AB***, A***, B***, vertreten durch X***, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Dem Antrag der AB***, A***, B***, auf Nichtigerklärung:

"Das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung des Auftraggebers, dass der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren an die P*** erfolgen wird, wegen Rechtswidrigkeit aufheben und für nichtig erklären", wird stattgegeben.

Im Vergabeverfahren "Analytikleistungen - Ergänzende Untersuchungen F*** Deponie" wird die am 17.8.2004 an die Bieter abgesendete Entscheidung des Auftraggebers, der P*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: § 20 Z 42, § 91 Abs 2 Z 4, § 93, § 98 Z 3 und Z 5, § 100 Abs 1, § 162ff BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 20, Ziffer 42,, Paragraph 91, Absatz 2, Ziffer 4,, Paragraph 93,, Paragraph 98, Ziffer 3 und Ziffer 5,, Paragraph 100, Absatz eins,, Paragraph 162 f, f, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der AB***, A***, B***, "das Bundesvergabeamt möge den Auftraggeber verpflichten, die Kosten der Antragstellerin für dieses Verfahren dieser zur Handen derer Vertreter zu ersetzen", wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 177 BVergG, § 74 Abs 1 und 2 AVGR
Rechtsgrundlage: Paragraph 177, BVergG, Paragraph 74, Absatz eins und 2 AVG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Die Antragstellerin stellte am 3. September 2004, verbessert eingelangt gemäß § 13 Abs 3 AVG am 6. September 2004, neben den in den Spruchpunkten I. und II. ersichtlichen Begehren den Eventualantrag auf Feststellung, "dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die P*** durch den Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren rechtswidrig ist." Die Antragstellerin stellte am 3. September 2004, verbessert eingelangt gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG am 6. September 2004, neben den in den Spruchpunkten römisch eins. und römisch zwei. ersichtlichen Begehren den Eventualantrag auf Feststellung, "dass die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die P*** durch den Auftraggeber im gegenständlichen Vergabeverfahren rechtswidrig ist."

Dazu brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor:

Der Hauptantrag richte sich gegen die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 17. August 2004 im Vergabeverfahren "Analytikleistungen - Ergänzende Untersuchungen F*** Deponie", die bei der Antragstellerin am 20. August 2004 postalisch eingelangt sei. Der Auftraggeber, nämlich das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft habe, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, dieser vertreten durch die Abteilung Wasserwirtschaft des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung, hätte ein offenes Verfahren zur Beschaffung von Untersuchungsleistungen nach § 13 ALSAG ausgeschrieben. Die Antragstellerin hätte ihr Angebot mit Begleitschreiben am 27.5.2004 anforderungsgemäß und rechtzeitig eingereicht. Nachdem das vom Amt der NÖ Landesregierung mit der Angebotsprüfung beauftragte Umweltbundesamt mit Schreiben vom 14.6.2004 für die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin um die Übermittlung weiterer Unterlagen ersucht gehabt hätte, habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.6.2004 die geforderten Unterlagen direkt an das Umweltbundesamt gesendet und schließlich am 9.7.2004 zusätzlich noch eine weitere Übersicht über Pumpversuche der Antragstellerin in den vergangenen Jahren übermittelt. Mit Schreiben vom 17.8.2004, bei der Antragstellerin eingelangt am 20.8.2004, hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der P*** mit einer Bruttoangebotssumme von EUR 46.044,77 (vom Auftraggeber am 24.8.2004 auf EUR 55.253,73 korrigiert) bekannt gegeben. Unter einem wäre der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot auf Grund der Bewertung für einen Zuschlag nicht in Frage käme. Über Aufforderung gemäß § 100 Abs 3 BVergG wäre am 30.8.2004 eine Mitteilung gemäß § 100 Abs 4 BVergG übermittelt worden (allerdings unmittelbar an Dipl.-Ing. Dr. A***), wobei ein Auszug aus dem Prüfbericht hinsichtlich der Bewertung des eigenen Angebotes beigegeben gewesen wäre. Aus

diesem Auszug ginge hervor, dass das Angebot der Antragstellerin deshalb ausgeschieden worden wäre, da dieses gemäß § 98 Z 3 und Z 5 BVergG keine plausible Zusammensetzung der Einheitspreise wesentlicher Leistungspositionen sowie eine nicht nachvollziehbare Preisgestaltung beinhalten würde. Der Hauptantrag richte sich gegen die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 17. August 2004 im Vergabeverfahren "Analytikleistungen - Ergänzende Untersuchungen F*** Deponie", die bei der Antragstellerin am 20. August 2004 postalisch eingelangt sei. Der Auftraggeber, nämlich das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft habe, vertreten durch den Landeshauptmann von Niederösterreich, dieser vertreten durch die Abteilung Wasserwirtschaft des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung, hätte ein offenes Verfahren zur Beschaffung von Untersuchungsleistungen nach Paragraph 13, ALSAG ausgeschrieben. Die Antragstellerin hätte ihr Angebot mit Begleitschreiben am 27.5.2004 anforderungsgemäß und rechtzeitig eingereicht. Nachdem das vom Amt der NÖ Landesregierung mit der Angebotsprüfung beauftragte Umweltbundesamt mit Schreiben vom 14.6.2004 für die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin um die Übermittlung weiterer Unterlagen ersucht gehabt hätte, habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 24.6.2004 die geforderten Unterlagen direkt an das Umweltbundesamt gesendet und schließlich am 9.7.2004 zusätzlich noch eine weitere Übersicht über Pumpversuche der Antragstellerin in den vergangenen Jahren übermittelt. Mit Schreiben vom 17.8.2004, bei der Antragstellerin eingelangt am 20.8.2004, hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der P*** mit einer Bruttoangebotssumme von EUR 46.044,77 (vom Auftraggeber am 24.8.2004 auf EUR 55.253,73 korrigiert) bekannt gegeben. Unter einem wäre der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot auf Grund der Bewertung für einen Zuschlag nicht in Frage käme. Über Aufforderung gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG wäre am 30.8.2004 eine Mitteilung gemäß Paragraph 100, Absatz 4, BVergG übermittelt worden (allerdings unmittelbar an Dipl.-Ing. Dr. A***), wobei ein Auszug aus dem Prüfbericht hinsichtlich der Bewertung des eigenen Angebotes beigegeben gewesen wäre. Aus diesem Auszug ginge hervor, dass das Angebot der Antragstellerin deshalb ausgeschieden worden wäre, da dieses gemäß Paragraph 98, Ziffer 3 und Ziffer 5, BVergG keine plausible Zusammensetzung der Einheitspreise wesentlicher Leistungspositionen sowie eine nicht nachvollziehbare Preisgestaltung beinhalten würde.

Tatsächlich lägen die geltend gemachten Ausscheidensgründe jedoch nicht vor, sodass das Angebot zu Unrecht ausgeschieden worden wäre. Insgesamt sei die Kalkulation nämlich nachvollziehbar, plausibel und rechtmäßig sowie ausschreibungskonform, gleichzeitig aber kostengünstig erfolgt. So wären auch die Positionen 1.3., 2.1. Baustelleneinrichtung, 2.2. Auf- und Abbau Einrichtung, 2.3. bis 2.6. Durchführung der Pumpversuche, 2.7. Adaptierung des Probennameplans sowie 2.8. Dokumentation der Pumpversuche rechtmäßig und ordnungsgemäß kalkuliert worden. Der Auftraggeber hätte es rechtswidriger Weise unterlassen, mit der Antragstellerin die bemängelten, vom Umweltbundesamt tatsächlich aber falsch bewerteten Positionen zu erörtern. Das Angebot der Antragstellerin garantiere durch die langjährige Erfahrung der Antragstellerin auf dem Gebiet der Umwelttechnik eine hervorragende Qualität und Verlässlichkeit. Es handle sich bei der Antragstellerin um eine in Fachkreisen bekannte Firma, die im Bereich der Probennamen seit Jahren in ganz Österreich führend tätig wäre.

Das Interesse am Vertragsabschluss bestehe jedenfalls schon darin, dass die Antragstellerin ihre Geschäftstätigkeit vorwiegend im ausgeschriebenen Betätigungsfeld entfalte und seit vielen Jahren auf diesem Gebiet führend in Österreich tätig sei. Insgesamt wäre das subjektive Recht auf rechtsrichtige Anwendung des BVergG 2002 sowie das Recht auf ordentliche und gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens im Sinne dieses Gesetzes verletzt. Darüber hinaus käme es zu einer Verletzung der subjektiven Rechte der Antragstellerin, im Sinne des § 99 Abs 1 BVergG als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten, nicht zu Unrecht gemäß § 98 Z 3 und Z 5 ausgeschieden zu werden sowie des Rechtes, dass der Auftraggeber bzw dessen Vertreter im Sinne des § 97 BVergG Aufklärungsgespräche und Erörterungen durchzuführen habe. Insgesamt betrachtet wäre es bei Beachtung der Bestimmungen des BVergG nicht zu den das Ausscheiden der Antragstellerin begründenden Feststellungen im Prüfbericht gekommen. Es hätte sich vielmehr heraus gestellt, dass die Antragstellerin Bestbieter sei. Für den Fall der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die P*** würde der Antragstellerin jedenfalls ein Schaden drohen, der sich aus frustrierten Teilnahmekosten, dem Entgang eines Referenzprojektes und entgangenem Gewinn zusammensetzen würde (Dazu hat die Antragstellerin eine detaillierte Aufstellung über die einzelnen Positionen vorgelegt). Das Interesse am Vertragsabschluss bestehe jedenfalls schon darin, dass die Antragstellerin ihre Geschäftstätigkeit vorwiegend im ausgeschriebenen Betätigungsfeld entfalte und seit vielen Jahren auf diesem Gebiet führend in Österreich tätig sei. Insgesamt wäre das subjektive Recht auf rechtsrichtige Anwendung des BVergG 2002 sowie das Recht auf ordentliche und gesetzmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens im Sinne dieses Gesetzes verletzt. Darüber hinaus käme es zu einer Verletzung der subjektiven

Rechte der Antragstellerin, im Sinne des Paragraph 99, Absatz eins, BVergG als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten, nicht zu Unrecht gemäß Paragraph 98, Ziffer 3 und Ziffer 5, ausgeschieden zu werden sowie des Rechtes, dass der Auftraggeber bzw dessen Vertreter im Sinne des Paragraph 97, BVergG Aufklärungsgespräche und Erörterungen durchzuführen habe. Insgesamt betrachtet wäre es bei Beachtung der Bestimmungen des BVergG nicht zu den das Ausscheiden der Antragstellerin begründenden Feststellungen im Prüfbericht gekommen. Es hätte sich vielmehr heraus gestellt, dass die Antragstellerin Bestbieter sei. Für den Fall der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an die P*** würde der Antragstellerin jedenfalls ein Schaden drohen, der sich aus frustrierten Teilnahmekosten, dem Entgang eines Referenzprojektes und entgangenem Gewinn zusammensetzen würde (Dazu hat die Antragstellerin eine detaillierte Aufstellung über die einzelnen Positionen vorgelegt).

