

TE Verg Bescheid 2002/8/29 N-19/02-19

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.08.2002

Norm

BVergG 1997 §6 Abs2

BVergG 1997 §16 Abs1

BVergG 1997 §24 Abs5

BVergG 1997 §48 Abs2

BVergG 1997 §53

BVergG 1997 §53a Abs2

BVergG 1997 §55 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs2 Z2

BVergG 1997 §113 Abs3

BVergG 1997 §115 Abs1

BVergG 1997 §117 Abs1

RL 89/665/EWG Rechtsmittel-RL (ABI L 395 S 33-35) Art1 Abs1

B-VG Art126b Abs5

1. B-VG Art. 126b heute
2. B-VG Art. 126b gültig ab 20.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2009
3. B-VG Art. 126b gültig von 01.01.2004 bis 19.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 126b gültig von 04.09.1999 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 194/1999
5. B-VG Art. 126b gültig von 01.01.1978 bis 03.09.1999 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 539/1977
6. B-VG Art. 126b gültig von 01.10.1975 bis 31.12.1977 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 409/1975
7. B-VG Art. 126b gültig von 14.08.1948 bis 30.09.1975 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 143/1948
8. B-VG Art. 126b gültig von 19.12.1945 bis 13.08.1948 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 126b gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Text

BESCHEID:

Der Senat 2 des Bundesvergabeamtes hat durch die Richterin Dr. Friederike LENK als Vorsitzende und die Beisitzer Generalanwalt iR Dr. Peter REINDL als Mitglied der Auftraggeberseite und Prof. Dr. Günter TSCHEPL als Mitglied der Auftragnehmerseite am 10. Juli 2002 entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren betreffend § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I

Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, BGBl I Nr. 120/1999, BGBl I Nr. 125/2000, BGBl I Nr. 136/2001 betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung Staatsarchiv, Ballhausplatz 2 (Minoritenplatz 1), Maler- und Anstreicherarbeiten" des Auftraggebers Bund, Burghauptmannschaft Wien wird über die Anträge der A*** GesmbH, ***, Im Nachprüfungsverfahren betreffend Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 1999,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 125 aus 2000,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2001, betreffend das Vergabeverfahren "Generalsanierung Staatsarchiv, Ballhausplatz 2 (Minoritenplatz 1), Maler- und Anstreicherarbeiten" des Auftraggebers Bund, Burghauptmannschaft Wien wird über die Anträge der A*** GesmbH, ***,

vertreten durch ***, wie folgt entschieden:

Spruchpunkt I: Dem Antrag vom 28. Mai 2002 auf Nichtigerklärung des Widerrufs der Ausschreibung ZI 59.003/60-RG/01 wird stattgegeben. Die Entscheidung des Auftraggebers vom 8. Mai 2002, die Ausschreibung betreffend Maler- und Anstreicherarbeiten für die Gebäude Minoritenplatz 1 (und Ballhausplatz 2) zu widerrufen, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: § 117 Abs. 1 Z 1, 2 BVerG iVm § 16 Abs. 1 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer eins, 2, BVerG in Verbindung mit Paragraph 16, Absatz eins, BVerG

Spruchpunkt II: Der Antrag vom 1. Juli 2002 auf Feststellung, dass alle nach dem Widerruf vom 8. Mai 2002 getroffenen Entscheidungen des Auftraggebers ex lege nichtig sind, wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 113 Abs. 2 Z 2 BVerG.
Rechtsgrundlage: Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer 2, BVerG.

Spruchpunkt III: Der Antrag vom 2. Juli 2002 auf Nichtigerklärung der Entscheidung, ein Verhandlungsverfahren betreffend die Vergabe der Maler- und Anstreicherarbeiten für die Generalsanierung des Staatsarchivs, Gebäude Minoritenplatz 1 (Ballhausplatz 2) ohne Zuziehung der Antragstellerin durchzuführen, wird als unzulässig zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 115 Abs. 1 BVerG.
Rechtsgrundlage: Paragraph 115, Absatz eins, BVerG.

Spruchpunkt IV: Dem Antrag vom 2. Juli 2002 auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers den Auftrag an die Firmen B*** und C*** zu vergeben, wird stattgegeben. Die Entscheidung des Auftraggebers

vom 8. Mai 2002, den Auftrag für die Maler- und Anstreicherarbeiten für die Generalsanierung des Gebäudes Ballhausplatz 2 (Minoritenplatz 1) an die Firma B*** für die Leistungsgruppe 46 bzw. an

die Firma C*** für die Leistungsgruppe 45 zu vergeben, wird für nichtig erklärt.

Rechtsgrundlage: § 117 Abs. 1 Z 1, 2 BVerG iVm § 24 Abs. 5 Satz 3 BVerG und § 53 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraph 117, Absatz eins, Ziffer eins, 2, BVerG in Verbindung mit Paragraph 24, Absatz 5, Satz 3 BVerG und Paragraph 53, BVerG.

Spruchpunkt V: Der Antrag des Auftraggebers vom 12.6.02 auf Feststellung, dass die Antragstellerin in Folge eines nicht behebbaren Mangels in ihrem Angebot keine echte Chance auf Zuschlagserteilung hatte, wird als unzulässig zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 113 Abs. 1, 2, 3 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraph 113, Absatz eins, 2, 3, BVerG

Begründung:

Die Einschreiterin stellte mit Schriftsatz vom 27. Mai 2002 (OZ 1) das zu Spruchpunkt I ersichtliche Begehren und führte begründend im wesentlichen wie folgt aus: Die Einschreiterin stellte mit Schriftsatz vom 27. Mai 2002 (OZ 1) das zu Spruchpunkt römisch eins ersichtliche Begehren und führte begründend im wesentlichen wie folgt aus:

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren für die Vergabe der Maler- und Anstreicherarbeiten für die Generalsanierung des Staatsarchivs, Gebäude Ballhausplatz 2 (Minoritenplatz 1) beteiligt und ein gesetzeskonformes Angebot gelegt. Weil das preislich vorgereichte Angebot der Firma D*** auszuscheiden sei, habe die Antragstellerin als zweitbilligste Bieterin (mit einem Angebotspreis von ATS 7,952936 Millionen) und im Hinblick auf die Qualität ihres Angebotes bzw. ihre Leistungsfähigkeit auch als Bestbieterin Anspruch auf Erteilung des Zuschlages gehabt. Nach dem der Auftraggeber jedoch mit Schreiben vom 15.2.2002 mitgeteilt habe, dass die Vergabe der ausgeschriebenen

