

# TE Verg Bescheid 2004/8/19 14N-89/03-59

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.08.2004

## Norm

BVergG 2002 §162 Abs2 Z2

VwGG §42 Abs3

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), BGBl I Nr. 99/2002, betreffend die Auftragsvergabe "A 2 Südautobahn Steiermark Abschnitt Mooskirchen-Modriach, Baulos Steinberg (Proj.-km 207,425 - Proj.-km 217,265) Tunnelbau-, Brückenbau- und Straßenbauarbeiten" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch RA X\*\*\*, vom 5.9.2003, verbessert eingebracht am 8.9.2003, und über den Teilnahmeantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. B\*\*\*, 2. C\*\*\*, 3. D\*\*\*, 4. E\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 15.09.2003, entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Ernst Hladik als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Johannes Schenk als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,, betreffend die Auftragsvergabe "A 2 Südautobahn Steiermark Abschnitt Mooskirchen-Modriach, Baulos Steinberg (Proj.-km 207,425 - Proj.-km 217,265) Tunnelbau-, Brückenbau- und Straßenbauarbeiten" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch RA X\*\*\*, vom 5.9.2003, verbessert eingebracht am 8.9.2003, und über den Teilnahmeantrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. B\*\*\*, 2. C\*\*\*, 3. D\*\*\*, 4. E\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 15.09.2003, entschieden:

### Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, der A\*\*\* vom 5.9.2003, "das Bundesvergabeamt möge die angefochtene Entscheidung der Antragsgegnerin, dem Angebot der Bietergemeinschaft B\*\*\*C\*\*\*D\*\*\*E\*\*\*, mit einer Nettoangebotssumme von Euro 42.051.563,44 den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären",

wird zurückgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus B\*\*\*, 2. C\*\*\*,

1. 3.Ziffer 3

D\*\*\*, 4. E\*\*\*, vom 15.9.2003, "das Bundesvergabeamt möge den Antrag der A\*\*\*, die Entscheidung der Antragsgegnerin, der Teilnahmeantragstellerin den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären, abweisen",

wird zurückgewiesen.

Begründung

Die A\*\*\* (im Folgenden Antragstellerin) erhob mit Schriftsatz vom 5.9.2003 unter anderem das Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft B\*\*\*C\*\*\*D\*\*\*E\*\*\*. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die Bietergemeinschaft B\*\*\*C\*\*\*D\*\*\*E\*\*\* (im Folgenden Teilnahmeantragstellerin) stellte mit Schriftsatz vom 15.9.2003 einen Teilnahmeantrag am Nachprüfungsverfahren und begehrte die Abweisung des Antrages der A\*\*\* auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde mit Spruch II des Bescheides des BVA vom 7.11.2003, 14N-89/03-42 stattgegeben, der Antrag der Teilnahmeantragstellerin auf Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde mit Spruch IV des zitierten Bescheides abgewiesen. Dem Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde mit Spruch römisch zwei des Bescheides des BVA vom 7.11.2003, 14N-89/03-42 stattgegeben, der Antrag der Teilnahmeantragstellerin auf Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde mit Spruch römisch vier des zitierten Bescheides abgewiesen.

In ihrem Schriftsatz vom 5.9.2003 und 15.9.2003 und ihrem ergänzenden Schriftsatz vom 15.9.2003 hatte die Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Sie habe im gegenständlichen offenen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Hauptangebot mit einer Nettoangebotssumme von Euro 44.991.211,67 sowie 17 Alternativangebote gelegt. Das 14. Alternativangebot sei hinter dem Angebot der Bietergemeinschaft B\*\*\*C\*\*\*D\*\*\*E\*\*\* (im Folgenden Teilnahmeantragstellerin), an zweite Stelle gereiht worden.

In der von Bietergemeinschaften auszufüllende Anlage 1, Rubrik B 8 der Bietererklärungen zum Angebot, seien die Mitglieder der Bietergemeinschaft und als deren federführendes Unternehmen die Bauunternehmung B\*\*\* genannt. Weiters seien als Vertreter der Bauunternehmung B\*\*\* Ing. F\*\*\* und als dessen Vertreter Ing. G\*\*\*, als die Bietergemeinschaft "nach außen hin in allen Angelegenheiten der Ausschreibung, des Angebotes und gegebenenfalls des Auftrages verbindlich zu vertreten" ermächtigte Vertreter genannt. Ing. G\*\*\*, Gesellschafter der Bauunternehmung B\*\*\*, sei wegen des Verbrechens des schweren Betruges und wegen Kartellmissbrauches ("Baukartellprozess") rechtskräftig verurteilt worden. Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft B\*\*\*C\*\*\*D\*\*\*E\*\*\* sei der Antragstellerin durch die vergebende Stelle der Auftraggeberin mit Telefax vom 27.8.2003 bekannt gegeben worden.

Gemäß § 51 Z 3 BVerG 2002 habe der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, handelsrechtliche Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Nach Sinn und Zweck des § 51 Z 3 BVerG 2002 sei allein maßgeblich, ob der in der Geschäftsführung tätigen (somit der Geschäftsführung zuzuordnende Handlungen verrichtenden), Person Vertretungsmacht gegenüber dem Auftraggeber zukomme. Diesfalls sei der Tatbestand des § 51 Z 3 BVerG 2002 erfüllt. Eine nicht die (formale) Stellung eines Geschäftsführers innehabende, jedoch mit Generalvollmacht ausgestattete Person unterliege im Gegensatz zum Geschäftsführer keinen durch den Geschäftsführervertrag