1. 2.Ziffer 2

Der Auftraggeber erteilte in seiner Stellungnahme vom 7. September 2004 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber wäre die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, wobei als vertretende Stelle das Amt der NÖ Landesregierung auftreten würde. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich mit dem CPV Code 742000000-1 und einem geschätzten Auftragswert von EUR 125.000,00. Das Verfahren wäre als offenes Verfahren nach dem Bestbieterprinzip durchgeführt und am 4.5.2004 in Österreich bekannt gemacht worden. Die Angebotsöffnung hätte am 27.5.2004 stattgefunden, die Zuschlagsentscheidung wäre am 17.8.2004 ergangen. Das Ausscheiden der Antragstellerin wäre am 30.8.2004 per Telefax mitgeteilt worden.

In einer weiteren Stellungnahme vom 13.9.2004 bestätigte der Auftraggeber im Wesentlichen den von der Antragstellerin dargestellten Sachverhalt, das Vorliegen von Rechtswidrigkeiten wurde allerdings bestritten. Zum Ablauf der vertieften Angebotsprüfung hielt der Auftraggeber fest, dass mit Schreiben des Umweltbundesamtes vom 14.6.2004 die Antragstellerin um Übermittlung von Kalkulationsgrundlagen für die Leistungspositionen 1.3 und 2.1 bis 2.8 sowie der SOP (Standardverfahrensanweisung) für die Durchführung und Dokumentation der Pumpversuche ersucht worden wäre. Dabei hätte sich dass Umweltbundesamt ausdrücklich auf den Punkt 1.14 der Ausschreibung (sowie des Angebotes) bezogen, wobei diese Bestimmung nähere Festlegungen zur vertieften Angebotsprüfung treffen würde. Aus der Bezugnahme auf die genannte Bestimmung würde sich eindeutig ergeben, dass das Angebot eines Bieters, der keine nachvollziehbare Begründung für seine Kalkulation darlegt, aus dem Verfahren auszuschneiden sei. Die Antragstellerin wäre daher verpflichtet gewesen, bereits auf Grund der Aufforderung des Auftraggebers die Kalkulation ihrer Positionspreise zu erklären. Die von der Antragstellerin vorgenommene Beantwortung vom 24.6.2004 habe jedoch ergeben, dass der Angebotspreis unplausibel und nicht nachvollziehbar zusammengesetzt wäre. Es wäre jedenfalls unzutreffend, wenn nunmehr die Antragstellerin die Verpflichtung des Auftraggebers zu weiteren Aufklärungsschritten und zur Ausforschung der Preisplausibilität darlegt.

Unabhängig davon, dass weitere Aufklärungsschritte des Auftraggebers sogar rechtswidrig seien hätten können, erkläre das nunmehr Vorgebrachte das Angebot der Antragstellerin nicht in plausibler und nachvollziehbarer Weise. Kurz gefasst wären bei der Position 1.3 "Erstellung eines Schichtenplans" die angegebene Arbeitszeit und die Kalkulation für diese Art der Leistung um ein Vielfaches zu hoch. Bei der Position 2.1. "Baustelleneinrichtung und -räumung" wäre der angegebene Preis unangemessen hoch. Im Hinblick auf die Einrechnung von Fahrtkosten für Pumpversuche wäre diese Preisposition darüber hinaus auch spekulativ. Bei den Positionen 2.3 bis 2.6 "Pumpversuche" wäre die Kalkulation unangemessen niedrig, unplausibel zusammengesetzt und widerspräche auch der von der Antragstellerin vorgelegten eigenen SOP (Standardverfahrensanweisung). Insgesamt wäre der gesamte Leistungsteil 2. "Pumpversuche" im Hinblick auf den vom Umweltbundesamt geschätzten Auftragswert nicht plausibel dargelegt worden.

Der Auftraggeber hätte ein ordnungsgemäßes Aufklärungsverfahren im Rahmen der Preisprüfung vorgenommen, die Antragstellerin jedoch keine nachvollziehbare Begründung geliefert. Dementsprechend hätte die Antragstellerin nicht nur den Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 3 BVergG, sondern auch den des § 98 Z 5 BVergG verwirklicht. Der Auftraggeber hätte ein ordnungsgemäßes Aufklärungsverfahren im Rahmen der Preisprüfung vorgenommen, die Antragstellerin jedoch keine nachvollziehbare Begründung geliefert. Dementsprechend hätte die Antragstellerin nicht nur den Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG, sondern auch den des Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG verwirklicht.

Schließlich hätte es die Antragstellerin unterlassen, formal und rechtzeitig ihr Ausscheiden zu bekämpfen, sodass aus

der Sicht des Auftraggebers das rechtliche Interesse an der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung fehle.

AUFGRUND DES DURCHGEFÜHRTEN VERFAHRENS WIRD FOLGENDER

ENTSCHEIDUNGSRELEVANTER SACHVERHALT FESTGESTELLT

1. 3.Ziffer 3

Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 4.5.2004 zur Teilnahme am Vergabeverfahren "Analytikleistungen - Ergänzende Untersuchungen F*** Deponie" eingeladen. Das Verfahren wurde als offenes Verfahren mit voriger Bekanntmachung für eine prioritäre Dienstleistung im Sinne des Anhangs III iVm § 4 BVergG ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt jedenfalls weniger als 130.000 SZR. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip im Sinne des § 67 Abs 3 BVergG erfolgen. Anzumerken ist, dass in der Bekanntmachung das Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, als Auftraggeber genannt wurde (behördliche Einschau in www.auftrag.at und Auskunft des Auftraggebers in OZ 8). Der Auftraggeber hat mit Bekanntmachung vom 4.5.2004 zur Teilnahme am Vergabeverfahren "Analytikleistungen - Ergänzende Untersuchungen F*** Deponie" eingeladen. Das Verfahren wurde als offenes Verfahren mit voriger Bekanntmachung für eine prioritäre Dienstleistung im Sinne des Anhangs römisch drei in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert beträgt jedenfalls weniger als 130.000 SZR. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip im Sinne des Paragraph 67, Absatz 3, BVergG erfolgen. Anzumerken ist, dass in der Bekanntmachung das Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, als Auftraggeber genannt wurde (behördliche Einschau in www.auftrag.at und Auskunft des Auftraggebers in OZ 8).

In der Ausschreibungsunterlage, die der Bieter zur Erstellung seines Angebotes zu verwenden hatte, ist im Punkt 1.14 Folgendes geregelt (Einsicht in den Vergabeverfahrensakt):

"Vertiefte Angebotsprüfung

Die für den Zuschlag in Frage kommenden Angebote werden einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen, wenn sie einen aufgrund von Erfahrungswerten zu hohen oder zu niedrigen Gesamtpreis oder zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise aufweisen. Die vertiefte Angebotsprüfung bezieht sich auf das gesamte Angebot. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass alle ausgewiesenen Positionen als wesentliche Positionen gemäß § 93 BVergG gelten und zur vertieften Angebotsprüfung herangezogen werden. Zur Überprüfung der Preisangemessenheit ist auf Verlangen schriftlich Aufklärung zu geben und sind alle Kalkulationsunterlagen binnen 10 Tagen nach Aufforderung zur Einsichtnahme vorzulegen. Die für den Zuschlag in Frage kommenden Angebote werden einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen, wenn sie einen aufgrund von Erfahrungswerten zu hohen oder zu niedrigen Gesamtpreis oder zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise aufweisen. Die vertiefte Angebotsprüfung bezieht sich auf das gesamte Angebot. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass alle ausgewiesenen Positionen als wesentliche Positionen gemäß Paragraph 93, BVergG gelten und zur vertieften Angebotsprüfung herangezogen werden. Zur Überprüfung der Preisangemessenheit ist auf Verlangen schriftlich Aufklärung zu geben und sind alle Kalkulationsunterlagen binnen 10 Tagen nach Aufforderung zur Einsichtnahme vorzulegen.

Angebote, die keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, sowie Angebote, zu denen keine Aufklärung bzw. keine nachvollziehbare Begründung erfolgte, werden gemäß § 98 BVergG ausgeschieden". Angebote, die keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, sowie Angebote, zu denen keine Aufklärung bzw. keine nachvollziehbare Begründung erfolgte, werden gemäß Paragraph 98, BVergG ausgeschieden".

1. 4.Ziffer 4

Die Angebotsöffnung am 27.5.2004 hat ergeben, dass die Bietergemeinschaft G*** mit EUR 35.073,00 das billigste Nettoangebot gelegt hatte, die Antragstellerin mit EUR 42.082,57 das zweitbilligste und die präsumentive Zuschlagsempfängerin mit EUR 46.044,77 das drittbilligste (Angaben des Auftraggebers in der Stellungnahme vom 7.9.2004, OZ 8, sowie Angaben der Antragstellerin in OZ 1).