Leistung in Teilen an die Firma C*** (in der Folge mitbeteiligte Partei 1) hinsichtlich der Anstreicherarbeiten und an die Firma B*** KG (in der Folge mitbeteiligte Partei 2) hinsichtlich der Malerarbeiten beabsichtigt sei, habe die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.3.2002 die Nichtigerklärung dieser Entscheidung beim Bundesvergabeamt beantragt. Die Behörde habe auch mit Bescheid vom 8.5.2002, ZI N-6/02-17 diesem Antrag stattgegeben und die Zuschlagesentscheidung für nichtig erklärt, weil die beabsichtigte Vergabe in Teilen rechtswidrig sei. Daraufhin habe der Auftraggeber jedoch mit Schreiben vom 8.5.2002 der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Ausschreibung aus wirtschaftlichen Gründen widerrufen werde. Dies sei rechtswidrig, weil gemäß § 55 Abs. 1 BVergG ein Widerruf nur aus zwingenden Gründen zulässig sei. Es lägen aber keine zwingenden wirtschaftlichen Gründe vor, die einen Widerruf rechtfertigen könnten. Der Angebotspreis der Antragstellerin sei bloß geringfügig (2,62%) über den vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert gelegen. Auch rechtliche Gründe könnten den Widerruf nicht rechtfertigen. Zwar habe der Auftraggeber in der Ausschreibung einen unzulässigen Vorbehalt der Teilvergabe aufgestellt, doch sei im Sinn einer geltungserhaltenden Reduktion davon auszugehen, dass nur dieser Vorbehalt nichtig im Sinne des § 879 ABGB sei. Im übrigen könne die Ausschreibung ohne Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebotes weiter durchgeführt werden. Die Bieter hätten auch ohne den Vorbehalt der Teilvergabe keine anders lautenden Angebote gelegt. Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren für die Vergabe der Maler- und Anstreicherarbeiten für die Generalsanierung des Staatsarchivs, Gebäude Ballhausplatz 2 (Minoritenplatz 1) beteiligt und ein gesetzeskonformes Angebot gelegt. Weil das preislich vorgereichte Angebot der Firma D*** auszuscheiden sei, habe die Antragstellerin als zweitbilligste Bieterin (mit einem Angebotspreis von ATS 7,952936 Millionen) und im Hinblick auf die Qualität ihres Angebotes bzw. ihre Leistungsfähigkeit auch als Bestbieterin Anspruch auf Erteilung des Zuschlages gehabt. Nach dem der Auftraggeber jedoch mit Schreiben vom 15.2.2002 mitgeteilt habe, dass die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung in Teilen an die Firma C*** (in der Folge mitbeteiligte Partei 1) hinsichtlich der Anstreicherarbeiten und an die Firma B*** KG (in der Folge mitbeteiligte Partei 2) hinsichtlich der Malerarbeiten beabsichtigt sei, habe die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.3.2002 die Nichtigerklärung dieser Entscheidung beim Bundesvergabeamt beantragt. Die Behörde habe auch mit Bescheid vom 8.5.2002, ZI N-6/02-17 diesem Antrag stattgegeben und die Zuschlagesentscheidung für nichtig erklärt, weil die beabsichtigte Vergabe in Teilen rechtswidrig sei. Daraufhin habe der Auftraggeber jedoch mit Schreiben vom 8.5.2002 der Antragstellerin mitgeteilt, dass die Ausschreibung aus wirtschaftlichen Gründen widerrufen werde. Dies sei rechtswidrig, weil gemäß Paragraph 55, Absatz eins, BVergG ein Widerruf nur aus zwingenden Gründen zulässig sei. Es lägen aber keine zwingenden wirtschaftlichen Gründe vor, die einen Widerruf rechtfertigen könnten. Der Angebotspreis der Antragstellerin sei bloß geringfügig (2,62%) über den vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert gelegen. Auch rechtliche Gründe könnten den Widerruf nicht rechtfertigen. Zwar habe der Auftraggeber in der Ausschreibung einen unzulässigen Vorbehalt der Teilvergabe aufgestellt, doch sei im Sinn einer geltungserhaltenden Reduktion davon auszugehen, dass nur dieser Vorbehalt nichtig im Sinne des Paragraph 879, ABGB sei. Im übrigen könne die Ausschreibung ohne Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebotes weiter durchgeführt werden. Die Bieter hätten auch ohne den Vorbehalt der Teilvergabe keine anders lautenden Angebote gelegt.

Mit Schreiben vom 12.6.2002 (OZ 6) teilte der Auftraggeber mit, dass seiner Ansicht nach die gegenständliche Vergabe nicht in den Geltungsbereich des Gesetzes falle. Der Auftragswert sei nämlich geringer als 1 Million Euro. Nach der Baukoordinierungsrichtlinie habe der Auftraggeber das Recht, solche Kleinstlose auszunehmen. Es mache keinen Sinn, solche Kleinstlose EU-weit auszuschreiben. Es bestehe auch nicht die Gefahr der Umgehung der Bestimmungen der Richtlinie, weil die Möglichkeit, solche Kleinlose auszunehmen betragsmäßig mit 1 Million Euro für den Auftrag begrenzt sei und überdies ein Sockel für Kleinlose festgesetzt worden sei, der mit 20% des Gesamtauftragswertes des Gesamtvorhabens limitiert sei. Dementsprechend sei das vorliegende Kleinlos lediglich nach den Bestimmungen der ÖNORM A 2050 österreichweit auszuschreiben gewesen.

Im konkreten Fall seien die Maler- und Anstreicherarbeiten aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen widerrufen worden, weil im anderen Falle Terminverzögerungen eingetreten wären, die erhebliche Kosten verursacht hätten. Bei einer zeitlichen Verzögerung sei nämlich mit verlängerten Gerüststehzeiten der Baufirma zu rechnen, sodass die Verzögerung der Vergabe des gegenständlichen Auftrages zu größeren Vorhaltekosten geführt hätte. Überdies sei davon auszugehen, dass der Widerruf nach österreichischer Rechtslage das Vergabeverfahren beende und dieser nicht zurücknehmbar sei. Ferner komme der Antragstellerin keine Antragslegitimation zu und werde deshalb beantragt, ihren Antrag als unzulässig zurückzuweisen, da ihr Angebot als unvollständig zwingend auszuscheiden sei. In eventu zu diesem Antrag wurde die Feststellung beantragt, dass die Antragstellerin in Folge des nichtbeheblichen Mangels in

ihrem Angebot keine echte Chance auf Zuschlagserteilung habe.

Mit Schriftsatz vom 1. Juli 2002 (OZ 10) stellte die Antragstellerin das zu Spruchpunkt II ersichtliche Begehren und führte im weiteren aus, dass das vom Auftraggeber behauptete Recht, Kleinlose im Ausmaß von 20% des Auftragswertes des Gesamtvorhabens aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszunehmen, nach der Rechtssprechung des Bundesvergabeamtes nicht bestehe und auch der Richtlinien text der Baukoordinierungsrichtlinie nichts anderes ergebe. Die vom Auftraggeber geltend gemachte Dringlichkeit könne die nunmehr vom Auftraggeber eingestandene Freihandvergabe bzw. die Durchführung eines freihändigen Verhandlungsverfahrens nicht rechtfertigen. Die Zulässigkeit der Nichtigklärung des Widerrufs ergebe sich aus dem Gemeinschaftsrecht. Aufgrund der Rechtswidrigkeit des Widerrufs sei davon auszugehen, dass die nachfolgenden Entscheidungen des Auftraggebers, nämlich ein Verhandlungsverfahren durchzuführen und die Leistungen zu vergeben, in Wahrheit Teil des ursprünglichen Vergabeverfahrens seien. Die in diesem Vergabeverfahren nun mehr offenbar gewordenen Entscheidungen verletzten nicht nur das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern seien sie auch nichtig, weil die Zuschlagserteilung ohne vorherige Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a BVergG erfolgt sei. Die Entscheidungen seien daher ex lege nichtig und sei das Bundesvergabeamt entsprechend seiner eigenen Judikatur und der Judikatur des VfGH's zur bescheidmäßigen Feststellung dieser Nichtigkeit zuständig, weil diese Feststellung für die Antragstellerin ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung sei.

Mit Schriftsatz vom 1. Juli 2002 (OZ 10) stellte die Antragstellerin das zu Spruchpunkt römisch zwei ersichtliche Begehren und führte im weiteren aus, dass das vom Auftraggeber behauptete Recht, Kleinlose im Ausmaß von 20% des Auftragswertes des Gesamtvorhabens aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes auszunehmen, nach der Rechtssprechung des Bundesvergabeamtes nicht bestehe und auch der Richtlinien text der Baukoordinierungsrichtlinie nichts anderes ergebe. Die vom Auftraggeber geltend gemachte Dringlichkeit könne die nunmehr vom Auftraggeber eingestandene Freihandvergabe bzw. die Durchführung eines freihändigen Verhandlungsverfahrens nicht rechtfertigen. Die Zulässigkeit der Nichtigklärung des Widerrufs ergebe sich aus dem Gemeinschaftsrecht. Aufgrund der Rechtswidrigkeit des Widerrufs sei davon auszugehen, dass die nachfolgenden Entscheidungen des Auftraggebers, nämlich ein Verhandlungsverfahren durchzuführen und die Leistungen zu vergeben, in Wahrheit Teil des ursprünglichen Vergabeverfahrens seien. Die in diesem Vergabeverfahren nun mehr offenbar gewordenen Entscheidungen verletzten nicht nur das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern seien sie auch nichtig, weil die Zuschlagserteilung ohne vorherige Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 53 a, BVergG erfolgt sei. Die Entscheidungen seien daher ex lege nichtig und sei das Bundesvergabeamt entsprechend seiner eigenen Judikatur und der Judikatur des VfGH's zur bescheidmäßigen Feststellung dieser Nichtigkeit zuständig, weil diese Feststellung für die Antragstellerin ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung sei.