begründeten Beschränkungen. Eine unzuverlässige, nicht der Geschäftsführung angehörige, jedoch mit Generalvollmacht ausgestattete Person sei daher aus vergaberechtlicher Sicht sogar als bedenklicher einzustufen als ein unzuverlässiger Geschäftsführer. Durch die Bietererklärung habe die Bietergemeinschaft aufgrund der Textierung rechtsverbindlich erklärt, dass Ing. G\*\*\* nicht nur zur stellvertretenden Vertretung der Bietergemeinschaft in allen Angelegenheiten der Ausschreibung und des Angebotes, sondern auch zu deren stellvertretenden Vertretung der im Auftragsfall zu bildenden Arbeitsgemeinschaft berufen sei. Mit Ing. G\*\*\* habe sich die Bietergemeinschaft einer unzuverlässigen Person bedient, sodass der den Auftraggeber zum Ausschluss der Bietergemeinschaft verpflichtende Tatbestand des § 51 Z 3 BVergG 2002 verwirklicht sei. Eignung und Zuverlässigkeit eines Bieters hätten gemäß § 21 Abs. 1 iVm § 52 Abs. 5 BVergG 2002 im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen, sodass ein zu diesem Zeitpunkt vorliegender entsprechender Mangel nicht nachträglich sanierbar sei (etwa durch Entfernung eines unzulässigen Vertreters). Es liege somit ein nicht behebbarer Angebotsmangel vor, da dessen Verbesserung dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs widersprechen würde. Das Angebot der Bietergemeinschaft wäre daher mangels Zuverlässigkeit gemäß § 98 Z 1 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen. Gemäß Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002 habe der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, handelsrechtliche Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Nach Sinn und Zweck des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002 sei allein maßgeblich, ob der in der Geschäftsführung tätigen (somit der Geschäftsführung zuzuordnende Handlungen verrichtenden), Person Vertretungsmacht gegenüber dem Auftraggeber zukomme. Diesfalls sei der Tatbestand des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002 erfüllt. Eine nicht die (formale) Stellung eines Geschäftsführers innehabende, jedoch mit Generalvollmacht ausgestattete Person unterliege im Gegensatz zum Geschäftsführer keinen durch den Geschäftsführervertrag begründeten Beschränkungen. Eine unzuverlässige, nicht der Geschäftsführung angehörige, jedoch mit Generalvollmacht ausgestattete Person sei daher aus vergaberechtlicher Sicht sogar als bedenklicher einzustufen als ein unzuverlässiger Geschäftsführer. Durch die Bietererklärung habe die Bietergemeinschaft aufgrund der Textierung rechtsverbindlich erklärt, dass Ing. G\*\*\* nicht nur zur stellvertretenden Vertretung der Bietergemeinschaft in allen Angelegenheiten der Ausschreibung und des Angebotes, sondern auch zu deren stellvertretenden Vertretung der im Auftragsfall zu bildenden Arbeitsgemeinschaft berufen sei. Mit Ing. G\*\*\* habe sich die Bietergemeinschaft einer unzuverlässigen Person bedient, sodass der den Auftraggeber zum Ausschluss der Bietergemeinschaft verpflichtende Tatbestand des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002 verwirklicht sei. Eignung und Zuverlässigkeit eines Bieters hätten gemäß Paragraph 21, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz 5, BVergG 2002 im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen, sodass ein zu diesem Zeitpunkt vorliegender entsprechender Mangel nicht nachträglich sanierbar sei (etwa durch Entfernung eines unzulässigen Vertreters). Es liege somit ein nicht behebbarer Angebotsmangel vor, da dessen Verbesserung dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs widersprechen würde. Das Angebot der Bietergemeinschaft wäre daher mangels Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen.

Sofern sich die Bietergemeinschaft darauf berufe, die entsprechenden Festlegungen im Angebot (Rubrik B 8 der Bieterklärungen) durch ein Begleitschreiben zum Angebot vom 30.4.2003 abgeändert zu haben, stehe diese Abänderung im Widerspruch zur Bietererklärung. Da mit der Bietererklärung alle Bestimmungen der Ausschreibung einschränkungslos anzuerkennen sind und damit auch als solche anerkannt wurden, läge in diesem Fall ein die Ausschreibung abänderndes Angebot der Bietergemeinschaft vor. Das Angebot der Bietergemeinschaft wäre daher auch in diesem Fall als ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot, somit gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuschneiden gewesen. Sofern sich die Bietergemeinschaft darauf berufe, die entsprechenden Festlegungen im Angebot (Rubrik B 8 der Bieterklärungen) durch ein Begleitschreiben zum Angebot vom 30.4.2003 abgeändert zu haben, stehe diese Abänderung im Widerspruch zur Bietererklärung. Da mit der Bietererklärung alle Bestimmungen der Ausschreibung einschränkungslos anzuerkennen sind und damit auch als solche anerkannt wurden, läge in diesem Fall ein die Ausschreibung abänderndes Angebot der Bietergemeinschaft vor. Das Angebot der Bietergemeinschaft wäre daher auch in diesem Fall als ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot, somit gemäß Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 auszuschneiden gewesen.

Es sei daher dem Alternativangebot 14 der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Als Bestbieterin sei die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung gemäß § 99 Abs. 1 BVergG 2002 verletzt. Es sei daher dem Alternativangebot 14 der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen. Als Bestbieterin sei

die Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 99, Absatz eins, BVergG 2002 verletzt.

Die Auftraggeberin hatte in ihrer Stellungnahme vom 10.9.2003 im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Zutreffend sei, dass Ing. G\*\*\* wegen schweren Betruges und Kartellmissbrauches rechtskräftig verurteilt worden sei. In der Bietererklärung habe die Bietergemeinschaft als diese in allen Angelegenheiten der Ausschreibung, des Angebotes und gegebenenfalls des Auftrags verbindlich zu vertreten ermächtigte Person Ing. F\*\*\* und als dessen Vertreter Ing. G\*\*\* namhaft gemacht. In ihrem dem Angebot angeschlossenen Begleitschreiben vom 30.4.2003, habe die Bietergemeinschaft allerdings ausdrücklich ausgeführt, dass die Gesamtbauleitung des Bauvorhabens durch den Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft, Ing. F\*\*\* durchgeführt werden solle und habe als dessen Stellvertreter DI H\*\*\* namhaft gemacht.

Ing. G\*\*\* sei von der Bietergemeinschaft jedenfalls nicht als Geschäftsführer für die Arbeitsgemeinschaft namhaft gemacht worden. Der Vorwurf der Antragstellerin, das Angebot der Bietergemeinschaft wäre mangels Zuverlässigkeit gemäß § 51 Z 3 BVergG 2002 auszuscheiden gewesen, gehe daher ins Leere. Ing. G\*\*\* sei weder Mitglied der Geschäftsführung eines der Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft, noch würden von diesem diesbezügliche Tätigkeiten wahrgenommen. Ing. G\*\*\* sei von der Bietergemeinschaft jedenfalls nicht als Geschäftsführer für die Arbeitsgemeinschaft namhaft gemacht worden. Der Vorwurf der Antragstellerin, das Angebot der Bietergemeinschaft wäre mangels Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002 auszuscheiden gewesen, gehe daher ins Leere. Ing. G\*\*\* sei weder Mitglied der Geschäftsführung eines der Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft, noch würden von diesem diesbezügliche Tätigkeiten wahrgenommen.