1. 5.Ziffer 5

Nach einer ersten Angebotsprüfung durch das vom Auftraggeber beauftragte Umweltbundesamt wurden am 14.6.2004 Aufforderungen an verschiedene Bieter gerichtet. Konkret an die Antragstellerin erging ein Schreiben des Umweltbundesamtes mit folgendem Wortlaut:

"Für die Bewertung des Angebotes der Bietergemeinschaft AB*** ersuche ich gemäß Punkt 1.14 des Angebotes

um die Übermittlung der Kalkulationsgrundlagen innerhalb von 10 Tagen für folgenden Leistungspositionen:

- -Strichaufzählung
1.3 - 2.1. bis 2.8.

Weiters ersuche ich gemäß Punkt 2.2 des Angebotes um Übermittlung der SOP für die Durchführung und Dokumentation der Pumpversuche innerhalb von 10 Tagen."

Mit Schreiben vom 24.6.2004 hat die Antragstellerin die SOP zur Durchführung der Pumpversuche sowie eine Kalkulationsgrundlage für die Leistungspositionen 1.3 und 2.1 bis 2.8 vorgelegt. Diese Kalkulationsgrundlage beinhaltet auf 1¾ A4 Seiten eine erweiterte zahlenmäßige Aufschlüsselung der angeforderten Preispositionen. Verbale Aufklärungen zu den einzelnen (Sub-) Leistungspositionen, Stückzahlen, Einheitspreisen usw. sind von der Antragstellerin darin nicht vorgenommen worden.

Nach Einlangen der Bieterantworten (darunter der Antragstellerin) hat das Umweltbundesamt am 16.7.2004 schließlich einen "Prüfbericht und Vergabevorschlag" verfasst. Zur Antragstellerin wird darin zunächst allgemein zur "Angemessenheit der Preise" und sodann zu den einzelnen inkriminierten Preispositionen 1.3 und 2.1 bis 2.8 Stellung genommen, wobei sämtliche dieser Positionen auch nach Vorlage der genannten Kalkulationsgrundlage durch die Antragstellerin als nicht angemessen bzw. nicht plausibel bzw. nicht vollziehbar bzw. spekulativ gewertet wurden. Im Prüfbericht wurde schließlich festgehalten, dass "das Angebot der Bietergemeinschaft AB*** gemäß § 98 Abs 3 und 5 [gemeint Z 3 und Z 5] BVergG wegen nicht plausibler Zusammensetzung der Einheitspreise wesentlicher Leistungspositionen sowie nicht nachvollziehbarer Preisgestaltung auszuschneiden ist." Nach Einlangen der Bieterantworten (darunter der Antragstellerin) hat das Umweltbundesamt am 16.7.2004 schließlich einen "Prüfbericht und Vergabevorschlag" verfasst. Zur Antragstellerin wird darin zunächst allgemein zur "Angemessenheit der Preise" und sodann zu den einzelnen inkriminierten Preispositionen 1.3 und 2.1 bis 2.8 Stellung genommen, wobei sämtliche dieser Positionen auch nach Vorlage der genannten Kalkulationsgrundlage durch die Antragstellerin als nicht angemessen bzw. nicht plausibel bzw. nicht vollziehbar bzw. spekulativ gewertet wurden. Im Prüfbericht wurde schließlich festgehalten, dass "das Angebot der Bietergemeinschaft AB*** gemäß Paragraph 98, Absatz 3 und 5 [gemeint Ziffer 3 und Ziffer 5], BVergG wegen nicht plausibler Zusammensetzung der Einheitspreise wesentlicher Leistungspositionen sowie nicht nachvollziehbarer Preisgestaltung auszuschneiden ist."

Abgesehen vom dargestellten einmaligen Briefverkehr haben hinsichtlich der Antragstellerin keine weiteren Aufklärungsschritte bzw. hat überhaupt kein Kontakt zur Frage der Preisprüfung stattgefunden.

(Sämtliche Angaben ergeben sich aus dem im Vergabeakt liegenden "Prüfbericht und Vergabevorschlag" des Umweltbundesamtes vom 16.7.2004 sowie den Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 24.9.2004).

1. 6.Ziffer 6

Aufgrund des Prüfberichtes und des Vergabevorschlages vom 16.7.2004 des Umweltbundesamtes hat der Auftraggeber den Bieter die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der P*** bekannt gegeben. Diese Bekanntgabe erfolgte am 17.8.2004 - ohne Prüfung, ob eine Zustellung mittels E-Mail oder Telefax möglich wäre - ausschließlich mittels herkömmlicher Post, wobei für diese postalische Übermittlung an die Bieter kein Nachweis vorhanden ist. Das Schreiben an die Antragstellerin ist bei dieser am 20.8.2004 eingelangt.

1. 7.Ziffer 7

Nachdem die Antragstellerin daraufhin einen Antrag gemäß § 100 Abs 3 BVergG gestellt hatte, übermittelte der Auftraggeber am 30.8.2004 den betreffenden Auszug aus dem Prüfbericht des Umweltbundesamtes und teilte der Antragstellerin gleichzeitig deren Ausscheiden aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren mit. Als Gründe dafür wurden § 93 Z 3 und Z 5 BVergG, insbesondere eine nicht nachvollziehbare, spekulative und unplausible Preisgestaltung angegeben (Ausführungen der Antragstellerin in OZ 1 sowie Angaben des Auftraggebers in OZ 8, Vergabeverfahrensakt). Nachdem die Antragstellerin daraufhin einen Antrag gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG gestellt hatte, übermittelte der Auftraggeber am 30.8.2004 den betreffenden Auszug aus dem Prüfbericht des Umweltbundesamtes und teilte der Antragstellerin gleichzeitig deren Ausscheiden aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren mit. Als Gründe dafür wurden Paragraph 93, Ziffer 3 und Ziffer 5, BVergG, insbesondere eine nicht nachvollziehbare, spekulative und unplausible Preisgestaltung angegeben (Ausführungen der Antragstellerin in OZ 1 sowie Angaben des Auftraggebers in OZ 8, Vergabeverfahrensakt).

1. 8.Ziffer 8

Die Antragstellerin hat den Auftraggeber gemäß § 163 Abs 2 BVergG rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt (Antrag vom 3.9.2004, OZ 1, Beilage). In Folge der Verständigung gemäß § 171 Abs 7 BVergG vom 3.9.2004 wurde der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 30.8.2004 vom Auftraggeber unter auf Grund der Ausscheidenstatbestände des § 98 Z 3 und Z 5 aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden (Stellungnahme des Auftraggebers vom 7. September 2004, OZ 8, Vergabeverfahrensakt). Über Antrag hat das Bundesvergabeamt am 13.9.2004 eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 3. Oktober 2004 untersagt wurde, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen (OZ 15). Die Antragstellerin hat den Auftraggeber gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG rechtzeitig von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigt (Antrag vom 3.9.2004, OZ 1, Beilage). In Folge der Verständigung gemäß Paragraph 171, Absatz 7, BVergG vom 3.9.2004 wurde der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden. Die Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 30.8.2004 vom Auftraggeber unter auf Grund der Ausscheidenstatbestände des Paragraph 98, Ziffer 3 und Ziffer 5, aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden (Stellungnahme des Auftraggebers vom 7. September 2004, OZ 8, Vergabeverfahrensakt). Über Antrag hat das Bundesvergabeamt am 13.9.2004 eine einstweilige Verfügung erlassen, mit der dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis zum 3. Oktober 2004 untersagt wurde, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren zu erteilen (OZ 15).

BEWEISWÜRDIGUNG

1. 9.Ziffer 9

Der festgestellte Sachverhalt ergibt aus den bei den einzelnen Feststellungen kursiv angeführten Beweismitteln und insbesondere aus den vorgelegten, hinsichtlich ihre Echtheit und Richtigkeit unbedenklichen Urkunden sowie dem Vergabeverfahrensakt. Weiters stützen sich die Feststellung auf die Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 24.9.2004.

RECHTLICH IST DER FESTGESTELLTE SACHVERHALT WIE FOLGT ZU

BEURTEILEN

A. ZU SPRUCHPUNKT I.A. ZU SPRUCHPUNKT römisch eins.

I. Allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (Spruchpunkt I.) römisch eins. Allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (Spruchpunkt römisch eins.)