Hinsichtlich der behaupteten Notwendigkeit das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden, sei festzuhalten, dass der Antragstellerin bis dato keine entsprechende Mitteilung des Auftraggebers zugegangen sei. Es lägen aber auch inhaltlich keine Ausscheidensgründe vor. Die vom Auftraggeber als unzumutbar gerügte prozentuale Angabe der Bestandteile "Lohn" und "sonstiges" anstelle einer Angabe in absoluten Zahlen könne tatsächlich keinen unzumutbaren Aufwand bei der Angebotsprüfung bedeuten. Auch das vom Auftraggeber gerügte, angebliche Fehlen der Position "I-abgescherte Dispersionen entsorgen" sei kein Ausscheidensgrund, da diese Position in

der Position "46.21.12 AZ 1-Abscheren Dispersionsstandard" des Leistungsverzeichnisses enthalten sei und der ersteren Position als Eventualposition ohnehin kein Informationswert zukomme.

In der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 2002 brachte der Auftraggeber vor, dass ohne Widerruf der Ausschreibung die diesfalls eintretenden Verzögerungen zu einer Mehrbelastung von 20% der Kosten geführt hätten. Außerdem sei der Widerruf aus rechtlichen Gründen notwendig gewesen, weil in der Ausschreibung, wie das Bundesvergabeamt selbst festgestellt habe, ein rechtswidriger Vorbehalt der Teilvergabe enthalten gewesen sei. Eine Streichung dieses Vorbehalts sei nicht möglich gewesen, da dies eine Abänderung der Ausschreibungsbedingungen bedeutet hätte.

Über Befragen des Senates führte der vom Auftraggeber herangezogene Ziviltechniker aus, dass die Mehrkosten in der Höhe von 20% für den Verzögerungsfall aufgrund einer Schätzung angenommen worden seien. Der Verzögerungsschaden sei erst in den letzten Tagen vor der Verhandlung ermittelt worden, doch habe man in einem Brief vom 6. Mai 2002 an den Auftraggeber zur Problematik Stellung genommen. Die mit einem weiteren Verfahren

beim Bundesvergabeamt bedingte Verzögerung sei mit 2 Monaten angenommen worden. Man habe mit allen Bietern, die im widerrufenen Verfahren teilgenommen hatten, mit Ausnahme der Antragstellerin und der Firma D*** in der Zeit vom 2.5. bis 8.5.2002 ein Verhandlungsverfahren geführt. Am 8.5.2002 sei sodann die Ausschreibung widerrufen und der Zuschlag an die mitbeteiligte Partei 1 bzw. mitbeteiligte Partei 2 zu den Preisen entsprechend ihren ursprünglichen Angeboten erteilt worden. Für dieses durchgeführte Verhandlungsverfahren konnte der Auftraggeber keine rechtliche Grundlage angeben. Weiters gab der Auftraggeber an, dass bis dato eine Ausscheidensentscheidung betreffend die Antragstellerin lediglich intern gefallen sei. Zutreffend sei auch, dass der Auftraggeber zwar die Absicht gehabt habe, in Teilen zu vergeben und aus diesem Grund der Vorbehalt der Teilvergabe für ihn relevant gewesen sei, der Auftraggeber jedoch nicht nachgeforscht habe, ob die Bieter ohne diesen Vorbehalt andere Angebote mit anderen Preisen gelegt hätten.

Der Auftraggeber beantragte sodann in der Verhandlung für den Fall der Durchführung eines Verfahrens nach § 113 Abs. 3 BVergG die Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Vergabebestimmungen keine Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Die Antragstellerin stellte in der Verhandlung die zu Spruchpunkt II und IV ersichtlichen Begehren. Der Auftraggeber beantragte sodann in der Verhandlung für den Fall der Durchführung eines Verfahrens nach Paragraph 113, Absatz 3, BVergG die Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Vergabebestimmungen keine Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Die Antragstellerin stellte in der Verhandlung die zu Spruchpunkt römisch zwei und römisch vier ersichtlichen Begehren.

Mit Stellungnahme vom 9.7.2002 wiederholte der Auftraggeber sein bisheriges Vorbringen und führte weiters aus, dass eine ex lege Nichtigkeit der Vergabeentscheidung nicht anzunehmen sei. Weil der gegenständliche Auftrag lediglich nach der ÖNORM A 2050 auszuschreiben gewesen sei bzw. allenfalls die Erstreckungsverordnung 2000 zur Anwendung gelange, es habe keine Pflicht zur Bekanntgabe gemäß § 53a BVergG bestanden. Zudem seien im Verhandlungsverfahren keine weiteren Mitbieter vorhanden gewesen, sodass eine Bekanntgabe der beabsichtigte Zuschlagsentscheidung sogar unmöglich gewesen wäre. Selbst unter Anwendung des Bundesvergabegesetzes sei die erfolgte Vergabe rechtmäßig, da der Dringlichkeitstatbestand des § 76 Abs. 3 Z 3 BVergG erfüllt sei. Mit Stellungnahme vom 9.7.2002 wiederholte der Auftraggeber sein bisheriges Vorbringen und führte weiters aus, dass eine ex lege Nichtigkeit der Vergabeentscheidung nicht anzunehmen sei. Weil der gegenständliche Auftrag lediglich nach der ÖNORM A 2050 auszuschreiben gewesen sei bzw. allenfalls die Erstreckungsverordnung 2000 zur Anwendung gelange, es habe keine Pflicht zur Bekanntgabe gemäß Paragraph 53 a, BVergG bestanden. Zudem seien im Verhandlungsverfahren keine weiteren Mitbieter vorhanden gewesen, sodass eine Bekanntgabe der beabsichtigte Zuschlagsentscheidung sogar unmöglich gewesen wäre. Selbst unter Anwendung des Bundesvergabegesetzes sei die erfolgte Vergabe rechtmäßig, da der Dringlichkeitstatbestand des Paragraph 76, Absatz 3, Ziffer 3, BVergG erfüllt sei.

In der Verhandlung vom 10. Juli 2002 führten die Vertreter der mitbeteiligten Parteien 1 und 2 aus, dass bei den Verhandlungen mit dem Auftraggeber ihre Angebote inhaltlich nicht abgeändert worden seien. Es habe sich lediglich um Verhandlungen betreffend Terminabsprachen gehandelt (vgl. OZ 17). In der Verhandlung vom 10. Juli 2002 führten die Vertreter der mitbeteiligten Parteien 1 und 2 aus, dass bei den Verhandlungen mit dem Auftraggeber ihre Angebote inhaltlich nicht abgeändert worden seien. Es habe sich lediglich um Verhandlungen betreffend Terminabsprachen gehandelt (vergleiche OZ 17).

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahren, insbesondere aufgrund der Ergebnisse der bisherigen Verhandlungen und der Ermittlungsergebnisse im Vorverfahren N-6/02 wurde folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Der Auftraggeber führt ein Bauvorhaben zur Generalsanierung des Minoritenplatzes 1 durch. Im Rahmen dieses Vorhabens gelangen folgende Aufträge zur Ausschreibung:

Baumeisterarbeiten (geschätzter Auftragswert 1,111.787,21 EURO, Dachdeckerarbeiten geschätzter Auftragswert 50.353,25 EURO, Spenglerarbeiten (Zimmererarbeiten), geschätzter

Auftragswert 192.007,81 EURO, Zimmererarbeiten, geschätzter

Auftragswert 57.850,45 EURO, Fliesenlegerarbeiten, geschätzter Auftragswert 31.431 EURO, Schlosser-, Glaser-, konstruktive Stahlbauarbeiten, geschätzter Auftragswert EURO 156.131,92, Sicherheitsschienen am Dach, geschätzter Auftragswert 30.583,15 EURO, Tischlerarbeiten, geschätzter Auftragswert 149.948,28 EURO, Fußbodentischlerarbeiten, geschätzter Auftragswert 55.062,03 EURO, Trockenbauarbeiten, Wärmedämmung, geschätzter Auftragswert 55.983,27