Ing. G\*\*\* sei lediglich in der Bietererklärung als Vertreter des Ing. F\*\*\* angeführt worden. Zudem bedeute Vertretungsmacht ein rechtliches Können und kein rechtliches Müssen. Ing. G\*\*\* könne die Vertretungsmacht daher jederzeit wieder entzogen werden. Dieser könne seine Bestellung zum Bevollmächtigten auch jederzeit selbst kündigen.

Ein von der Antragstellerin behaupteter Widerspruch zwischen Begleitschreiben und Bietererklärung bestehe nicht, da ein Vertreter gemeinhin anerkannt nicht gleichzeitig auch Geschäftsführer sein müsse.

Auch seien Eignung und Zuverlässigkeit der Bieter nach objektiven Kriterien und nicht danach zu beurteilen, welche Personen von den Bietern in der Bietererklärung namhaft gemacht würden.

Schließlich bringe die Bestimmung des § 51 Z 3 BVergG 2002 unter Berücksichtigung der dieser Regelung zugrunde liegenden Vergaberichtlinien lediglich die Möglichkeit für den Auftraggeber, einen unzuverlässigen Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, jedoch keine Verpflichtung hiezu. Schließlich bringe die Bestimmung des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002 unter Berücksichtigung der dieser Regelung zugrunde liegenden Vergaberichtlinien lediglich die Möglichkeit für den Auftraggeber, einen unzuverlässigen Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, jedoch keine Verpflichtung hiezu.

Die Teilnahmeantragstellerin hatte in ihren Stellungnahmen vom 10.9.2003, 15.9.2003 und 25.9.2003 im Wesentlichen folgendes vorgebracht:

Gemäß Teil B 8 der Ausschreibung sei bei Bietergemeinschaften das federführende Unternehmen zu bezeichnen und für dieses ein Vertreter sowie ein Stellvertreter, die Bietergemeinschaft in allen Angelegenheiten der Ausschreibung, des Angebots und gegebenenfalls des Auftrags verbindlich zu vertreten haben, anzugeben gewesen. Die Teilnahmeantragstellerin habe dem entsprochen, wobei sie zwischen der Phase der Angebotslegung bis zur Zuschlagserteilung (Phase des Vergabeverfahrens) einerseits und der Phase der Auftragsdurchführung (somit für die im Auftragsfall zu bildende Arbeitsgemeinschaft) andererseits, unterschieden habe: Für beide Phasen sei als erster Vertreter Ing. F\*\*\* genannt worden. Als Stellvertreter des Ing. F\*\*\* sei für die Phase des Vergabeverfahrens Ing. G\*\*\* benannt worden. Für die Phase der Auftragsdurchführung (Gesamtbauleitung) sei als Stellvertreter des Ing. F\*\*\* DI H\*\*\* benannt worden. Ing. G\*\*\* sei in einem einen integrierenden Bestandteil des Angebotes bildenden Begleitschreiben nur als vorläufiger Bauleiter für den Brückenbau vorgesehen gewesen. Ing. G\*\*\* sei demnach in keinem Zeitpunkt als Vertreter einer (erst zu bildenden) Arbeitsgemeinschaft bestimmt gewesen. Die Teilnahmeantragstellerin habe im Zeitpunkt der Angebotsöffnung keinerlei Absicht gehabt, Ing. G\*\*\* als Vertreter einer noch nicht bestehenden Arbeitsgemeinschaft oder eines Arbeitsgemeinschaftsmitgliedes einzusetzen.

Im für das Vorliegen der Befugnis im offenen Verfahren maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehe noch keine Arbeitsgemeinschaft, da diese gemäß § 30 Abs. 2 BVergG 2002 erst im Auftragsfall entstehe. Es sei daher auf die Zuverlässigkeit der einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft abzustellen. Ing. G\*\*\* sei jedoch kein Mitglied der Geschäftsführung der Bauunternehmung B\*\*\* und damit keine in der Geschäftsführung tätige Person im Sinne des § 51 Z 3 BVergG 2002. Die Bauunternehmung B\*\*\* als Mitglied der Bietergemeinschaft, wie auch die anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft, seien daher zuverlässig gewesen. Im für das Vorliegen der Befugnis im offenen Verfahren maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehe noch keine Arbeitsgemeinschaft, da diese gemäß Paragraph 30, Absatz 2, BVergG 2002 erst im Auftragsfall entstehe. Es sei daher auf die Zuverlässigkeit der einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft abzustellen. Ing. G\*\*\* sei jedoch kein Mitglied der Geschäftsführung der Bauunternehmung B\*\*\* und damit keine in der Geschäftsführung tätige Person im Sinne des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002. Die Bauunternehmung B\*\*\* als Mitglied der Bietergemeinschaft, wie auch die anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft, seien daher zuverlässig gewesen.

Mit Schreiben vom 4.7.2003 habe die Teilnahmeantragstellerin der Aufforderung durch die vergebende Stelle, nochmals Aufklärung im Hinblick auf die strafrechtliche Verurteilung des Ing. G\*\*\* zu geben, wie bereits zuvor mit Schreiben vom 10.6.2003, entsprochen und mitgeteilt, dass das Strafverfahren gegen Ing. G\*\*\* nicht geeignet sei, die berufliche Zuverlässigkeit der Teilnahmeantragstellerin in Frage zu stellen. Weiters, dass diese einem Wunsch der Auftraggeberin nach Einsetzung eines anderen als des ohnehin nur als vorläufig in Aussicht genommenen Bauleiters, Ing. G\*\*\* jedoch gerne nachkomme. Falls weiters gewünscht, könne auch bestätigt werden, dass Ing. G\*\*\* im Auftragsfall weder als Bauleiter noch in einer anderen Funktion eingesetzt werde.

Das Bundesvergabeamt hatte seinem Bescheid 14N-89/03-42 vom 7.11.2003, folgenden entscheidungsrelevanten Sachverhalt zugrunde gelegt:

"Die Antragstellerin hat im gegenständlichen offenen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Hauptangebot mit einer Nettoangebotssumme von Euro 44.991.211,67 sowie siebzehn Alternativangebote gelegt. Die Angebotsöffnung fand am 30.4.2003 statt. Das vierzehnte Alternativangebot der Antragstellerin wurde hinter den Angeboten der Bietergemeinschaft B\*\*\*C\*\*\*D\*\*\*E\*\*\* (im Folgenden Teilnahmeantragstellerin) an dritte Stelle gereiht.