1. 10.Ziffer 10

Auftraggeber im Sinne des § 20 Z 4 BVergG ist im vorliegenden Fall der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft. Als vergebende Stelle fungiert das Amt der NÖ Landesregierung. An dieser rechtlichen Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass in der Bekanntmachung vom 4.5.2004 als Auftraggeber das Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, genannt war. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass den Ämtern der Landesregierung selbst keine Rechtspersönlichkeit zukommt (Raschauer, Glosse zu VfGH B1383/98, ÖZW 2000, 62) und daher auch das Amt der NÖ Landesregierung lediglich ein Hilfsapparat ist, der unter Leitung der Landesregierung oder einzelner ihrer Mitglieder die Geschäfte der Landesverwaltung und unter Leitung des Landeshauptmannes die Agenden der mittelbaren Bundesverwaltung führt (Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht 9 Rz 826). Das Amt der NÖ Landesregierung kann daher auch nicht selbst als Auftraggeber in einem Vergabeverfahren auftreten. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auf den objektiven Erklärungswert der Ausschreibung abzustellen ist (so etwa Latzenhofer, Anmerkung zu BVA 7.10.2003, F-8/01-4, ZVB 2003, 141) sowie des Umstandes, dass es auf den Empfängerhorizont der Bewerber und Bieter ankommt (etwa BVA 18.12.2003, 10N-137/03-7) ist trotz fehlerhafter Angaben in der Ausschreibung davon auszugehen, dass der Bund im gegenständlichen Fall Auftraggeber ist. In diesem Sinne hat auch die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag nicht das Amt der NÖ Landesregierung (oder das Land Niederösterreich), sondern den Bund als Auftraggeber angeführt. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne § 7 Abs 1 Z 1 BVergG. Auftraggeber im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 4, BVergG ist im vorliegenden Fall der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft. Als vergebende Stelle fungiert das Amt der NÖ Landesregierung. An dieser rechtlichen

Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass in der Bekanntmachung vom 4.5.2004 als Auftraggeber das Amt der NÖ Landesregierung, Abteilung Wasserwirtschaft, genannt war. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass den Ämtern der Landesregierung selbst keine Rechtspersönlichkeit zukommt (Raschauer, Glosse zu VfGH B1383/98, ÖZW 2000, 62) und daher auch das Amt der NÖ Landesregierung lediglich ein Hilfsapparat ist, der unter Leitung der Landesregierung oder einzelner ihrer Mitglieder die Geschäfte der Landesverwaltung und unter Leitung des Landeshauptmannes die Agenden der mittelbaren Bundesverwaltung führt (Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht 9 Rz 826). Das Amt der NÖ Landesregierung kann daher auch nicht selbst als Auftraggeber in einem Vergabeverfahren auftreten. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auf den objektiven Erklärungswert der Ausschreibung abzustellen ist (so etwa Latzenhofer, Anmerkung zu BVA 7.10.2003, F-8/01-4, ZVB 2003, 141) sowie des Umstandes, dass es auf den Empfängerhorizont der Bewerber und Bieter ankommt (etwa BVA 18.12.2003, 10N-137/03-7) ist trotz fehlerhafter Angaben in der Ausschreibung davon auszugehen, dass der Bund im gegenständlichen Fall Auftraggeber ist. In diesem Sinne hat auch die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag nicht das Amt der NÖ Landesregierung (oder das Land Niederösterreich), sondern den Bund als Auftraggeber angeführt. Der Bund ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG.

Mit der gegenständlichen Ausschreibung wird eine Dienstleistung im Sinne des Anhanges III iVm § 4 BVergG (prioritäre Dienstleistung) nachgefragt. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 9 Abs 1 Z 4 BVergG von SZR 130.000, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt. Mit der gegenständlichen Ausschreibung wird eine Dienstleistung im Sinne des Anhanges römisch drei in Verbindung mit Paragraph 4, BVergG (prioritäre Dienstleistung) nachgefragt. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG von SZR 130.000, sodass ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

1. 11. Ziffer 11

Der gegenständliche Auftrag liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 162 Abs 1 BVergG iVm § 135 Abs 2 BVergG und Artikel 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Auftrag liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Anwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 162, Absatz eins, BVergG in Verbindung mit Paragraph 135, Absatz 2, BVergG und Artikel 14b Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

II. Besondere Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (Spruchpunkt I.) römisch zwei. Besondere Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (Spruchpunkt römisch eins.)

1. 12. Ziffer 12

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 7.9.2004 (OZ 8) das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß § 162 Abs 2 BVergG zur "Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers" (und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen) zuständig. Der vorliegende Antrag ist seiner Intension nach auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung im Sinne des BVergG (nämlich der vom Auftraggeber intendierten "Zuschlagsentscheidung" vom 17./20.08.2004) gerichtet, sodass das Bundesvergabeamt grundsätzlich zur Entscheidung über den vorliegenden Antrag zuständig wäre. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 7.9.2004 (OZ 8) das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt in concreto gemäß Paragraph 162, Absatz 2, BVergG zur "Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers" (und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen) zuständig. Der vorliegende Antrag ist seiner Intension nach auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung im Sinne des BVergG (nämlich der vom Auftraggeber intendierten "Zuschlagsentscheidung" vom 17./20.08.2004) gerichtet, sodass das Bundesvergabeamt grundsätzlich zur Entscheidung über den vorliegenden Antrag zuständig wäre.

1. 13. Ziffer 13

Damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes letztlich aber begründet wird, ist es erforderlich, dass die hier angefochtene Handlung des Auftraggebers tatsächlich als Entscheidung gemäß § 162 Abs 2 Z 2 BVergG zu werten

ist. Wie sogleich unten dargestellt (Punkt 15.), entspricht die vorliegende Zuschlagsentscheidung nämlich nicht den Voraussetzungen, die § 100 Abs 1 BVergG festlegt. Es könnte damit zweifelhaft sein, ob demzufolge überhaupt eine anfechtbare (Zuschlags-)Entscheidung existiert und sohin ein Anfechtungsgegenstand für das Nachprüfungsverfahren vorliegt. Anzumerken ist dazu allerdings, dass die vorliegende Zuschlagsentscheidung im Übrigen nicht weiter mangelhaft ist, sodass etwa der interne Willensbildungsprozess beim Auftraggeber ordnungsgemäß stattgefunden hat, der Bekanntgabe an die Bieter ein Erklärungswert nach außen zukommt und die Handlung dem Auftraggeber zuzurechnen ist. Die Bekanntgabe ist auch ausnahmslos an sämtliche Bieter ergangen. Darin wurde mitgeteilt, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Die Zuschlagsentscheidung wurde darüber hinaus weder unter einer Bedingung noch einem Vorbehalt getroffen oder den Bietern mitgeteilt. Damit die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes letztlich aber begründet wird, ist es erforderlich, dass die hier angefochtene Handlung des Auftraggebers tatsächlich als Entscheidung gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu werten ist. Wie sogleich unten dargestellt (Punkt 15.), entspricht die vorliegende Zuschlagsentscheidung nämlich nicht den Voraussetzungen, die Paragraph 100, Absatz eins, BVergG festlegt. Es könnte damit zweifelhaft sein, ob demzufolge überhaupt eine anfechtbare (Zuschlags-)Entscheidung existiert und sohin ein Anfechtungsgegenstand für das Nachprüfungsverfahren vorliegt. Anzumerken ist dazu allerdings, dass die vorliegende Zuschlagsentscheidung im Übrigen nicht weiter mangelhaft ist, sodass etwa der interne Willensbildungsprozess beim Auftraggeber ordnungsgemäß stattgefunden hat, der Bekanntgabe an die Bieter ein Erklärungswert nach außen zukommt und die Handlung dem Auftraggeber zuzurechnen ist. Die Bekanntgabe ist auch ausnahmslos an sämtliche Bieter ergangen. Darin wurde mitgeteilt, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Die Zuschlagsentscheidung wurde darüber hinaus weder unter einer Bedingung noch einem Vorbehalt getroffen oder den Bietern mitgeteilt.

Im Hinblick auf die ausschließlich gegen § 100 Abs 1 BVergG verstoßende Zuschlagsentscheidung ist im Sinne der mittlerweile ständigen Judikatur des BVA nunmehr davon auszugehen, dass im Vergaberecht bei der Begrifflichkeit der "Zuschlagsentscheidung" unterschieden werden muss zwischen einerseits der für das Vergabeverfahren relevanten, materiellen Zuschlagsentscheidung, die die Voraussetzungen des § 100 Abs 1 BVergG erfüllen muss, um die anschließende Zuschlagserteilung zu ermöglichen, und andererseits der (nachprüfungs-)verfahrensrelevanten Zuschlagsentscheidung, die einen zulässigen Anfechtungsgegenstand vor der Vergabekontrollbehörde bildet. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies in concreto, dass - in Folge Verletzung der Vorschriften des § 100 Abs 1 BVergG - zwar eine den Zuschlag ermöglichende, im Vergabeverfahren vollwirksame materielle Zuschlagsentscheidung nicht vorhanden ist. Die gegenständliche Handlung des Auftraggebers erfüllt aber trotzdem aus der Sicht des Kontrollverfahrens sowohl die allgemeinen Voraussetzungen an eine anfechtbare Auftraggeberentscheidung als auch die besonderen Voraussetzungen, die an eine - somit hier ausschließlich (nachprüfungs-)verfahrensrechtlich definierte - Zuschlagsentscheidung gestellt werden (§ 20 Z 42 BVergG). Es liegt daher trotz Mangelhaftigkeit ein zulässiger Anfechtungsgegenstand für ein Nachprüfungsverfahren im Sinne des BVergG vor (ständige Judikatur des Bundesvergabeamtes seit BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat; weiters etwa BVA 15.4.2004, 15N-28/04-8, BVA 13.4.2004, 15N-26/04-7, BVA 24.2.2004, 02N-147/03-73, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19). Diese Lösung entspricht auch der jüngeren Judikatur des VwGH, nach der das europäische Recht verlangt, den Entscheidungsbegriff im Nachprüfungsverfahren weit auszulegen und sogar entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften allenfalls außer Acht zu lassen (VwGH 28.01.2004, 2003/04/0134). Im Hinblick auf die ausschließlich gegen Paragraph 100, Absatz eins, BVergG verstoßende Zuschlagsentscheidung ist im Sinne der mittlerweile ständigen Judikatur des BVA nunmehr davon auszugehen, dass im Vergaberecht bei der Begrifflichkeit der "Zuschlagsentscheidung" unterschieden werden muss zwischen einerseits der für das Vergabeverfahren relevanten, materiellen Zuschlagsentscheidung, die die Voraussetzungen des Paragraph 100, Absatz eins, BVergG erfüllen muss, um die anschließende Zuschlagserteilung zu ermöglichen, und andererseits der (nachprüfungs-)verfahrensrelevanten Zuschlagsentscheidung, die einen zulässigen Anfechtungsgegenstand vor der Vergabekontrollbehörde bildet. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies in concreto, dass - in Folge Verletzung der Vorschriften des Paragraph 100, Absatz eins, BVergG - zwar eine den Zuschlag ermöglichende, im Vergabeverfahren vollwirksame materielle Zuschlagsentscheidung nicht vorhanden ist. Die gegenständliche Handlung des Auftraggebers erfüllt aber trotzdem aus der Sicht des Kontrollverfahrens sowohl die allgemeinen Voraussetzungen an eine anfechtbare Auftraggeberentscheidung als auch die besonderen Voraussetzungen, die an eine - somit hier ausschließlich (nachprüfungs-)verfahrensrechtlich definierte - Zuschlagsentscheidung gestellt werden (Paragraph 20, Ziffer 42, BVergG). Es liegt daher trotz Mangelhaftigkeit ein

zulässiger Anfechtungsgegenstand für ein Nachprüfungsverfahren im Sinne des BVergG vor (ständige Judikatur des Bundesvergabeamtes seit BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat; weiters etwa BVA 15.4.2004, 15N-28/04-8, BVA 13.4.2004, 15N-26/04-7, BVA 24.2.2004, 02N-147/03-73, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19). Diese Lösung entspricht auch der jüngeren Judikatur des VwGH, nach der das europäische Recht verlangt, den Entscheidungsbegriff im Nachprüfungsverfahren weit auszulegen und sogar entgegenstehende nationale Rechtsvorschriften allenfalls außer Acht zu lassen (VwGH 28.01.2004, 2003/04/0134).