EURO, Glaserarbeiten, geschätzter Auftragswert 6.056,07 EURO, Steinmetzarbeiten, geschätzter Auftragswert 102.791,91 EURO, Steinrestauratorarbeiten, geschätzter Auftragswert 60.035,50 EURO, Steinholzböden, Terrazzoböden bearbeiten, geschätzter Auftragswert EURO 90.841,04, Fußbodenlegerarbeiten, geschätzter Auftragswert EURO 25.281,97 EURO, Kunstschlosserarbeiten, geschätzter Auftragswert 6.046,07 EURO, sonstige Arbeiten, geschätzter Auftragswert 94.396,39 EURO, Fördertechnik, geschätzter Auftragswert 778.542,62 EURO, Starkstromarbeiten, geschätzter Auftragswert 445.096,26 EURO, Beleuchtungsarbeiten, geschätzter Auftragswert 45.870 EURO, Schwachstromarbeiten, geschätzter Auftragswert 186.093,50 EURO, regeltechnische Anlagen, geschätzter Auftragswert 70.963,74 EURO, Lüftungsinstallationsarbeiten, geschätzter Auftragswert 625.128,04 EURO, Demontgearbeiten, geschätzter Auftragswert 25.961,64 EURO, Wärmedämmungsarbeiten, geschätzter Auftragswert 57.340,17 EURO, Architekturplanerleistungen, geschätzter Auftragswert 493.809,43 EURO, Haustechnikplanung und örtliche Bauaufsicht, geschätzter Auftragswert 415.600,19 EURO, Planungskoordinationsarbeiten, geschätzter Auftragswert 20.009,44 EURO, Baustellenkoordinationstätigkeit, geschätzter Auftragswert 40.620,30 EURO, Studien und Gutachten, geschätzter Auftragswert 222.436,31 EURO, sowie das antragsgegenständliche Gewerk von Malerarbeiten, Stuckateurs und Retuschearbeiten mit einem geschätzten Auftragswert von 563.214,46 EURO (vgl. Beilagen zu OZ 5 des Aktes N-6/02). Auftragswert 57.850,45 EURO, Fliesenlegerarbeiten, geschätzter Auftragswert 31.431 EURO, Schlosser-, Glaser-, konstruktive Stahlbauarbeiten, geschätzter Auftragswert EURO 156.131,92, Sicherheitsschienen am Dach, geschätzter Auftragswert 30.583,15 EURO, Tischlerarbeiten, geschätzter Auftragswert 149.948,28 EURO, Fußbodentischlerarbeiten, geschätzter Auftragswert 55.062,03 EURO, Trockenbauarbeiten, Wärmedämmung, geschätzter Auftragswert 55.983,27 EURO, Glaserarbeiten, geschätzter Auftragswert 6.056,07 EURO, Steinmetzarbeiten, geschätzter Auftragswert 102.791,91 EURO, Steinrestauratorarbeiten, geschätzter Auftragswert 60.035,50 EURO, Steinholzböden, Terrazzoböden bearbeiten, geschätzter Auftragswert EURO 90.841,04, Fußbodenlegerarbeiten, geschätzter Auftragswert EURO 25.281,97 EURO, Kunstschlosserarbeiten, geschätzter Auftragswert 6.046,07 EURO, sonstige Arbeiten, geschätzter Auftragswert 94.396,39 EURO, Fördertechnik, geschätzter Auftragswert 778.542,62 EURO, Starkstromarbeiten, geschätzter Auftragswert 445.096,26 EURO, Beleuchtungsarbeiten, geschätzter Auftragswert 45.870 EURO, Schwachstromarbeiten, geschätzter Auftragswert 186.093,50 EURO, regeltechnische Anlagen, geschätzter Auftragswert 70.963,74 EURO, Lüftungsinstallationsarbeiten, geschätzter Auftragswert 625.128,04 EURO, Demontgearbeiten, geschätzter Auftragswert 25.961,64 EURO, Wärmedämmungsarbeiten, geschätzter Auftragswert 57.340,17 EURO, Architekturplanerleistungen, geschätzter Auftragswert 493.809,43 EURO, Haustechnikplanung und örtliche Bauaufsicht, geschätzter Auftragswert 415.600,19 EURO, Planungskoordinationsarbeiten, geschätzter Auftragswert 20.009,44 EURO, Baustellenkoordinationstätigkeit, geschätzter Auftragswert 40.620,30 EURO, Studien und Gutachten, geschätzter Auftragswert 222.436,31 EURO, sowie das antragsgegenständliche Gewerk von Malerarbeiten, Stuckateurs und Retuschearbeiten mit einem geschätzten Auftragswert von 563.214,46 EURO vergleiche Beilagen zu OZ 5 des Aktes N-6/02).

Das antragsgegenständliche Gewerk wurde vom Auftraggeber am 18.10.2001 im offenen Verfahren EU-weit ausgeschrieben. In der EU-weiten Bekanntmachung wurde die Vergabe in Losen ausgeschlossen. Laut Ausschreibungsbestimmungen sind Leistungsgegenstand "Malerarbeiten, Stuckoberflächen und Metallmobiliar". Im Leistungsverzeichnis ist der Leistungsgegenstand in zwei Oberleistungsgruppen (45 "Beschichtungen auf Holz und Metall", 46 "Beschichtungen auf Mauerwerk, Putz und Beton") gegliedert. In Pkt. 00.11.170 ist unter der Überschrift "Teilvergaben" festgelegt, dass sich der Ausschreiber in allen Fällen die freie Auswahl unter den Angeboten gemäß ÖNORM und auch die Vergabe von Teilen der Leistung vorbehält. Unter Pkt. 00.11.23 sind die Errichtungskosten mit 70 %, Referenzprojekte mit 15 % und Personalressourcen mit 15 % als Zuschlagskriterien festgelegt (vgl. Leistungsverzeichnis, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02). Das antragsgegenständliche Gewerk wurde vom Auftraggeber am 18.10.2001 im offenen Verfahren EU-weit ausgeschrieben. In der EU-weiten Bekanntmachung wurde die Vergabe in Losen ausgeschlossen. Laut Ausschreibungsbestimmungen sind Leistungsgegenstand "Malerarbeiten, Stuckoberflächen und Metallmobiliar". Im Leistungsverzeichnis ist der Leistungsgegenstand in zwei Oberleistungsgruppen (45 "Beschichtungen auf Holz und Metall", 46 "Beschichtungen auf Mauerwerk, Putz und Beton") gegliedert. In Pkt. 00.11.170 ist unter der Überschrift "Teilvergaben" festgelegt, dass sich der Ausschreiber in allen Fällen die freie Auswahl unter den Angeboten gemäß ÖNORM und auch die Vergabe von Teilen der Leistung vorbehält. Unter Pkt. 00.11.23 sind die Errichtungskosten mit 70 %, Referenzprojekte mit 15 % und Personalressourcen mit 15 % als Zuschlagskriterien festgelegt vergleiche Leistungsverzeichnis, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02).

Am 28.11.2001 fand die Angebotsöffnung statt. Insgesamt wurden 12 Angebote gelegt. Das preislich günstigste

Angebot wurde von der Fa. D*** mit einem Angebotspreis von ATS 7,924.075 gelegt. Die Antragstellerin legte das preislich nächstgünstigste Angebot mit einem Angebotspreis von ATS 7,942.936, die C*** GmbH legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von ATS 8,097.592,50, die B*** KG legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von ATS 9,784.547,-- (jeweils ohne Mehrwertsteuer, vgl. Verhandlungsschrift über die Angebotsöffnung, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02). Am 28.11.2001 fand die Angebotsöffnung statt. Insgesamt wurden 12 Angebote gelegt. Das preislich günstigste Angebot wurde von der Fa. D*** mit einem Angebotspreis von ATS 7,924.075 gelegt. Die Antragstellerin legte das preislich nächstgünstigste Angebot mit einem Angebotspreis von ATS 7,942.936, die C*** GmbH legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von ATS 8,097.592,50, die B*** KG legte ein Angebot mit einem Angebotspreis von ATS 9,784.547,-- (jeweils ohne Mehrwertsteuer, vergleiche Verhandlungsschrift über die Angebotsöffnung, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02).