Die vom Alleinunternehmer auszufüllende Rubrik A), Teil B 8 der Bietererklärungen, lautet:

"A) Als unser Vertreter, der uns in allen Angelegenheiten der Ausschreibung, des Angebots und gegebenenfalls des Auftrags verbindlich vertreten wird, nennen wir  
Herrn/Frau.....  
und als dessen Vertreter Herrn/Frau  
....., die unter der Anschrift  
.....  
und dem Fernruf .....zu erreichen  
sind."

Die von der Bauunternehmung B\*\*\* ausgefüllte Rubrik A) Teil B 8 der Bietererklärungen lautet:

"A) Als unser Vertreter, der uns in allen Angelegenheiten der Ausschreibung, des Angebots und gegebenenfalls des Auftrags verbindlich vertreten wird, nennen wir Herrn/Frau Ing. F\*\*\*  
und als dessen Vertreter Herrn/Frau Ing. G\*\*\*, die unter der Anschrift  
..... und

dem Fernruf .....zu erreichen sind."

Die von Bietergemeinschaften auszufüllende Rubrik B) Teil B 8

der Bietererklärungen lautet:

"B) Bietergemeinschaft

Die unterzeichneten Unternehmungen erklären, dass sie im Auftragsfall die ausgeschriebenen Leistungen als Arbeitsgemeinschaft erbringen werden. Für alle wie immer gearteten Verpflichtungen aus dem gegenständlichen Auftrag haften sämtliche Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft der ASFINAG als Auftraggeberin zur ungeteilten Hand (§ 891 ABGB).

Wir, die nachstehend angeführten Partner der ARGE, das sind

1. ....
2. ....
3. ....
4. ....

ermächtigen und beauftragen den Partner

.....

(federführendes Unternehmen)

und dieser weiter

Herrn/Frau ..... und als dessen

Vertreter

Herrn/Frau ....., die unter der

Anschrift

..... und dem

Fernruf ..... zu erreichen sind, uns nach

außen hin in allen Angelegenheiten der Ausschreibung des Angebotes und gegebenenfalls des Auftrags verbindlich zu vertreten".

Die von der Teilnahmeantragstellerin ausgefüllte Rubrik B)Teil B 8 der Bietererklärungen lautet:

"B) Bietergemeinschaft

Die unterzeichneten Unternehmungen erklären, dass sie im Auftragsfall die ausgeschriebenen Leistungen als Arbeitsgemeinschaft erbringen werden. Für alle wie immer gearteten Verpflichtungen aus dem gegenständlichen Auftrag haften sämtliche Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft der ASFINAG als Auftraggeberin zur ungeteilten Hand (§ 891 ABGB).Die unterzeichneten Unternehmungen erklären, dass sie im Auftragsfall die ausgeschriebenen Leistungen als Arbeitsgemeinschaft erbringen werden. Für alle wie immer gearteten Verpflichtungen aus dem gegenständlichen Auftrag haften sämtliche Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft der ASFINAG als Auftraggeberin zur ungeteilten Hand (Paragraph 891, ABGB).

Wir, die nachstehend angeführten Partner der ARGE, das sind

1. B\*\*\*
2. C\*\*\*
3. D\*\*\*

4. E\*\*\*

ermächtigen und beauftragen den Partner

B\*\*\* (federführendes Unternehmen)

und dieser weiter

Herrn/Frau Ing. F\*\*\* und als dessen Vertreter

Herrn/Frau Ing. G\*\*\*, die unter der Anschrift

..... und dem

Fernruf ..... zu erreichen sind, uns nach

außen hin in allen Angelegenheiten der Ausschreibung des Angebotes und gegebenenfalls des Auftrags verbindlich zu vertreten."

Dem Angebot der Teilnahmeantragstellerin war im Sinne Punkt 9.2.4.b der Ausschreibungsunterlagen (Nachweis der Zuverlässigkeit), lediglich eine Strafregisterbescheinigung für den handelsrechtlichen Geschäftsführer der Bauunternehmung B\*\*\*, Ing. I\*\*\* angeschlossen.

Dem Angebot der Teilnahmeantragstellerin war ein dieses begleitendes Schreiben vom 30.4.2003 angeschlossen, das in folgender Hinsicht von den in der Bietererklärung in Teil B 8 abgegebenen Erklärungen abweicht: Im Begleitschreiben gab die Teilnahmeantragstellerin an, dass die Gesamtbauleitung des Bauvorhabens durch den Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft, Ing. F\*\*\* und in dessen Vertretung durch DI H\*\*\* durchgeführt werde. Ing. G\*\*\* wird in diesem Schreiben (nur mehr) als Brückenbauleiter angeführt. Als Tunnelbauleiter werden DI H\*\*\* und als Straßenbauleiter Ing. F\*\*\* genannt. In der mündlichen Verhandlung stellte der Vertreter der Teilnahmeantragstellerin hiezu fest, dass es sich um eine seitens des federführenden Unternehmens der Bietergemeinschaft, der Bauunternehmung B\*\*\*, gepflogene Praxis handle, für die Phase des Vergabeverfahrens und für die Phase der Auftragsdurchführung jeweils verschiedene Personen einzusetzen und daher namhaft zu machen. Da jedoch die Textierung der Ausschreibungsbestimmungen (Bietererklärungen) diese Differenzierung nicht ermöglicht habe, sei es erforderlich gewesen, mit dem Angebot ein diese Unterscheidung vornehmendes Begleitschreiben abzugeben.

Ing. G\*\*\* wurde im Strafverfahren 5Vr 389/99 des Landesgerichtes für Strafsachen Graz wegen schweren Betruges und Kartellmissbrauchs rechtskräftig verurteilt. Eine dies bestätigende Strafregisterbescheinigung wurde seitens des BVA eingeholt. Die Auftraggeberin hatte von dieser Verurteilung Kenntnis.

Am 2.6.2003 fand ein Aufklärungsgespräch zwischen Auftraggeberin und Teilnahmeantragstellerin zu einzelnen Positionen des Angebotes statt, in welchem von der Auftraggeberin eine weitere (schriftliche) Aufklärung zur Person des Ing. G\*\*\* im Hinblick auf dessen strafrechtliche Verurteilung und dessen im Angebot der Teilnahmeantragstellerin angegebene Funktion verlangt wurde.