Im Ergebnis ist das Bundesvergabeamt somit für den gegen die Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag zuständig und hat meritorisch zu entscheiden (so auch Keschmann/Ruzicka, Formmangel der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, ZVB 2004, 254, in diese Richtung auch Gölles, Der Zuschlag - seine Formvorschriften und deren Ausnahmen, ZVB 2004, 132).

III. Zulässigkeit des Antrages (Spruchpunkt I.) römisch drei. Zulässigkeit des Antrages (Spruchpunkt römisch eins.)

1. 14. Ziffer 14

Im Übrigen liegen keine Gründe vor, die die Zulässigkeit des Antrages entsprechend § 166 Abs 1 und 2 BVergG sowie § 163 Abs 1 BVergG in Abrede stellen würden, sodass, der vorliegende Antrag auch zulässig ist. Im Übrigen liegen keine Gründe vor, die die Zulässigkeit des Antrages entsprechend Paragraph 166, Absatz eins und 2 BVergG sowie Paragraph 163, Absatz eins, BVergG in Abrede stellen würden, sodass, der vorliegende Antrag auch zulässig ist.

Denn die Antragstellerin hat auch die Benennung des Auftraggebers gemäß § 166 Abs 1 Z 2 BVergG rechtsrichtig vorgenommen, wenngleich im Antrag als Auftraggeber das "Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft" genannt ist. Bei der Bezeichnung des Auftraggebers kommt es nämlich darauf an, dass diese individualisiert erfolgt und den Auftraggeber eindeutig identifiziert (in diese Richtung bereits BVA 18.12.2003, 10N-137/03-7). In diesem Sinne ist die Nennung des Auftraggebers durch die Antragstellerin unzweifelhaft derart zu verstehen, dass als Auftraggeber der Bund (Republik Österreich) bezeichnet ist. Denn die Antragstellerin hat auch die Benennung des Auftraggebers gemäß Paragraph 166, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG rechtsrichtig vorgenommen, wenngleich im Antrag als Auftraggeber das "Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft" genannt ist. Bei der Bezeichnung des Auftraggebers kommt es nämlich darauf an, dass diese individualisiert erfolgt und den Auftraggeber eindeutig identifiziert (in diese Richtung bereits BVA 18.12.2003, 10N-137/03-7). In diesem Sinne ist die Nennung des Auftraggebers durch die Antragstellerin unzweifelhaft derart zu verstehen, dass als Auftraggeber der Bund (Republik Österreich) bezeichnet ist.

Der vorliegende Antrag ist auch fristgerecht beim Bundesvergabeamt eingebracht worden. Obwohl sich die Frist des § 169 Abs 1 Z 1 lit c BVergG an der Frist der § 100 Abs 2 BVergG und damit an den fristauslösenden Ereignis der Erfüllung der Voraussetzungen des § 100 Abs 1 1. Satz BVergG orientiert, ist im Sinne der vom Gesetzgeber beabsichtigten Einführung von Präklusionsfristen, also "Spätestfristen" (König/Reichel-Holzer, Bundesvergabegesetz 2002, 433) die Wortfolge "innerhalb der Frist gemäß § 100 Abs 2" lediglich als Festlegung des Fristendpunktes und nicht auch des Fristbeginnpunktes zu lesen (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19). Der vorliegende Antrag ist auch fristgerecht beim Bundesvergabeamt eingebracht worden. Obwohl sich die Frist des Paragraph 169, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, BVergG an der Frist der Paragraph 100, Absatz 2, BVergG und damit an den fristauslösenden Ereignis der Erfüllung der Voraussetzungen des Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG orientiert, ist im Sinne der vom Gesetzgeber beabsichtigten Einführung von Präklusionsfristen, also "Spätestfristen" (König/Reichel-Holzer, Bundesvergabegesetz 2002, 433) die Wortfolge "innerhalb der Frist gemäß Paragraph 100, Absatz 2, lediglich als Festlegung des Fristendpunktes und nicht auch des Fristbeginnpunktes zu lesen (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19).

Nachdem die Antragstellerin im gegenständlichen Fall ihr eigenes Ausscheiden bekämpft, kommt ihr darüber hinaus im Sinne der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes auch aus diesem Blickwinkel die notwendige Antragslegitimation zu (BVA 19.10.1998, N-32/98-6).

Schließlich kommt auch dem Vorbringen des Auftraggebers keine Berechtigung zu, dass es der Antragstellerin am rechtlichen Interesse an der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung fehlen würde, da sie nicht zugleich bzw gesondert die Entscheidung des Auftraggebers angefochten hat, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Dazu ist anzuführen, dass das Ausscheiden der Antragstellerin erst nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

(17./20.8.2004), nämlich am 30.8.2004 zugegangen ist. Unabhängig von der verfahrensrechtlichen Behandlung dieser nachträglich bekannt gegebenen Ausscheidensentscheidung (definitionsgemäß würde es sich nach § 20 Z 13 BVergG weder um eine gesondert noch um eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung handeln -BVA 9.2.2004, 05N-135/03-54, BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26) ist dazu festzuhalten, dass eine fehlerhafte, nicht bekannte Ausscheidensentscheidung die darauf folgende Zuschlagsentscheidung jedenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet, sodass der vorliegende Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung auch in diesem Punkt formal rechtmäßig ist. Schließlich kommt auch dem Vorbringen des Auftraggebers keine Berechtigung zu, dass es der Antragstellerin am rechtlichen Interesse an der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung fehlen würde, da sie nicht zugleich bzw gesondert die Entscheidung des Auftraggebers angefochten hat, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Dazu ist anzuführen, dass das Ausscheiden der Antragstellerin erst nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (17./20.8.2004), nämlich am 30.8.2004 zugegangen ist. Unabhängig von der verfahrensrechtlichen Behandlung dieser nachträglich bekannt gegebenen Ausscheidensentscheidung (definitionsgemäß würde es sich nach Paragraph 20, Ziffer 13, BVergG weder um eine gesondert noch um eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung handeln -BVA 9.2.2004, 05N-135/03-54, BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26) ist dazu festzuhalten, dass eine fehlerhafte, nicht bekannte Ausscheidensentscheidung die darauf folgende Zuschlagsentscheidung jedenfalls mit Rechtswidrigkeit belastet, sodass der vorliegende Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung auch in diesem Punkt formal rechtmäßig ist.

IV. Inhaltliche Beurteilung des Antrages (Spruchpunkt I.)
römisch vier. Inhaltliche Beurteilung des Antrages (Spruchpunkt römisch eins.)

1. 15. Ziffer 15

Wie bereits oben in Punkt 13. angeführt, entspricht die vorliegend angefochtene Handlung des Auftraggebers nicht den Voraussetzungen, die § 100 Abs 1 1. Satz BVergG festlegt. Nach dieser Bestimmung hat "der Auftraggeber den Bieter gleichzeitig, unvorzüglich und nachweislich elektronisch oder mittels Telefax mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll". Wie bereits oben in Punkt 13. angeführt, entspricht die vorliegend angefochtene Handlung des Auftraggebers nicht den Voraussetzungen, die Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG festlegt. Nach dieser Bestimmung hat "der Auftraggeber den Bieter gleichzeitig, unvorzüglich und nachweislich elektronisch oder mittels Telefax mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll".