Im Prüfbericht vom 7.2.2002 führte der vom Auftraggeber mit der Angebotsprüfung beauftragte Architekt W*** aus, dass das Angebot der Fa. D*** mangels rechtsgültiger Fertigung gemäß der Besprechung vom 17.12.2001 aus formalen Gründen ausgeschieden wurde. Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß Pkt. 4.3.4.5 und Pkt. 4.5.8. der ÖNORM A 2050 ebenfalls ausgeschieden worden, weil in der Eventualposition 46.21.12 EZ ohne Erläuterung kein Preis ausgeworfen worden sei und außerdem die Lohn- und sonstigen Anteile der Positionspreise in Prozent angegeben worden seien. In seiner Vergabeempfehlung führte der Architekt aus, dass auf Grund der eingeforderten Unterlagen davon ausgegangen werden könne, dass die Fa. C*** GmbH für die Leistungsgruppe 45 und die Fa. B*** KG für die Leistungsgruppe 46 mit dem jeweils in den Angeboten genannten Fachpersonal den technischen und formalen Anforderungen entsprochen habe. Beide Firmen seien dem Bundesdenkmalamt als zuverlässige Ausführende von ähnlichen Baustellen bekannt und würden befürwortet. Somit verbleibe als wesentliches Beurteilungskriterium der Angebotspreis. Bei einer Vergabe nach Leistungsgruppen könnte eine Einsparung von rund ATS 409.000,-- gegenüber den geschätzten Kosten erzielt werden. Bei dieser Betrachtung zeige sich, dass die Fa. C*** für die Leistungsgruppe 45 und die Fa. B*** KG für die Leistungsgruppe 46 das jeweils billigste Teilangebot abgegeben hätten. Aus diesem Grunde werde empfohlen, den Zuschlag für die Leistungsgruppe 45 (Beschichtungen auf Holz und Beschichtungen auf Holz und Metall) der Fa. C*** GmbH als Bestbieter und den Zuschlag für die Leistungsgruppe 46 (Beschichtungen auf Mauerwerk, Putz und Beton) der Fa. B*** KG als Bestbieter zu erteilen. Eine nähere Anwendung der qualitativen Zuschlagskriterien unterblieb (vgl. Prüfbericht des Architekten, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02 und Beweiswürdigung im Bescheid N-6/02-17).

Im Prüfbericht vom 7.2.2002 führte der vom Auftraggeber mit der Angebotsprüfung beauftragte Architekt W*** aus, dass das Angebot der Fa. D*** mangels rechtsgültiger Fertigung gemäß der Besprechung vom 17.12.2001 aus formalen Gründen ausgeschieden wurde. Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß Pkt. 4.3.4.5 und Pkt. 4.5.8. der ÖNORM A 2050 ebenfalls ausgeschieden worden, weil in der Eventualposition 46.21.12 EZ ohne Erläuterung kein Preis ausgeworfen worden sei und außerdem die Lohn- und sonstigen Anteile der Positionspreise in Prozent angegeben worden seien. In seiner Vergabeempfehlung führte der Architekt aus, dass auf Grund der eingeforderten Unterlagen davon ausgegangen werden könne, dass die Fa. C*** GmbH für die Leistungsgruppe 45 und die Fa. B*** KG für die Leistungsgruppe 46 mit dem jeweils in den Angeboten genannten Fachpersonal den technischen und formalen Anforderungen entsprochen habe. Beide Firmen seien dem Bundesdenkmalamt als zuverlässige Ausführende von ähnlichen Baustellen bekannt und würden befürwortet. Somit verbleibe als wesentliches Beurteilungskriterium der Angebotspreis. Bei einer Vergabe nach Leistungsgruppen könnte eine Einsparung von rund ATS 409.000,-- gegenüber den geschätzten Kosten erzielt werden. Bei dieser Betrachtung zeige sich, dass die Fa. C*** für die Leistungsgruppe 45 und die Fa. B*** KG für die Leistungsgruppe 46 das jeweils billigste Teilangebot abgegeben hätten. Aus diesem Grunde werde empfohlen, den Zuschlag für die Leistungsgruppe 45 (Beschichtungen auf Holz und Beschichtungen auf Holz und Metall) der Fa. C*** GmbH als Bestbieter und den Zuschlag für die Leistungsgruppe 46 (Beschichtungen auf Mauerwerk, Putz und Beton) der Fa. B*** KG als Bestbieter zu erteilen. Eine nähere Anwendung der qualitativen Zuschlagskriterien unterblieb (vgl. Prüfbericht des Architekten, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02 und Beweiswürdigung im Bescheid N-6/02-17).

Mit Schreiben vom 15.2.2002 wurde sämtlichen Bietern unter Bezugnahme auf § 56 BVergG mitgeteilt, dass die Vergabe der Leistungen für die Anstreicherarbeiten an die Fa. C*** GesmbH und die Vergabe der Leistungen für die Malerarbeiten an die Fa. B*** KG vorgesehen sei. Weder der Fa. D*** noch der Antragstellerin wurde eine Mitteilung betreffend ihres Ausscheidens zugestellt (vgl. Vergabeakt, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02, Ergebnisse der Verhandlung vom 2.5.2002).

Mit Schreiben vom 15.2.2002 wurde sämtlichen Bietern unter Bezugnahme auf Paragraph 56, BVergG mitgeteilt, dass die Vergabe der Leistungen für die Anstreicherarbeiten an die Fa. C*** GesmbH und die

Vergabe der Leistungen für die Malerarbeiten an die Fa. B*** KG vorgesehen sei. Weder der Fa. D*** noch der Antragstellerin wurde eine Mitteilung betreffend ihres Ausscheidens zugestellt (vergleiche Vergabeakt, Beilage zu OZ 5 des Aktes N-6/02, Ergebnisse der Verhandlung vom 2.5.2002).

Am 2. Mai 2002 fand vor der Behörde eine mündliche Verhandlung statt, bei der festgestellt wurde, dass der Antragstellerin keine Ausscheidensentscheidung bekanntgegeben worden war. Weiters wurde die Unzulässigkeit des bloßen Vorbehalts der Teilvergabe erörtert (vgl. die Verhandlungsschrift N-6/02-15). Am 2. Mai 2002 fand vor der Behörde eine mündliche Verhandlung statt, bei der festgestellt wurde, dass der Antragstellerin keine Ausscheidensentscheidung bekanntgegeben worden war. Weiters wurde die Unzulässigkeit des bloßen Vorbehalts der Teilvergabe erörtert (vergleiche die Verhandlungsschrift N-6/02-15).

Im Anschluss an die Verhandlung prüfte der Auftraggeber die ihm offen stehenden Vorgangsweisen. Er ging davon aus, dass für den Fall einer Stattgebung des Antrages zwei Möglichkeiten bestünden: Entweder könnte eine neuerliche Zuschlagsentscheidung getroffen werden oder die Ausschreibung könnte widerrufen werden und das Vorhaben neu ausgeschrieben werden. Der Auftraggeber ging davon aus, dass in beiden Fällen weitere Kontrollverfahren über Antrag der Antragstellerin drohen würden. Bei einer Vergabe an die Antragstellerin befürchtete der Auftraggeber Kontrollverfahren über Antrag der mitbeteiligten Parteien 1 bzw. 2. Nach Rücksprache mit der Zentralstelle beschloss der Auftraggeber die Ausschreibung zu widerrufen und als Grund hierfür wirtschaftliche Gründe geltend zu machen. Gleichzeitig beschloss die vergebende Stelle des Auftraggebers mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2 auf Grundlage ihrer im laufenden Vergabeverfahren abgegebenen Angebote Verhandlungen über die Vergabe zu führen, um einen Arbeitseinsatz vor Ende der einstweiligen Verfügung am 13.5.2002 zu ermöglichen. Ferner beschloss der Auftraggeber den Rechtsstandpunkt einzunehmen, dass die getrennten Vergaben der Maler- und Anstreicherarbeiten nicht dem Bundesvergabegesetz unterliegen würden und nach den Richtlinien des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit direkt vergeben werden könnten (vgl. den Amtsvermerk des Auftraggebers vom 8.5.2002, Zl. 950.003/18-G/02 bzw. 950.03/17-G/02). Im Anschluss an die Verhandlung prüfte der Auftraggeber die ihm offen stehenden Vorgangsweisen. Er ging davon aus, dass für den Fall einer Stattgebung des Antrages zwei Möglichkeiten bestünden: Entweder könnte eine neuerliche Zuschlagsentscheidung getroffen werden oder die Ausschreibung könnte widerrufen werden und das Vorhaben neu ausgeschrieben werden. Der Auftraggeber ging davon aus, dass in beiden Fällen weitere Kontrollverfahren über Antrag der Antragstellerin drohen würden. Bei einer Vergabe an die Antragstellerin befürchtete der Auftraggeber Kontrollverfahren über Antrag der mitbeteiligten Parteien 1 bzw. 2. Nach Rücksprache mit der Zentralstelle beschloss der Auftraggeber die Ausschreibung zu widerrufen und als Grund hierfür wirtschaftliche Gründe geltend zu machen. Gleichzeitig beschloss die vergebende Stelle des Auftraggebers mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2 auf Grundlage ihrer im laufenden Vergabeverfahren abgegebenen Angebote Verhandlungen über die Vergabe zu führen, um einen Arbeitseinsatz vor Ende der einstweiligen Verfügung am 13.5.2002 zu ermöglichen. Ferner beschloss der Auftraggeber den Rechtsstandpunkt einzunehmen, dass die getrennten Vergaben der Maler- und Anstreicherarbeiten nicht dem Bundesvergabegesetz unterliegen würden und nach den Richtlinien des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit direkt vergeben werden könnten (vergleiche den Amtsvermerk des Auftraggebers vom 8.5.2002, Zl. 950.003/18-G/02 bzw. 950.03/17-G/02).