Ein von der vergebenden Stelle der Auftraggeberin an eine Rechtsanwaltskanzlei in Auftrag gegebenes Gutachten zur Verurteilung und Stellung des Ing. G\*\*\*, hatte dessen Verurteilung im Hinblick auf eine mögliche Vergabeentscheidung als grundsätzlich unbedenklich eingestuft, jedoch der Auftraggebern empfohlen, von der Bietergemeinschaft zur Person des Ing. G\*\*\* nochmals Aufklärung zu verlangen.

Mit Schreiben vom 4.7.2003 teilte die Teilnahmeantragstellerin mit einem inhaltlich im wesentlich gleich lautenden Schreiben wie jenem bereits am 10.6.2003 ergangenen Schreiben an die Auftraggeberin nochmals mit, dass die strafrechtliche Verurteilung des Ing. G\*\*\* nicht geeignet sei, die berufliche Zuverlässigkeit der Bietergemeinschaft in Frage zu stellen. Weiters, dass diese einem Wunsch der Auftraggeberin nach Einsetzung eines anderen als des vorläufig in Aussicht genommenen Bauleiters Ing. G\*\*\* jedoch gerne nachkommen werde und falls gewünscht, darüber hinaus bestätigen könne, dass Ing. G\*\*\* im Auftragsfall weder als Bauleiter noch in anderer Funktion eingesetzt würde.

Die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeantragstellerin wurde der Antragstellerin durch die vergebende Stelle der Auftraggeberin mit Telefax vom 27.8.2003 bekannt gegeben.

Mit Schreiben vom 27.8.2003 teilte die Antragstellerin der vergebenden Stelle mit, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Teilnahmeantragstellerin aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung des Ing. G\*\*\* rechtswidrig sei.

Mit Schreiben vom 1.9.2003 an die Antragstellerin erwiderte die vergebende Stelle, dass die Eignung, insbesondere die Zuverlässigkeit der Zuschlagsempfängerin einer vertieften Prüfung unterzogen worden seien.

Diese habe zu dem Ergebnis geführt, dass die Eignung gegeben sei. Es werde an der getroffenen Zuschlagsentscheidung festgehalten.

Mit Schreiben vom 3.9.2003 gab die vergebende Stelle der Antragstellerin die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes gemäß § 100 Abs. 3 BVergG 2002 bekannt. (Ermittlung des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin aufgrund der maßgeblichen Zuschlagskriterien Preis und Gewährleistung als Bestbieterin). "Mit Schreiben vom 3.9.2003 gab die vergebende Stelle der Antragstellerin die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes gemäß Paragraph 100, Absatz 3, BVergG 2002 bekannt. (Ermittlung des Angebotes der Teilnahmeantragstellerin aufgrund der maßgeblichen Zuschlagskriterien Preis und Gewährleistung als Bestbieterin)."

Die Stattgabe des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hatte das Bundesvergabeamt im Bescheid 14N-89/03-42 vom 7.11.2003 (Spruchpunkt II), wie folgt begründet: Die Stattgabe des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hatte das Bundesvergabeamt im Bescheid 14N-89/03-42 vom 7.11.2003 (Spruchpunkt römisch zwei), wie folgt begründet:

"Gemäß dem von Bietergemeinschaften auszufüllenden Teil B 8 der Bietererklärungen sind ein Vertreter und in dessen Vertretung eine weitere Person des federführenden Unternehmens der Bietergemeinschaft anzugeben, der (die) dazu ermächtigt ist (sind) und damit beauftragt wird (werden), die Bietergemeinschaft "nach außen hin in allen Angelegenheiten der Ausschreibung, des Angebots und gegebenenfalls des Auftrags verbindlich zu vertreten."

Der eindeutige Wortlaut dieser Rubrik des Teiles B 8 der Bietererklärungen bringt zum einen unmissverständlich zum Ausdruck, dass als Vertreter der Bietergemeinschaft nur eine Person und eine weitere Person als deren Vertreter (somit als Stellvertreter) der Bietergemeinschaft namhaft zu machen sind. Zum anderen lässt die ausdrückliche Textierung keinerlei Zweifel daran, dass diese eine zur Vertretung berufene Person und diese weitere, in Stellvertretung dieser Person zur Vertretung der Bietergemeinschaft berufene Person, die Bietergemeinschaft in sämtlichen angeführten Angelegenheiten, somit sowohl in Bezug auf die Ausschreibung als auch auf das Angebot als auch gegebenenfalls auf den Auftrag (somit im Falle der Zuschlagserteilung in der sich an diese anschließenden Ausführungsphase) rechtsverbindlich nach außen zu vertreten haben.

Daraus folgt zwingend, dass für die angeführten Phasen der Ausschreibung, des Angebots und des Auftrags nicht jeweils verschiedene Personen als Vertreter bzw. verschiedene Personen als Stellvertreter angegeben werden können.

In der durch die Auftraggeberin vorgegebenen und von der Teilnahmeantragstellerin ausgefüllten Textierung der von Bietergemeinschaften auszufüllenden Rubrik B 8 der Bietererklärungen ist Ing. G\*\*\* als Vertreter des Vertreters der die Bietergemeinschaft in allen Angelegenheiten der Ausschreibung, des Angebotes und gegebenenfalls des Auftrags - somit auch in der Ausführungsphase - nach außen verbindlich zu vertreten berechnete Person angegeben. Durch das Begleitschreiben zum Angebot wird für die Phase der Auftragsabwicklung (Gesamtbauleitung) hingegen der - vorbestrafte - Ing. G\*\*\* durch den - unbescholtenen - DI H\*\*\* ausgetauscht. Ing. G\*\*\* wird im Begleitschreiben nur mehr als Brückenbauleiter angeführt. Für die Angelegenheiten des Angebots und der Ausschreibung ist demnach nach wie vor, wie in Teil B 8 der Bietererklärungen ausgefüllt wurde, Ing. G\*\*\* stellvertretender Vertreter der Bietergemeinschaft. Entgegen dem Erfordernis der Ausschreibungsbestimmungen handelt es sich jedoch bei dem für die Phase des Vergabeverfahrens (Anbotlegung bis Zuschlagserteilung) und für die Phase der Auftragsdurchführung (Phase ab Zuschlagserteilung) jeweils als Vertreter bzw. Stellvertreter angegebenen Personen um verschiedene Personen.