Im Sinne der bisherigen Judikatur des Bundesvergabeamtes (etwa BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat) ist davon auszugehen, dass § 100 Abs 1 1. Satz BVergG als lex specialis zu § 22 Abs 1 BVergG, wo allgemein die Wege der Informationsübermittlung im Vergabeverfahren geregelt werden, fordert, dass die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter zwingend elektronisch oder mittels Telefax erfolgt. Relevant ist in diesem Zusammenhang weiters, dass im Sinne der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes unter Berufung auf die Judikatur des VwGH die in § 100 Abs 1 1. Satz BVergG angeführte "Nachweislichkeit" durch Nachweis bestätigt, belegt, und nicht bloß nachweisbar bedeutet. Die Bekanntgabe muss daher durch einen Nachweis dokumentiert sein, wobei die Dokumentationspflicht den Auftraggeber trifft (etwa BVA 28.8.2003, 07N-73/03-20, BVA 15.9.2003, 07N-92/03-11, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19, sowie zur Verständigung gemäß § 163 Abs 2 BVergG, wo der Gesetzgeber eine wortähnliche Formulierung gewählt hat, Thienel, ausgewählte Probleme der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7). § 100 Abs 1 1. Satz BVergG regelt somit unter anderem eine Dokumentationspflicht und den Weg der Übermittlung. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Nennung der Übermittlungsarten, nämlich elektronisch oder mittels Telefax eine taxative Aufzählung darstellt und der Auftraggeber daher zwingend diese technischen Möglichkeiten wählen muss (in diese Richtung auch Gölles, Der Zuschlag - seine Formvorschriften und deren Ausnahmen, ZVB 2004, 132). Im Sinne der bisherigen Judikatur des Bundesvergabeamtes (etwa BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat) ist davon auszugehen, dass Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG als lex specialis zu Paragraph 22, Absatz eins, BVergG, wo allgemein die Wege der Informationsübermittlung im Vergabeverfahren geregelt werden, fordert, dass die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter zwingend elektronisch oder mittels Telefax erfolgt. Relevant ist in diesem Zusammenhang weiters, dass im Sinne der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes unter Berufung auf die Judikatur des VwGH die in Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG angeführte "Nachweislichkeit" durch Nachweis bestätigt, belegt, und nicht bloß nachweisbar bedeutet. Die Bekanntgabe muss daher durch einen Nachweis dokumentiert sein, wobei die Dokumentationspflicht den Auftraggeber trifft (etwa BVA 28.8.2003, 07N-73/03-20, BVA 15.9.2003, 07N-92/03-11, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-

19, sowie zur Verständigung gemäß Paragraph 163, Absatz 2, BVergG, wo der Gesetzgeber eine wortähnliche Formulierung gewählt hat, Thienel, ausgewählte Probleme der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7). Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG regelt somit unter anderem eine Dokumentationspflicht und den Weg der Übermittlung. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Nennung der Übermittlungsarten, nämlich elektronisch oder mittels Telefax eine taxative Aufzählung darstellt und der Auftraggeber daher zwingend diese technischen Möglichkeiten wählen muss (in diese Richtung auch Gölles, Der Zuschlag - seine Formvorschriften und deren Ausnahmen, ZVB 2004, 132).

Bei Konstellationen, in denen eine dem § 100 Abs 1 letzter Satz BVergG entsprechende, technische Übermittlung aber nicht möglich ist, also in Sonderfällen, etwa wenn ein Bieter sein Faxgerät abschaltet, ist es unter analoger Heranziehung des § 22 Abs 1 BVergG zulässig, dass auch eine der in § 22 Abs 1 BVergG geregelten Übermittlungsarten gewählt wird, was etwa eine briefliche Übermittlung sein könnte. Denn man kann dem Gesetzgeber nicht unterstellen regeln zu wollen, dass es ein einzelner Bieter in der Hand haben soll, durch eigenes Verhalten die Bekanntmachung nach § 100 Abs 1 1. Satz BVergG zu verhindern und damit das gesamte Vergabeverfahren zum Stillstand zu bringen (ähnlich die Ausführungen von Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7 zu der im Wesentlichen gleich lautenden Formulierung des § 163 Abs 2 BVergG). Anzumerken ist aber, dass eine Analogie zu § 22 Abs 1 BVergG, die eine briefliche Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zulässt, jedenfalls wohl nur in jenen Fällen möglich sein wird, wo Ereignisse vorliegen, die nicht der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19). In concreto hat der Auftraggeber jedoch sofort die briefliche Zustellung gewählt, ohne zu prüfen, ob eine der zwingend vorgesehenen Übermittlungsarten möglich ist. Bei Konstellationen, in denen eine dem Paragraph 100, Absatz eins, letzter Satz BVergG entsprechende, technische Übermittlung aber nicht möglich ist, also in Sonderfällen, etwa wenn ein Bieter sein Faxgerät abschaltet, ist es unter analoger Heranziehung des Paragraph 22, Absatz eins, BVergG zulässig, dass auch eine der in Paragraph 22, Absatz eins, BVergG geregelten Übermittlungsarten gewählt wird, was etwa eine briefliche Übermittlung sein könnte. Denn man kann dem Gesetzgeber nicht unterstellen regeln zu wollen, dass es ein einzelner Bieter in der Hand haben soll, durch eigenes Verhalten die Bekanntmachung nach Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG zu verhindern und damit das gesamte Vergabeverfahren zum Stillstand zu bringen (ähnlich die Ausführungen von Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7 zu der im Wesentlichen gleich lautenden Formulierung des Paragraph 163, Absatz 2, BVergG). Anzumerken ist aber, dass eine Analogie zu Paragraph 22, Absatz eins, BVergG, die eine briefliche Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zulässt, jedenfalls wohl nur in jenen Fällen möglich sein wird, wo Ereignisse vorliegen, die nicht der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19). In concreto hat der Auftraggeber jedoch sofort die briefliche Zustellung gewählt, ohne zu prüfen, ob eine der zwingend vorgesehenen Übermittlungsarten möglich ist.

Aber selbst dann, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der diese Analogie auslöst, ist zu beachten, dass selbst dann die Übermittlung nachweislich zu erfolgen hat, so wie sich dies aus der intentio legis des § 100 Abs 1 1. Satz BVergG ergibt. Dieser Verpflichtung ist der Auftraggeber hier allerdings nicht nachgekommen, da keine Nachweise über die postalische Übermittlung der Bekanntgabe oder sonstige Nachweise vorhanden sind. Somit liegt auch aus diesem Grund eine Verletzung der gesetzlichen Verpflichtungen vor, die sich aus § 100 Abs 1 1. Satz BVergG ergeben (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19). Aber selbst dann, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der diese Analogie auslöst, ist zu beachten, dass selbst dann die Übermittlung nachweislich zu erfolgen hat, so wie sich dies aus der intentio legis des Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG ergibt. Dieser Verpflichtung ist der Auftraggeber hier allerdings nicht nachgekommen, da keine Nachweise über die postalische Übermittlung der Bekanntgabe oder sonstige Nachweise vorhanden sind. Somit liegt auch aus diesem Grund eine Verletzung der gesetzlichen Verpflichtungen vor, die sich aus Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG ergeben (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20 - verstärkter Senat, BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19).

Im Ergebnis ist die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers daher nicht entsprechend den Voraussetzungen des § 100 Abs 1 1. Satz BVergG bekannt gegeben worden und daher bereits aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit belastet. Dies obwohl sie die Rechtswirkungen des § 100 BVergG nicht auslösen und ein Zuschlag aufgrund dieser rechtswidrigen Entscheidung nicht erteilt werden kann, nachdem § 100 Abs 1 letzter Satz BVergG regelt, dass ein unter Verstoß gegen die gemäß den Bestimmungen des BVergG bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der

Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag nichtig ist. Im Ergebnis ist die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers daher nicht entsprechend den Voraussetzungen des Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG bekannt gegeben worden und daher bereits aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit belastet. Dies obwohl sie die Rechtswirkungen des Paragraph 100, BVergG nicht auslösen und ein Zuschlag aufgrund dieser rechtswidrigen Entscheidung nicht erteilt werden kann, nachdem Paragraph 100, Absatz eins, letzter Satz BVergG regelt, dass ein unter Verstoß gegen die gemäß den Bestimmungen des BVergG bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag nichtig ist.

1. 16. Ziffer 16

Hinsichtlich der Wesentlichkeit dieser Rechtsverletzung im Sinne des § 174 Abs 1 Z 2 BVergG ist davon auszugehen, dass hier ein Sonderfall vorliegt. Denn die von der Judikatur als Voraussetzung zumindest verlangte potentielle Relevanz einer Rechtsverletzung, dass Wesentlichkeit bereits dann vorliegt, wenn der Auftraggeber bei rechtmäßiger Vorgangsweise bei der Bestbieterermittlung/Zuschlagsentscheidung zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können (BVA 12.4.2002, N-128/01-72, ZVB 2002, 69, 168 (Latzenhofer) = bbl 2002, 107 = Hahn, BVergG E 4 zu § 174; in jüngerer Zeit BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36), ist hier nicht ausschlaggebend. Vielmehr ist die vorliegende Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens deswegen von wesentlichem Einfluss nach § 174 Abs 1 Z 2 BVergG, weil mangels formrichtiger Bekanntgabe an alle Bieter (§ 100 Abs 1 BVergG) das Verfahren auf Grundlage der angefochtenen, formfalschen Zuschlagsentscheidung - bereits auf Grund des Gesetzes (und nicht durch Rechtsgestaltung einer Vergabekontrollbehörde) - nicht durch Vertragsabschluss (Zuschlagserteilung) abgeschlossen werden kann. Anzumerken ist, dass bei dieser Betrachtung nicht zu berücksichtigen ist, ob das angefochtene Ausscheiden der Antragstellerin zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist. Denn in diesem Punkt ist eine etwas objektivierte Betrachtungsweise im Rahmen des - an sich an den subjektiven Rechte der an der Auftragserteilung interessierten Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber orientierten (siehe etwa Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7) - Nachprüfungsverfahrens erforderlich. Hinsichtlich der Wesentlichkeit dieser Rechtsverletzung im Sinne des Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG ist davon auszugehen, dass hier ein Sonderfall vorliegt. Denn die von der Judikatur als Voraussetzung zumindest verlangte potentielle Relevanz einer Rechtsverletzung, dass Wesentlichkeit bereits dann vorliegt, wenn der Auftraggeber bei rechtmäßiger Vorgangsweise bei der Bestbieterermittlung/Zuschlagsentscheidung zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können (BVA 12.4.2002, N-128/01-72, ZVB 2002, 69, 168 (Latzenhofer) = bbl 2002, 107 = Hahn, BVergG E 4 zu Paragraph 174; in jüngerer Zeit BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36), ist hier nicht ausschlaggebend. Vielmehr ist die vorliegende Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens deswegen von wesentlichem Einfluss nach Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, weil mangels formrichtiger Bekanntgabe an alle Bieter (Paragraph 100, Absatz eins, BVergG) das Verfahren auf Grundlage der angefochtenen, formfalschen Zuschlagsentscheidung - bereits auf Grund des Gesetzes (und nicht durch Rechtsgestaltung einer Vergabekontrollbehörde) - nicht durch Vertragsabschluss (Zuschlagserteilung) abgeschlossen werden kann. Anzumerken ist, dass bei dieser Betrachtung nicht zu berücksichtigen ist, ob das angefochtene Ausscheiden der Antragstellerin zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist. Denn in diesem Punkt ist eine etwas objektivierte Betrachtungsweise im Rahmen des - an sich an den subjektiven Rechte der an der Auftragserteilung interessierten Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber orientierten (siehe etwa Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7) - Nachprüfungsverfahrens erforderlich.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist demnach wegen Erfüllung der Voraussetzungen des § 174 Abs 1 BVergG für nichtig zu erklären. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist demnach wegen Erfüllung der Voraussetzungen des Paragraph 174, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären.