Der Auftraggeber stellte keine konkreten (zahlenmäßigen Schätzungen) über die Höhe allfälliger Verzögerungskosten an. Ebensowenig prüfte der Auftraggeber, ob die Bieter ohne den

bloßen Vorbehalt der Teilvergabe in der Ausschreibung inhaltlich andere Angebote gelegt hätten (vgl. die Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 2.7.02 sowie das völlige Fehlen einer entsprechenden aktenmäßigen Dokumentation, aus der anderes hervorgehen würde). Verhandlungen wurden lediglich mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2, nicht jedoch mit anderen Bietern geführt (vgl. das völlige Fehlen einer entsprechenden aktenmäßigen Dokumentation, aus der anderes hervorgehen würde; die anders lautende Aussage des Ing. G*** in der Verhandlung vom 2.7.02 wurde durch den Schriftsatz des Auftraggebers vom 9.7.02 widerlegt). Die Verhandlungen mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2 betrafen in keiner Weise den Inhalt ihrer Angebote. Es wurde lediglich vereinbart, dass der in der Ausschreibung vom 18.10.01 ausgewiesene Terminplan vom 18.7.01 weiterhin einzuhalten sei. Im übrigen erfolgte die Beauftragung der mitbeteiligten Parteien 1 und 2 sodann mit Schreiben vom 8.5.02 auf der Grundlage ihrer in keiner Weise abgeänderten Angebote vom 27.11.01 aus dem "widerrufenen" Vergabeverfahren und in vollkommener Entsprechung zu dem Vergabevorschlag, der der mit ha. Bescheid vom 8.5.02 nichtig erklärten Zuschlagsentscheidung zugrunde lag (vgl. zu allem die erwähnten Aktenzahlen des Auftraggebers, dort insbesondere

die "Vereinbarungen" mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2 jeweils vom 8.5.02 und die Auftragsschreiben vom gleichen Tag). bloßen Vorbehalt der Teilvergabe in der Ausschreibung inhaltlich andere Angebote gelegt hätten vergleiche die Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom 2.7.02 sowie das völlige Fehlen einer entsprechenden aktenmäßigen Dokumentation, aus der anderes hervorgehen würde). Verhandlungen wurden lediglich mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2, nicht jedoch mit anderen Bietern geführt vergleiche das völlige Fehlen einer entsprechenden aktenmäßigen Dokumentation, aus der anderes hervorgehen würde; die anders lautende Aussage des Ing. G*** in der Verhandlung vom 2.7.02 wurde durch den Schriftsatz des Auftraggebers vom 9.7.02 widerlegt). Die Verhandlungen mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2 betrafen in keiner Weise den Inhalt ihrer Angebote. Es wurde lediglich vereinbart, dass der in der Ausschreibung vom 18.10.01 ausgewiesene Terminplan vom 18.7.01 weiterhin einzuhalten sei. Im übrigen erfolgte die Beauftragung der mitbeteiligten Parteien 1 und 2 sodann mit Schreiben vom 8.5.02 auf der Grundlage ihrer in keiner Weise abgeänderten Angebote vom 27.11.01 aus dem "widerrufenen" Vergabeverfahren und in vollkommener Entsprechung zu dem Vergabevorschlag, der der mit ha. Bescheid vom 8.5.02 nichtig erklärten Zuschlagsentscheidung zugrunde lag vergleiche zu allem die erwähnten Aktenzahlen des Auftraggebers, dort insbesondere die "Vereinbarungen" mit den mitbeteiligten Parteien 1 und 2 jeweils vom 8.5.02 und die Auftragsschreiben vom gleichen Tag).

Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel bzw. die in Klammer dargelegten Erwägungen.

Die vorliegenden Anträge sind rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zur Zuständigkeit der Behörde römisch eins. Zur Zuständigkeit der Behörde:

Grundsätzlich ist auf die diesbezüglichen Erwägungen im Vorbescheid Zl. N-6/02-17 zu verweisen. Zutreffend zeigt der Auftraggeber auf, dass nach der Baukoordinierungsrichtlinie die Möglichkeit besteht, dass Kleinlose (also Lose mit einem geschätzten Auftragswert von weniger als 1 Million Euro) im Gesamtausmaß von bis zu 20% des Auftragswertes des Gesamtvorhabens vom Auftraggeber vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden dürfen. Auf diese Ausnahmemöglichkeit nach der Richtlinie kommt es jedoch für die Frage, ob der Auftrag in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fällt, nicht an. Der diesbezüglich einschlägige Text des § 6 Abs. 2 BVergG enthält nämlich keine Anhaltspunkte für ein solches Wahlrecht des Auftraggebers. Ein solches Wahlrecht ist gemeinschaftsrechtlich nicht geboten, weil die Richtlinien Mindestvorschriften zu Gunsten der Bieter sind. Die Mitgliedstaaten sind aber frei, ihr Vergaberecht strenger zu gestalten, als dies nach den Richtlinien erforderlich wäre. Im konkreten Fall der Kleinlose ist eine solche strengere Regelung auch verfassungsrechtlich geboten. Durch die Verknüpfung des Geltungsbereiches des Bundesvergabegesetzes mit der Zugänglichkeit des vergabespezifischen Rechtsschutzes wäre nämlich ein Recht des Auftraggebers, Kleinlose im Ausmaß von 20% des Wertes des Gesamtvorhabens aus dem Geltungsbereich des Gesetzes auszunehmen, verfassungswidrig. Denn der Auftraggeber würde auf diese Weise bestimmten Bietern den verfassungsrechtlich geforderten, vergabespezifischen Rechtsschutz vorenthalten können. Nach der diesbezüglich einschlägigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (vgl. VfGH vom 3.11.00, G 110, 111/99) vermögen Unterschiede im geschätzten Auftragswert einer Vergabe das gänzliche Vorenthalten eines vergabespezifischen Rechtsschutzes nicht sachlich zu rechtfertigen. Umsoweniger könnte ein vergabespezifischer Rechtsschutz durch eine nicht näher determinierte Entscheidung des Auftraggebers in sachlich zu rechtfertigender Weise den Grundsätzlich ist auf die diesbezüglichen Erwägungen im Vorbescheid Zl. N-6/02-17 zu verweisen. Zutreffend zeigt der Auftraggeber auf, dass nach der Baukoordinierungsrichtlinie die Möglichkeit besteht, dass Kleinlose (also Lose mit einem geschätzten Auftragswert von weniger als 1 Million Euro) im Gesamtausmaß von bis zu 20% des Auftragswertes des Gesamtvorhabens vom Auftraggeber vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden dürfen. Auf diese Ausnahmemöglichkeit nach der Richtlinie kommt es jedoch für die Frage, ob der Auftrag in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fällt, nicht an. Der diesbezüglich einschlägige Text des Paragraph 6, Absatz 2, BVergG enthält nämlich keine Anhaltspunkte für ein solches Wahlrecht des Auftraggebers. Ein solches Wahlrecht ist gemeinschaftsrechtlich nicht geboten, weil die Richtlinien Mindestvorschriften zu Gunsten der Bieter sind. Die Mitgliedstaaten sind aber frei, ihr Vergaberecht strenger zu gestalten, als dies nach den Richtlinien erforderlich wäre. Im konkreten Fall der Kleinlose ist eine solche strengere Regelung auch verfassungsrechtlich geboten. Durch die Verknüpfung des Geltungsbereiches des Bundesvergabegesetzes mit der Zugänglichkeit des vergabespezifischen Rechtsschutzes wäre nämlich ein Recht des Auftraggebers, Kleinlose im Ausmaß von 20% des Wertes des Gesamtvorhabens aus dem Geltungsbereich des Gesetzes auszunehmen, verfassungswidrig. Denn der Auftraggeber