Gemäß Teil B 8 erster Satz der Bietererklärungen erklärt der Bieter, "dass er die Ausschreibungsunterlagen samt Beilagen bearbeitet hat und alle darin festgelegten Bestimmungen und Richtlinien ohne Einschränkungen anerkennt."

Gemäß Punkt 13.4. der Ausschreibungsbestimmungen (Bestandteile des Angebots) sind unter anderem die rechtsgültig unterfertigte Beilage B 8 inklusive Bietererklärung gemäß Anlage 1/B 8 mit allen geforderten Beilagen und Nachweisen als Angebot einzureichen. Die Bietererklärung bildet somit einen integrierenden Bestandteil des Angebots.

Die Verpflichtung zur einschränkungslosen Anerkennung aller in den Ausschreibungsunterlagen samt Beilagen

festgelegten Bestimmungen und Richtlinien erstreckt sich zweifellos auch auf die Anerkennung der in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Textierung der durch den Bieter auszufüllenden Rubriken. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die Textierung keiner inhaltlichen Abänderung durch den Bieter unterzogen werden kann.

Gemäß Punkt 13.3. der Ausschreibungsbestimmungen (Erklärungen zum Angebot) kann ein Bieter sein Angebot erläutern oder besondere, über die in der Ausschreibung geforderten Erklärungen hinausgehende Erklärungen in einem "Begleitschreiben" zum ausschreibungsgemäßen Angebot erfassen.

Die im Wege eines Begleitschreibens gegebenen zusätzlichen Erläuterungen zum Angebot haben sich daher im Rahmen des Angebotes zu halten und dieses lediglich zu präzisieren. Durch das Begleitschreiben zum Angebot wird der in der Bietererklärung für sämtliche Angelegenheiten als stellvertretender Vertreter der Bietergemeinschaft namhaft gemachte Ing. G\*\*\* für die Ausführungsphase (Gesamtbauleitung) gegen DI H\*\*\* ausgetauscht. Ing. G\*\*\* scheint im Begleitschreiben nur mehr als Brückenbauleiter auf. Aufgrund der insoweit vom Begleitschreiben unberührt gebliebenen Angaben in Teil B 8 der Bieterklärungen ist Ing. G\*\*\* jedenfalls weiterhin als die für Ausschreibung und Anbot stellvertretend zu vertreten befugte Person anzusehen.

Die entsprechenden Angaben im Begleitschreiben bedeuten somit keine bloße Konkretisierung der in den Bieterklärungen enthaltenen Angaben, sondern vielmehr - wie auch in der mündlichen Verhandlung seitens der Teilnahmeantragstellerin nochmals bekräftigt - eine aufgrund der vorgegebenen Textierung der Bieterklärungen nicht mögliche Unterscheidung zwischen der für Ausschreibungs- und Angebotsphase einerseits und der für die Auftragsdurchführungsphase andererseits, jeweils zur stellvertretenden Vertretung der Bietergemeinschaft berufenen Person. Die Angaben im Begleitschreiben stehen durch Abänderung der in den Bieterklärungen enthaltenen Angaben im Widerspruch zu den Angaben in den Bieterklärungen und können damit nur als im Widerspruch zum Angebot stehend, gedeutet werden. Somit liegt ein die Ausschreibungsbestimmungen abänderndes, den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot im Sinne des § 98 Z 8 BVergG 2002 vor. Zu demselben Ergebnis führt auch die auf privatrechtliche Willenserklärungen eines Bieters anzuwendende Unklarheitenregel des § 915 ABGB, wonach eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen auszulegen ist, der sich ihrer bedient hat. Die entsprechenden Angaben im Begleitschreiben bedeuten somit keine bloße Konkretisierung der in den Bieterklärungen enthaltenen Angaben, sondern vielmehr - wie auch in der mündlichen Verhandlung seitens der Teilnahmeantragstellerin nochmals bekräftigt - eine aufgrund der vorgegebenen Textierung der Bieterklärungen nicht mögliche Unterscheidung zwischen der für Ausschreibungs- und Angebotsphase einerseits und der für die Auftragsdurchführungsphase andererseits, jeweils zur stellvertretenden Vertretung der Bietergemeinschaft berufenen Person. Die Angaben im Begleitschreiben stehen durch Abänderung der in den Bieterklärungen enthaltenen Angaben im Widerspruch zu den Angaben in den Bieterklärungen und können damit nur als im Widerspruch zum Angebot stehend, gedeutet werden. Somit liegt ein die Ausschreibungsbestimmungen abänderndes, den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot im Sinne des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 vor. Zu demselben Ergebnis führt auch die auf privatrechtliche Willenserklärungen eines Bieters anzuwendende Unklarheitenregel des Paragraph 915, ABGB, wonach eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen auszulegen ist, der sich ihrer bedient hat.

Gemäß § 98 1. Satz iVm § 98 Z 8 BVergG 2002 hat die vergebende Stelle aufgrund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung unter anderem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden, sofern die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbare sind. Aus § 98 Z 8 BVergG 2002 folgt, dass der Bieter nur im Falle eines behebbaren Mangels zunächst gemäß § 94 Abs. 1 BVergG 2002 zu einer schriftlichen Aufklärung innerhalb angemessener Frist aufzufordern ist. Unbehebbarkeit des Mangels führt hingegen zum sofortigen Ausscheiden des Angebotes. Gemäß Paragraph 98, 1. Satz in Verbindung mit Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 hat die vergebende Stelle aufgrund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung unter anderem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden, sofern die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbare sind. Aus Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 folgt, dass der Bieter nur im Falle eines behebbaren Mangels zunächst gemäß Paragraph 94, Absatz eins, BVergG 2002 zu einer schriftlichen Aufklärung innerhalb angemessener Frist aufzufordern ist. Unbehebbarkeit des Mangels führt hingegen zum sofortigen Ausscheiden des Angebotes.