1. 17. Ziffer 17

Die vorliegende Zuschlagsentscheidung ist jedoch auch aus einem anderen Grund mit Rechtswidrigkeit belastet. Denn entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers waren die dem Ausscheiden zugrunde gelegten Tatbestände des § 98 Z 3 und Z 5 BVergG weder im Zeitpunkt des Ausscheidens noch der Zuschlagsentscheidung verwirklicht. Die vorliegende Zuschlagsentscheidung ist jedoch auch aus einem anderen Grund mit Rechtswidrigkeit belastet. Denn entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers waren die dem Ausscheiden zugrunde gelegten Tatbestände des Paragraph 98, Ziffer 3 und Ziffer 5, BVergG weder im Zeitpunkt des

Ausscheidens noch der Zuschlagsentscheidung verwirklicht.

1. 18.Ziffer 18

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Antragstellerin die hinter § 98 Z 5 BVergG stehenden Verpflichtungen zur Aufklärung mit ihrem Schreiben vom 24.6.2004 wahrgenommen hat und dieser Ausscheidenstatbestand nicht erfüllt ist. Ausgangspunkt dafür ist der Umstand, dass der Auftraggeber selbst in der Ausschreibung (wie auch in der Folge die einzelnen Bieter in ihrem jeweiligen Angebot) eine Unterscheidung zwischen einerseits der Vorlage von Kalkulationsunterlagen ohne weitere Anmerkungen und andererseits der inhaltlichen Aufklärungen zu kalkulierten Preisen vorgesehen hat. So lautet der 4. Satz des Punktes 1.14 "Vertiefte Angebotsprüfung": "Zur Überprüfung der Preisangemessenheit ist auf Verlangen schriftliche Aufklärung zu geben und sind alle Kalkulationsunterlagen binnen 10 Tagen nach Aufforderung zur Einsichtnahme vorzulegen". Weiters ist relevant, dass der Auftraggeber in Sinne dieser Ausschreibungsbestimmung auch in seinem Aufforderungsschreiben vom 14.06.2004 lediglich davon gesprochen hat, dass "für die Bewertung des Angebotes der Bietergemeinschaft AB*** [...] gemäß Punkt 1.14 des Angebotes um die Übermittlung der Kalkulationsunterlagen innerhalb von 14 Tagen für folgende Leistungspositionen" ersucht werde. Hingegen wurde eine schriftliche inhaltliche bzw verbale Aufklärung zu den im Schreiben genannten Preispositionen von der Antragstellerin nicht gefordert. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Antragstellerin die hinter Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG stehenden Verpflichtungen zur Aufklärung mit ihrem Schreiben vom 24.6.2004 wahrgenommen hat und dieser Ausscheidenstatbestand nicht erfüllt ist. Ausgangspunkt dafür ist der Umstand, dass der Auftraggeber selbst in der Ausschreibung (wie auch in der Folge die einzelnen Bieter in ihrem jeweiligen Angebot) eine Unterscheidung zwischen einerseits der Vorlage von Kalkulationsunterlagen ohne weitere Anmerkungen und andererseits der inhaltlichen Aufklärungen zu kalkulierten Preisen vorgesehen hat. So lautet der 4. Satz des Punktes 1.14 "Vertiefte Angebotsprüfung": "Zur Überprüfung der Preisangemessenheit ist auf Verlangen schriftliche Aufklärung zu geben und sind alle Kalkulationsunterlagen binnen 10 Tagen nach Aufforderung zur Einsichtnahme vorzulegen". Weiters ist relevant, dass der Auftraggeber in Sinne dieser Ausschreibungsbestimmung auch in seinem Aufforderungsschreiben vom 14.06.2004 lediglich davon gesprochen hat, dass "für die Bewertung des Angebotes der Bietergemeinschaft AB*** [...] gemäß Punkt 1.14 des Angebotes um die Übermittlung der Kalkulationsunterlagen innerhalb von 14 Tagen für folgende Leistungspositionen" ersucht werde. Hingegen wurde eine schriftliche inhaltliche bzw verbale Aufklärung zu den im Schreiben genannten Preispositionen von der Antragstellerin nicht gefordert.

Durch die Vorlage der Kalkulationsunterlagen am 24.6.2004 hat die Antragstellerin die vom Auftraggeber am 14.6.2004 von ihr geforderten zahlenmäßigen Aufklärungen erteilt und damit die hinter § 98 Z 5 BVergG stehende Verpflichtungen nicht verletzt. Hätte der Auftraggeber in diesem Zeitpunkt bereits umfangreichere Aufklärungen gewünscht, hätte die Aufforderung bzw die Ausschreibungsbedingung entsprechend erweitert formuliert werden müssen. Durch die Vorlage der Kalkulationsunterlagen am 24.6.2004 hat die Antragstellerin die vom Auftraggeber am 14.6.2004 von ihr geforderten zahlenmäßigen Aufklärungen erteilt und damit die hinter Paragraph 98, Ziffer 5, BVergG stehende Verpflichtungen nicht verletzt. Hätte der Auftraggeber in diesem Zeitpunkt bereits umfangreichere Aufklärungen gewünscht, hätte die Aufforderung bzw die Ausschreibungsbedingung entsprechend erweitert formuliert werden müssen.

1. 19.Ziffer 19

Auf Grund dieser eingeschränkten Aufforderung im Schreiben des Auftraggebers vom 14.6.2004 ist in Zusammenschau mit den Verpflichtungen, die einen Auftraggeber im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung treffen, im vorliegenden Fall jedoch auch der Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 3 BVergG nicht erfüllt. Auf Grund dieser eingeschränkten Aufforderung im Schreiben des Auftraggebers vom 14.6.2004 ist in Zusammenschau mit den Verpflichtungen, die einen Auftraggeber im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung treffen, im vorliegenden Fall jedoch auch der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG nicht erfüllt.

Ausgangspunkt dafür ist der Umstand, dass das Schreiben vom 14.6.2004 keine ordnungsgemäße Aufforderung zur Aufklärung gemäß § 93 Abs 5 BVergG darstellt. Denn unabhängig von der Frage, ob die Zwischenverfahren zur Aufklärung gemäß § 93 Abs 2 BVergG und § 93 Abs 5 BVergG zwei unterschiedliche Verfahrensabschnitte darstellen, ist davon auszugehen, dass auch bei einer Zusammenziehung dieser beiden Schritte dabei jedenfalls die an eine Aufforderung nach § 93 Abs 5 BVergG gestellten Anforderungen erfüllt sein müssen. Bei diesen Anforderungen ist zu

beachten, dass nach der Judikatur des EuGH bei der Preisprüfung ein kontradiktorisches Verfahren stattzufinden hat (EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, Lombardini und Mantovani Rz 81f). Wenngleich die Judikatur des EuGH sowie das zugrunde liegende europäische Gemeinschaftsrecht im Unterschwellenbereich nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt, ist dennoch davon auszugehen, dass auch auf Grund der innerstaatlichen Gesetze im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung die Bieter zumindest über die Grundzüge der vom Auftraggeber festgestellten Bemängelungen informiert werden muss. Ausgangspunkt dafür ist der Umstand, dass das Schreiben vom 14.6.2004 keine ordnungsgemäße Aufforderung zur Aufklärung gemäß Paragraph 93, Absatz 5, BVergG darstellt. Denn unabhängig von der Frage, ob die Zwischenverfahren zur Aufklärung gemäß Paragraph 93, Absatz 2, BVergG und Paragraph 93, Absatz 5, BVergG zwei unterschiedliche Verfahrensabschnitte darstellen, ist davon auszugehen, dass auch bei einer Zusammenziehung dieser beiden Schritte dabei jedenfalls die an eine Aufforderung nach Paragraph 93, Absatz 5, BVergG gestellten Anforderungen erfüllt sein müssen. Bei diesen Anforderungen ist zu beachten, dass nach der Judikatur des EuGH bei der Preisprüfung ein kontradiktorisches Verfahren stattzufinden hat (EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, Lombardini und Mantovani Rz 81f). Wenngleich die Judikatur des EuGH sowie das zugrunde liegende europäische Gemeinschaftsrecht im Unterschwellenbereich nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt, ist dennoch davon auszugehen, dass auch auf Grund der innerstaatlichen Gesetze im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung die Bieter zumindest über die Grundzüge der vom Auftraggeber festgestellten Bemängelungen informiert werden muss.