würde auf diese Weise bestimmten Bietern den verfassungsrechtlich geforderten, vergabespezifischen Rechtsschutz vorenthalten können. Nach der diesbezüglich einschlägigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs (vergleiche VfGH vom 3.11.00, G 110, 111/99) vermögen Unterschiede im geschätzten Auftragswert einer Vergabe das gänzliche Vorenthalten eines vergabespezifischen Rechtsschutzes nicht sachlich zu rechtfertigen. Umsoweniger könnte ein vergabespezifischer Rechtsschutz durch eine nicht näher determinierte Entscheidung des Auftraggebers in sachlich zu rechtfertigender Weise den

Bietern vorenthalten werden. Da der Wortlaut des § 6 Abs. 2 BVergG ein solches - verfassungswidriges - Wahlrecht des Auftraggebers auch in keiner Weise nahe legt, ist die Bestimmung verfassungskonform dahin zu verstehen, dass ein solches Wahlrecht nicht vorhanden ist. Demnach fällt die antragsgegenständliche Vergabe jedenfalls in den Geltungsbereich des Gesetzes. Bietern vorenthalten werden. Da der Wortlaut des Paragraph 6, Absatz 2, BVergG ein solches - verfassungswidriges - Wahlrecht des Auftraggebers auch in keiner Weise nahe legt, ist die Bestimmung verfassungskonform dahin zu verstehen, dass ein solches Wahlrecht nicht vorhanden ist. Demnach fällt die antragsgegenständliche Vergabe jedenfalls in den Geltungsbereich des Gesetzes.

II. Zu den einzelnen Anträgen römisch zwei. Zu den einzelnen Anträgen:

1. 1. Ziffer eins

Zu Spruchpunkt I:

1. a) Litera a

Zur Antragslegitimation:

Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers ist das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Der Umstand, dass die Antragstellerin die Anteile "Lohn" und "Sonstiges" nicht in absoluten Zahlen sondern bloß prozentmäßig in ihr Angebot eingetragen hat, ist kein Mangel im Sinne des § 48 Abs. 2 BVergG, der dem Auftraggeber eine weitere Bearbeitung unzumutbar machen würde. Die Umrechnung der Prozentsätze in absoluten Zahlen wäre überhaupt nur zur Prüfung der Preisplausibilität erforderlich. Eine solche Prüfung hat der Auftraggeber im vorliegenden Fall ohnehin nicht angestellt und sind auch keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, warum eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden sollte. Selbst wenn ein Umrechnen erforderlich wäre, würde der dadurch verursachte Arbeitsaufwand doch lediglich zur Qualifikation als behebbarer Mangel führen. Denn der Auftraggeber kann ohne Gefahr einer Manipulation das Angebot dem Bieter zwecks nachträglicher Umrechnung der Prozentsätze in absolute Zahlen zurückstellen und so den Arbeitsaufwand dem Bieter überbürden. Die vom Auftraggeber behauptete Unvollständigkeit des Angebotes hinsichtlich der Position "abgescherte Dispersionsfarbe entsorgen" liegt nicht vor. Im Hinblick auf die geringe wirtschaftliche Bedeutung dieser Position (nach den Angeboten der anderen Bieter durchschnittlich EURO 1,-) und unter Bedachtnahme auf die bereits erteilte Aufklärung der Antragstellerin sowie den sachlichen Zusammenhang mit der Position "Dispersionsfarbe abscheren" ist davon auszugehen, dass erstere Leistung in der zuletzt erwähnten Position enthalten ist. Entgegen dem Vorbringen des Auftraggebers ist das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschneiden. Der Umstand, dass die Antragstellerin die Anteile "Lohn" und "Sonstiges" nicht in absoluten Zahlen sondern bloß prozentmäßig in ihr Angebot eingetragen hat, ist kein Mangel im Sinne des Paragraph 48, Absatz 2, BVergG, der dem Auftraggeber eine weitere Bearbeitung unzumutbar machen würde. Die Umrechnung der Prozentsätze in absoluten Zahlen wäre überhaupt nur zur Prüfung der Preisplausibilität erforderlich. Eine solche Prüfung hat der Auftraggeber im vorliegenden Fall ohnehin nicht angestellt und sind auch keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, warum eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden sollte. Selbst wenn ein Umrechnen erforderlich wäre, würde der dadurch verursachte Arbeitsaufwand doch lediglich zur Qualifikation als behebbarer Mangel führen. Denn der Auftraggeber kann ohne Gefahr einer Manipulation das Angebot dem Bieter zwecks nachträglicher Umrechnung der Prozentsätze in absolute Zahlen zurückstellen und so den Arbeitsaufwand dem Bieter überbürden. Die vom Auftraggeber behauptete Unvollständigkeit des Angebotes hinsichtlich der Position "abgescherte Dispersionsfarbe entsorgen" liegt nicht vor. Im Hinblick auf die geringe wirtschaftliche Bedeutung dieser Position (nach den Angeboten der anderen Bieter durchschnittlich EURO 1,-) und unter Bedachtnahme auf die bereits erteilte Aufklärung der Antragstellerin sowie den sachlichen Zusammenhang mit der Position "Dispersionsfarbe abscheren" ist davon auszugehen, dass erstere Leistung in der zuletzt erwähnten Position enthalten ist.

1. b) Litera b

Zur Zulässigkeit der beantragten Nichtigerklärung des Widerrufs:

Durch Urteil vom 18.6.02, Rs C 92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungsgesellschaft mbH gegen Stadt Wien, hat der EuGH klargestellt, dass Art. 1 Abs. 1 der Richtmittelrichtlinie 89/665 verlangt, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung zu widerrufen, gegebenenfalls in einem Nachprüfungsverfahren aufgehoben werden können muss. Diesem gemeinschaftsrechtlich zwingend erforderlichen Ergebnis steht der Wortlaut der entsprechenden Zuständigkeitsvorschriften für das Bundesvergabeamt (§ 113) auch nicht entgegen. § 113 Abs. 2 Z 2 BVergG sieht nämlich vor, dass eine Nichtigerklärung bis zur Zuschlagserteilung zulässig ist. Diese innerstaatliche Vorschrift lässt also einem Auslegungsspielraum, der - ungeachtet allfälliger anderer systematischer oder historischer Interpretationsargumente, die dagegen sprechen mögen, dies jedoch nicht in unzweideutiger Weise tun - bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation dazu führt, dass die Nichtigerklärung des Widerrufs zulässig ist. Zwar würde dieses Ergebnis aufgrund gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation lediglich für jene Vergaben gelten, die in den Geltungsbereich der materiellen EU-Vergaberichtlinien fallen und wäre daher der gegenständliche Auftrag wohl - entsprechend dem vom Auftraggeber aufgezeigten Wahlrechtes des Auftraggebers nicht davon betroffen. Doch ergibt sich aus der bereits zitierten verfassungsgerichtlichen Judikatur, dass eine Differenzierung zwischen dem richtlinienunterworfenen Bereich und den nicht richtlinienunterworfenen Bereich hinsichtlich eines so wesentlichen Elementes des vergabespezifischen Rechtsschutzes nicht sachlich gerechtfertigt werden könnte. Demnach ist in verfassungskonformer Interpretation davon auszugehen, dass die Nichtigerklärung des Widerrufs im gesamten Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, nicht bloß in dem auch von den EU-Vergaberichtlinien erfassten Bereich, zulässig ist.