Die Beurteilung, ob es sich um einen einer Mängelbehebung zuzuführenden verbesserungsfähigen oder um einen zum sofortigen Ausscheiden führenden unbehebbar Mangel handelt, ist nach der von Aicher entwickelten und auch

vom Verwaltungsgerichtshof herangezogenen Grundregel zu treffen, wonach nur solche Mängel verbesserungsfähig sind, die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung - im Sinne einer Verbesserung - der Wettbewerbsstellung des Mängel behebenden Bieters führen (vgl. Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes in Korinek/Rill, zur Reform des Vergaberechts (1985) 111). Maßgebend für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, dass die nachträgliche Veränderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und der Transparenz abträglich ist (vgl. dazu auch EuGH 25.4.1996, Rs C- 87/94 (Kommission/Königreich Belgien), Rz 56, (BVA 3.4.1998, N- 10/98-11)). Die Beurteilung, ob es sich um einen einer Mängelbehebung zuzuführenden verbesserungsfähigen oder um einen zum sofortigen Ausscheiden führenden unbehebbarer Mangel handelt, ist nach der von Aicher entwickelten und auch vom Verwaltungsgerichtshof herangezogenen Grundregel zu treffen, wonach nur solche Mängel verbesserungsfähig sind, die nicht nach Angebotsöffnung zu einer Veränderung - im Sinne einer Verbesserung - der Wettbewerbsstellung des Mängel behebenden Bieters führen vergleiche Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes in Korinek/Rill, zur Reform des Vergaberechts (1985) 111). Maßgebend für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, dass die nachträgliche Veränderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und der Transparenz abträglich ist vergleiche dazu auch EuGH 25.4.1996, Rs C- 87/94 (Kommission/Königreich Belgien), Rz 56, (BVA 3.4.1998, N- 10/98-11)).

Eine allfällige Rücknahme der im Begleitschreiben zum Angebot abgegebenen Erklärungen würde zwar die angesprochene Divergenz und damit die Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes beseitigen. Darin läge jedoch eine wettbewerbs- und gleichbehandlungswidrige, dem Verhandlungsverbot widersprechende nachträgliche Änderung im Sinne einer Verbesserung der Stellung des Mängel behebenden Bieters.

Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang auch der Inhalt nachträglicher Aufklärungsgespräche. Ein objektiv den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot kann im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter keinesfalls durch nachträgliche Aufklärungsgespräche, in denen ja keine Klarstellung, sondern im Hinblick auf den eindeutigen Gehalt der ursprünglichen Erklärung lediglich eine Abänderung möglich wäre, "verbessert" werden (vgl. BVA 29.6.1999, N-25/99-16, N-28/99-4, BVA 19.1.1998, N-1/98, BVA 8.1.2002, N-107/01-23). Die im Nachhinein von der Auftraggeberin verlangte und von der Bietergemeinschaft gegebene Aufklärung ist daher unbeachtlich. Diese wurde im Übrigen auch nicht in Bezug auf den Widerspruch des Begleitschreibens zum Angebot eingeholt, sondern allein in Bezug auf die als stellvertretenden Vertreter vorgesehenen Person des Ing. G\*\*\* im Hinblick auf dessen einschlägige rechtskräftige Verurteilung. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang auch der Inhalt nachträglicher Aufklärungsgespräche. Ein objektiv den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot kann im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter keinesfalls durch nachträgliche Aufklärungsgespräche, in denen ja keine Klarstellung, sondern im Hinblick auf den eindeutigen Gehalt der ursprünglichen Erklärung lediglich eine Abänderung möglich wäre, "verbessert" werden vergleiche BVA 29.6.1999, N-25/99-16, N-28/99-4, BVA 19.1.1998, N-1/98, BVA 8.1.2002, N-107/01-23). Die im Nachhinein von der Auftraggeberin verlangte und von der Bietergemeinschaft gegebene Aufklärung ist daher unbeachtlich. Diese wurde im Übrigen auch nicht in Bezug auf den Widerspruch des Begleitschreibens zum Angebot eingeholt, sondern allein in Bezug auf die als stellvertretenden Vertreter vorgesehenen Person des Ing. G\*\*\* im Hinblick auf dessen einschlägige rechtskräftige Verurteilung.

Da eine Behebung des Mangels nicht möglich ist, wäre die Auftraggeberin zum sofortigen Ausscheiden des Angebotes der Teilnehmeantragstellerin verpflichtet gewesen, sodass die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grund für nichtig zu erklären ist. Auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin zur Verwirklichung des Ausscheidenstatbestandes des § 98 Z 1 BVergG 2002 und des Ausschlussstatbestandes des § 51 Z 3 BVergG 2002 im Hinblick auf die von dieser behauptete Unzuverlässigkeit der in der Bietererklärung angeführten Person des Ing. G\*\*\* war daher nicht näher einzugehen. "Da eine Behebung des Mangels nicht möglich ist, wäre die Auftraggeberin zum sofortigen Ausscheiden des Angebotes der Teilnehmeantragstellerin verpflichtet gewesen, sodass die Zuschlagsentscheidung bereits aus diesem Grund für nichtig zu erklären ist. Auf das weitere Vorbringen der Antragstellerin zur Verwirklichung des Ausscheidenstatbestandes des Paragraph 98, Ziffer eins, BVergG 2002 und des Ausschlussstatbestandes des Paragraph 51, Ziffer 3, BVergG 2002 im Hinblick auf die von dieser behauptete Unzuverlässigkeit der in der Bietererklärung angeführten Person des Ing. G\*\*\* war daher nicht näher einzugehen."

Die Begründung der Abweisung des Antrages der Teilnahmeantragstellerin auf Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruch IV des Bescheides 14N-89/03-42), ergab sich aus Spruch II des Bescheides 14N-89/03-42. Die Begründung der Abweisung des Antrages der Teilnahmeantragstellerin auf Abweisung des Antrages der Antragstellerin auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung (Spruch römisch vier des Bescheides 14N-89/03-42), ergab sich aus Spruch römisch zwei des Bescheides 14N-89/03-42.

Die ASFINAG (im Folgenden Auftraggeberin) erhob gegen den Bescheid des BVA 14N-89/03-42 vom 7.11.2003 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

Der VwGH hob den zitierten Bescheid mit Erkenntnis 2003/04/0186- 9 vom 25.2.2004, im Umfang seiner Spruchpunkte II und IV wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Der VwGH hob den zitierten Bescheid mit Erkenntnis 2003/04/0186- 9 vom 25.2.2004, im Umfang seiner Spruchpunkte römisch zwei und römisch vier wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

Wie in den Sachverhaltsfeststellungen ausgeführt, waren für die verschiedenen Phasen (Ausschreibung, Angebot und Auftragsdurchführung) verschiedene Personen zur Stellvertretung der Bietergemeinschaft (Teilnahmeantragstellerin) vorgesehen gewesen.