Das Ausscheiden eines Angebotes stellt nämlich einen erheblichen Eingriff in die Interessen jedes Bieters dar. Gerade im Hinblick auf die durch die gesetzlichen Bestimmungen für die Preisprüfung vorgesehene erweiterte Verpflichtung des Auftraggebers zur Kommunikation mit dem betroffenen Bieter und zur Überprüfung dieses speziellen Angebotsteiles ist davon auszugehen, dass die Aufklärung nach § 93 Abs 5 BVergG den Bieter auch über die Grundzüge der Bemängelungen informieren muss. Der Bieter hat daher einen Anspruch darauf, bereits im Zuge der vertieften Angebotsprüfung zu erfahren, welche Einzelpositionen und zwar aus welchem Grund unplausibel, nicht nachvollziehbar oder unangemessen erscheinen, weil er nur auf diese Weise in die Lage versetzt wird, eine sachgerechte Aufklärung zu geben (in diesem Sinne auch UVS Kärnten 12.8.1998, KUVS-K2-848/12/98, RPA 2001, 78). Das Ausscheiden eines Angebotes stellt nämlich einen erheblichen Eingriff in die Interessen jedes Bieters dar. Gerade im Hinblick auf die durch die gesetzlichen Bestimmungen für die Preisprüfung vorgesehene erweiterte Verpflichtung des Auftraggebers zur Kommunikation mit dem betroffenen Bieter und zur Überprüfung dieses speziellen Angebotsteiles ist davon auszugehen, dass die Aufklärung nach Paragraph 93, Absatz 5, BVergG den Bieter auch über die Grundzüge der Bemängelungen informieren muss. Der Bieter hat daher einen Anspruch darauf, bereits im Zuge der vertieften Angebotsprüfung zu erfahren, welche Einzelpositionen und zwar aus welchem Grund unplausibel, nicht nachvollziehbar oder unangemessen erscheinen, weil er nur auf diese Weise in die Lage versetzt wird, eine sachgerechte Aufklärung zu geben (in diesem Sinne auch UVS Kärnten 12.8.1998, KUVS-K2-848/12/98, RPA 2001, 78).

Vergleicht man diese Anforderungen mit dem Schreiben des Auftraggebers vom 14.6.2004, zeigt sich, dass die Aufforderung nach § 93 Abs 5 BVergG nicht ordnungsgemäß erfolgt ist. Denn abgesehen davon, dass der Auftraggeber - wie oben dargestellt - gar keine inhaltlich verbale Aufklärung gefordert hat, hat er darin auch überhaupt keine Hinweise auf die Gründe vorgenommen, die den inkriminierten Preispositionen angelastet wurden. Der Auftraggeber hat daher den Verfahrensabschnitt der vertieften Angebotsprüfung und damit die gesamte Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt und vollendet. Da der Auftraggeber damit auch nicht in der Lage war, endgültig und rechtmäßig über die Preisgestaltung der Antragstellerin und somit über deren Ausscheiden abzusprechen, war aber auch der Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 3 BVergG zum damaligen Zeitpunkt vorerst nicht erfüllt. In weiterer Folge ist dadurch aber auch die Zuschlagsentscheidung vom 17./20.8.2004 mit Rechtswidrigkeit belastet. Vergleicht man diese Anforderungen mit dem Schreiben des Auftraggebers vom 14.6.2004, zeigt sich, dass die Aufforderung nach Paragraph 93, Absatz 5, BVergG nicht ordnungsgemäß erfolgt ist. Denn abgesehen davon, dass der Auftraggeber - wie oben dargestellt - gar keine inhaltlich verbale Aufklärung gefordert hat, hat er darin auch überhaupt keine Hinweise auf die Gründe vorgenommen, die den inkriminierten Preispositionen angelastet wurden. Der Auftraggeber hat daher den Verfahrensabschnitt der vertieften Angebotsprüfung und damit die gesamte Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt und vollendet. Da der Auftraggeber damit auch nicht in der Lage war, endgültig und

rechtmäßig über die Preisgestaltung der Antragstellerin und somit über deren Ausscheiden abzusprechen, war aber auch der Ausscheidenstatbestand des Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG zum damaligen Zeitpunkt vorerst nicht erfüllt. In weiterer Folge ist dadurch aber auch die Zuschlagsentscheidung vom 17./20.8.2004 mit Rechtswidrigkeit belastet.

1. 20.Ziffer 20

Die Frage, ob bereits auf Grundlage dieser Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die von § 174 Abs 1 Z 2 BVergG geforderte Wesentlichkeit eine Nichtigerklärung stattzufinden hat oder aber das Bundesvergabeamt (allenfalls durch einen Sachverständigen) das endgültige Vorliegen des Ausscheidensgrundes nach § 98 Z 3 BVergG selbst prüfen muss, indem eine inhaltliche Überprüfung der von der Antragstellerin angebotenen Preise vorgenommen wird (insbesondere weil nunmehr nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und auch im Nachprüfungsverfahren die notwendige Information an die Antragstellerin gelangt ist und ihr auch die Möglichkeit zur Aufklärung gewährt wurde), kann dahingestellt bleiben. Die Frage der Wesentlichkeit der dargestellten Rechtswidrigkeit ist nicht zu beantworten, da - wie oben dargestellt - aufgrund der Nichteinhaltung der Formvorschriften der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 Abs 1 1. Satz BVergG die vorliegende Zuschlagsentscheidung jedenfalls für nichtig zu erklären ist. Die Frage, ob bereits auf Grundlage dieser Rechtswidrigkeit im Hinblick auf die von Paragraph 174, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG geforderte Wesentlichkeit eine Nichtigerklärung stattzufinden hat oder aber das Bundesvergabeamt (allenfalls durch einen Sachverständigen) das endgültige Vorliegen des Ausscheidensgrundes nach Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG selbst prüfen muss, indem eine inhaltliche Überprüfung der von der Antragstellerin angebotenen Preise vorgenommen wird (insbesondere weil nunmehr nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und auch im Nachprüfungsverfahren die notwendige Information an die Antragstellerin gelangt ist und ihr auch die Möglichkeit zur Aufklärung gewährt wurde), kann dahingestellt bleiben. Die Frage der Wesentlichkeit der dargestellten Rechtswidrigkeit ist nicht zu beantworten, da - wie oben dargestellt - aufgrund der Nichteinhaltung der Formvorschriften der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 100, Absatz eins, 1. Satz BVergG die vorliegende Zuschlagsentscheidung jedenfalls für nichtig zu erklären ist.

Der Auftraggeber wird somit das Verfahren unter Beachtung der im vorliegenden Bescheid dargelegten rechtlichen Rahmenbedingungen fortzuführen haben.

1. 21.Ziffer 21

Nachdem dem Hauptantrag stattzugeben ist, ist über den Eventualantrag nicht abzusprechen.

B. ZU SPRUCHPUNKT II.B. ZU SPRUCHPUNKT römisch zwei.

1. 22.Ziffer 22

§ 74 Abs 1 AVG normiert, dass jeder Beteiligte die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Abs 2 leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß § 177 Abs 1 BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang X des BVergG bzw nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, BGBl. II Nr. 324/2002. Abs 5 leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat. Paragraph 74, Absatz eins, AVG normiert, dass jeder Beteiligte die im Verwaltungsverfahren erwachsenden Kosten selbst zu bestreiten hat. Absatz 2, leg.cit. ist zu entnehmen, dass einem Beteiligten nur dann ein Kostenersatzanspruch gegen einen anderen Beteiligten zusteht, wenn die betreffenden Verwaltungsvorschriften Derartiges vorsehen. Gemäß Paragraph 177, Absatz eins, BVergG sind ua. für Anträge auf Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Pauschalgebühren zu entrichten. Deren Höhe richtet sich nach Anhang römisch zehn des BVergG bzw nach der VO der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 324 aus 2002., Absatz 5, leg.cit. hält fest, dass der vor dem Bundesvergabeamt auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Pauschalgebühren durch den Antragsgegner hat.

Wenngleich sich Teile der Literatur dafür ausgesprochen haben, dass das Bundesvergabeamt über Anträge, dem

Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen (Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach § 177 Abs 5 BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33), selbst abzusprechen habe, sieht sich das Bundesvergabeamt angesichts des klaren Willen des Gesetzgebers auch im vorliegenden Fall nicht veranlasst, von der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes (BVA vom 28.5.2004, 4N-41/04-26 oder ausführlich BVA 1.6.2004, 16N-38/04-18) abzugehen. Der Antrag, den Auftraggeber zu verpflichten, die Kosten der Antragstellerin für dieses Verfahren dieser zur Handen dieser Vertreter zu ersetzen, ist demnach zurückzuweisen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die von der Antragstellerin im Antrag genannten, dem Auftraggeber aufzuerlegenden "Kosten der Antragstellerin für dieses Verfahren" nicht nur die Pauschalgebühren umfassen, sondern sämtliche der Antragstellerin erwachsenden Kosten, wie etwa auch Anwaltsgebühren. Darüber hat das Bundesvergabeamt allerdings keinesfalls abzusprechen, da hierfür jedenfalls keine geeignete Grundlage vorhanden ist. Wenngleich sich Teile der Literatur dafür ausgesprochen haben, dass das Bundesvergabeamt über Anträge, dem Auftraggeber den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren aufzuerlegen (Thienel/Bratschovsky, Gebührenersatz nach Paragraph 177, Absatz 5, BVergG - wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33), selbst abzusprechen habe, sieht sich das Bundesvergabeamt angesichts des klaren Willen des Gesetzgebers auch im vorliegenden Fall nicht veranlasst, von der ständigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes (BVA vom 28.5.2004, 4N-41/04-26 oder ausführlich BVA 1.6.2004, 16N-38/04-18) abzugehen. Der Antrag, den Auftraggeber zu verpflichten, die Kosten der Antragstellerin für dieses Verfahren dieser zur Handen dieser Vertreter zu ersetzen, ist demnach zurückzuweisen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die von der Antragstellerin im Antrag genannten, dem Auftraggeber aufzuerlegenden "Kosten der Antragstellerin für dieses Verfahren" nicht nur die Pauschalgebühren umfassen, sondern sämtliche der Antragstellerin erwachsenden Kosten, wie etwa auch Anwaltsgebühren. Darüber hat das Bundesvergabeamt allerdings keinesfalls abzusprechen, da hierfür jedenfalls keine geeignete Grundlage vorhanden ist.

Dokumentnummer

VERGT_20041001_06N_84_04_22_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