Mit obzitiertem Erkenntnis bestätigte der VwGH die Rechtsauffassung des BVA im angefochtenen Bescheid 14N-89/03-42, dass aufgrund der Textierung der Ausschreibungsunterlagen für sämtliche Stadien der Vergabe (die Ausschreibung, das Angebot und gegebenenfalls die Auftragsdurchführung) - nur - eine zur Vertretung und - nur - eine weitere, zur Stellvertretung der Bietergemeinschaft nach außen berufene Person, namhaft zu machen sind. Wie auch der VwGH infolge dessen weiters bestätigte, ist die Zuschlagsentscheidung somit zugunsten eines ausschreibungswidrigen und somit mangelhaften Angebotes ergangen.

Der VwGH qualifizierte in seinem Erkenntnis 2003/04/0186-9 vom 25.2.2004, den gegenständlichen, in der Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes liegenden Mangel, allerdings als behebbaren Mangel und hielt diesen dem verbesserungsfähigen Formmangel eines zwar nicht firmenmäßig gefertigten, aber rechtsverbindlichen Angebotes gleich.

Der VwGH führte in seinem Erkenntnis weiters aus, dass für die Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbar Mängeln darauf abzustellen sei, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Unter Zugrundelegung dieser Differenzierung beurteilte der VwGH den in Rede stehenden Mangel als behebbaren Mangel.

Die Beurteilung als behebbarer Mangel ändert jedoch nichts daran, dass - wie auch der VwGH in seinem Erkenntnis bestätigte - die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines mangelhaften Angebotes ergangen ist:

Die Auftraggeberin hatte das Angebot der Teilnahmeantragstellerin mit dem in der besagten Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes liegenden Mangel akzeptiert und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen, ohne die Teilnahmeantragstellerin zuvor iSd Gebotes des § 94 Abs. 1 BVergG 2002 zur Mängelbehebung aufgefordert zu haben. Die Zuschlagsentscheidung wurde zugunsten eines Angebotes getroffen, das im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung mit einem - wenn auch behebbaren Mangel - behaftet war und ist demnach bereits aus diesem Grund rechtswidrig. Die Auftraggeberin hatte das Angebot der Teilnahmeantragstellerin mit dem in der besagten Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes liegenden Mangel akzeptiert und die Zuschlagsentscheidung zugunsten dieses Angebotes getroffen, ohne die Teilnahmeantragstellerin zuvor iSd Gebotes des Paragraph 94, Absatz eins, BVergG 2002 zur Mängelbehebung aufgefordert zu haben. Die Zuschlagsentscheidung wurde zugunsten eines Angebotes getroffen, das im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung mit einem - wenn auch behebbaren Mangel - behaftet war und ist demnach bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

Daraus folgt, dass die mit dem angefochtenen Bescheid des BVA erfolgte Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung im Ergebnis richtig war.

Im Hinblick auf die außer Streit stehende Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin beim BVA mit Schriftsatz vom 1.3.2004, unter Aufrechterhaltung ihres Begehrens vom 5.9.2003 auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, abermals einen, die Untersagung der Zuschlagserteilung begehrenden, Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ein. Unter Berufung auf die Ausführungen des VwGH in seinem Erkenntnis

2003/04/0186-9 vom 25.2.2004, brachte die Antragstellerin in Ergänzung ihres Vorbringens vom 5.9.2003 vor, dass zwar der VwGH in seinem Erkenntnis von einem behebbaren Mangel ausgegangen, dieser jedoch nicht behoben worden und die Zuschlagsentscheidung somit rechtswidrig sei.

Das Erkenntnis des VwGH 2003/04/0186-9 vom 25.2.2004, war den Parteien und dem BVA Freitag, den 27.2.2004 - nach Ablauf der Amtsstunden des BVA - per Telefax zugestellt worden. Der Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer neuerlichen einstweiligen Verfügung langte erst am Montag, 1.3.2004, beim BVA ein. Im Zeitpunkt des Einlangens des Antrages auf Erlassung einer weiteren einstweiligen Verfügung beim BVA am Montag, 1.3.2004, 7.48 Uhr, war jedoch der Zuschlag bereits erteilt gewesen, und zwar am Montag, 1.3.2004 um 7.45 Uhr.

Gemäß § 162 Abs. 2 Z 1 und Z 2 BVergG 2002 ist das BVA bis zur Zuschlagserteilung zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer eins und Ziffer 2, BVergG 2002 ist das BVA bis zur Zuschlagserteilung zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 1.3.2004, wurde daher mit Bescheid des BVA vom 8.3.2004, 14N- 89/03-51, zurückgewiesen.

Gemäß § 42 Abs. 3 VwGG tritt die Rechtssache durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte; im vorliegenden Fall somit in das Stadium der aufrechten - rechtswidrigen - Zuschlagsentscheidung. Im Sinne des § 42 Abs. 3 VwGG hätte das BVA das frühere Nachprüfungsverfahren unter Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH zu beenden. Unter Zugrundelegung der oben wiedergegebenen Rechtsanschauung des VwGH hätte das BVA demnach die Zuschlagsentscheidung - so wie bereits im angefochtenen Bescheid - abermals für nichtig zu erklären. Im Hinblick auf den zwischenzeitig erteilten Zuschlag ist dies jedoch nicht mehr möglich, da das BVA gemäß § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nicht mehr zuständig ist. Gemäß Paragraph 42, Absatz 3, VwGG tritt die Rechtssache durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hatte; im vorliegenden Fall somit in das Stadium der aufrechten - rechtswidrigen - Zuschlagsentscheidung. Im Sinne des Paragraph 42, Absatz 3, VwGG hätte das BVA das frühere Nachprüfungsverfahren unter Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH zu beenden. Unter Zugrundelegung der oben wiedergegebenen Rechtsanschauung des VwGH hätte das BVA demnach die Zuschlagsentscheidung - so wie bereits im angefochtenen Bescheid - abermals für nichtig zu erklären. Im Hinblick auf den zwischenzeitig erteilten Zuschlag ist dies jedoch nicht mehr möglich, da das BVA gemäß Paragraph 162, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2002 zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nicht mehr zuständig ist.

**Zuletzt aktualisiert am**

22.11.2013

**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](http://www.jusline.at)