Durch Urteil vom 18.6.02, Rs C 92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungsgesellschaft mbH gegen Stadt Wien, hat der EuGH klargestellt, dass Artikel eins, Absatz eins, der Richtmittelrichtlinie 89/665 verlangt, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung zu widerrufen, gegebenenfalls in einem Nachprüfungsverfahren aufgehoben werden können muss. Diesem gemeinschaftsrechtlich zwingend erforderlichen Ergebnis steht der Wortlaut der entsprechenden Zuständigkeitsvorschriften für das Bundesvergabeamt (Paragraph 113,) auch nicht entgegen. Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG sieht nämlich vor, dass eine Nichtigerklärung bis zur Zuschlagserteilung zulässig ist. Diese innerstaatliche Vorschrift lässt also einem Auslegungsspielraum, der - ungeachtet allfälliger anderer systematischer oder historischer Interpretationsargumente, die dagegen sprechen mögen, dies jedoch nicht in unzweideutiger Weise tun - bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation dazu führt, dass die Nichtigerklärung des Widerrufs zulässig ist. Zwar würde dieses Ergebnis aufgrund gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation lediglich für jene Vergaben gelten, die in den Geltungsbereich der materiellen EU-Vergaberichtlinien fallen und wäre daher der gegenständliche Auftrag wohl - entsprechend dem vom Auftraggeber aufgezeigten Wahlrechtes des Auftraggebers nicht davon betroffen. Doch ergibt sich aus der bereits zitierten verfassungsgerichtlichen Judikatur, dass eine Differenzierung zwischen dem richtlinienunterworfenen Bereich und den nicht richtlinienunterworfenen Bereich hinsichtlich eines so wesentlichen Elementes des vergabespezifischen Rechtsschutzes nicht sachlich gerechtfertigt werden könnte. Demnach ist in verfassungskonformer Interpretation davon auszugehen, dass die Nichtigerklärung des Widerrufs im gesamten Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, nicht bloß in dem auch von den EU-Vergaberichtlinien erfassten Bereich, zulässig ist.

1. c) Litera c

Zur inhaltlichen Begründetheit des Antrages:

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist der Widerruf einer Ausschreibung nicht bloß aus zwingenden Gründen (§ 55 Abs. 1 BVergG) zulässig. Da es sich bei der staatlichen Auftragsvergabe um Privatwirtschaftsverwaltung handelt, benötigt der Auftraggeber keine gesetzliche Grundlage für sein Handeln. Der Auftraggeber darf vielmehr all das tun, was ihm nicht gesetzlich verboten ist. Wenn daher § 55 Abs. 1 BVergG den Auftraggeber dazu verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen, kann aus dieser Anordnung nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass der Widerruf überhaupt nur bei Vorliegen zwingender Gründe zulässig ist. Für eine solche Annahme bedürfte es vielmehr einer konkreten gesetzlichen Bestimmung, die dem Auftraggeber den Widerruf aus anderen Gründen verbieten würde. Mangels einer solchen gesetzlichen Bestimmung ist der Auftraggeber grundsätzlich - unbeschadet allfälliger zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche - berechtigt die Ausschreibung zu widerrufen. Vergaberechtlich sind dem Auftraggeber diesbezüglich nur insofern Grenzen gesetzt, als kraft des auch in der Privatwirtschaftsverwaltung geltenden allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes sein Handeln stets sachlich begründet sein muss. Diesem Sachlichkeitsgebot, dass seine vergaberechtliche Ausprägung im Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gemäß § 16 Abs. 1 BVergG findet, genügt ein Widerruf dann, wenn die vom Auftraggeber zur Begründung herangezogenen Umstände im Einklang mit den Grundsätzen des § 16 Abs. 1 BVergG und den

Haushaltsgrundsätzen nach Art. 126b Abs. 5 B-VG stehen und die für die Entscheidung erforderlichen Tatsachengrundlagen sorgfältig ermittelt wurden. Gerade dies ist aber bei der vorliegenden Widerrufsentscheidung des Auftraggebers nicht der Fall. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist der Widerruf einer Ausschreibung nicht bloß aus zwingenden Gründen (Paragraph 55, Absatz eins, BVergG) zulässig. Da es sich bei der staatlichen Auftragsvergabe um Privatwirtschaftsverwaltung handelt, benötigt der Auftraggeber keine gesetzliche Grundlage für sein Handeln. Der Auftraggeber darf vielmehr all das tun, was ihm nicht gesetzlich verboten ist. Wenn daher Paragraph 55, Absatz eins, BVergG den Auftraggeber dazu verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen, wenn zwingende Gründe vorliegen, kann aus dieser Anordnung nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass der Widerruf überhaupt nur bei Vorliegen zwingender Gründe zulässig ist. Für eine solche Annahme bedürfte es vielmehr einer konkreten gesetzlichen Bestimmung, die dem Auftraggeber den Widerruf aus anderen Gründen verbieten würde. Mangels einer solchen gesetzlichen Bestimmung ist der Auftraggeber grundsätzlich - unbeschadet allfälliger zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche - berechtigt die Ausschreibung zu widerrufen. Vergaberechtlich sind dem Auftraggeber diesbezüglich nur insofern Grenzen gesetzt, als kraft des auch in der Privatwirtschaftsverwaltung geltenden allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes sein Handeln stets sachlich begründet sein muss. Diesem Sachlichkeitsgebot, dass seine vergaberechtliche Ausprägung im Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gemäß Paragraph 16, Absatz eins, BVergG findet, genügt ein Widerruf dann, wenn die vom Auftraggeber zur Begründung herangezogenen Umstände im Einklang mit den Grundsätzen des Paragraph 16, Absatz eins, BVergG und den Haushaltsgrundsätzen nach Artikel 126 b, Absatz 5, B-VG stehen und die für die Entscheidung erforderlichen Tatsachengrundlagen sorgfältig ermittelt wurden. Gerade dies ist aber bei der vorliegenden Widerrufsentscheidung des Auftraggebers nicht der Fall.

Der Auftraggeber hat nicht ermittelt, ob die Bieter ohne den verpönten Vorbehalt der Teilvergabe inhaltlich andere Angebote gelegt hätten und ist demnach der Frage nicht ausreichend nachgegangen, ob überhaupt ein Widerruf - aus rechtlichen Gründen - geboten ist. Ebensowenig hat der Auftraggeber vor seiner Entscheidung die allenfalls drohenden Verzögerungsschäden sorgfaltsgemäß, nämlich durch Ermittlung konkreter Schätzzahlen, durchgeführt. Davon abgesehen war die vom Auftraggeber durchgeführte Prüfung der möglichen Handlungsvarianten schon deshalb unsachlich, weil der Auftraggeber die rechtlich zulässigen Handlungsmöglichkeiten (Weiterführung der Vergabe oder Widerruf der Vergabe mit anschließender Neuausschreibung) mit einer rechtswidrigen Alternativen, nämlich der Freihandvergabe verglichen hat. Da ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung im Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes nur in Betracht kommt, wenn einer der im Gesetz genannten Ausnahmetatbestände erfüllt ist, war nämlich die freihändige Vergabe durch den Auftraggeber jedenfalls rechtswidrig. Werden aber die Vorteile einer rechtswidrigen Vorgangsweise mit den Nachteilen rechtmäßigen Verhaltens miteinander verglichen und so als Grundlage für die Entscheidung über den Widerruf herangezogen, ist jedenfalls von der Unsachlichkeit der Widerrufsentscheidung auszugehen, weil rechtswidriges Tun nie dem Sachlichkeitsgebot genügen kann.

Darüberhinaus ist die Widerrufsentscheidung auch deswegen unsachlich, weil sich aus dem Zusammenhang der Ereignisse ergibt, dass der Auftraggeber tatsächlich im Anschluss an den Widerruf kein neues Vergabeverfahren durchgeführt hat, sondern entsprechend seiner früheren, bereits als rechtswidrig erkannten Zuschlagsentscheidung vorgegangen ist und tatsächlich die bereits im gegebenen Vergabeverfahren vorliegenden Angebote im Wesentlichen unverändert angenommen hat. Zutreffend zeigt die Antragstellerin daher auf, dass sich die Vergabe vom 8.5.02 tatsächlich als Teil des vorgeblich widerrufenen alten Vergabeverfahrens darstellt. Tatsächlich erfolgte der Widerruf offensichtlich lediglich zum Schein, um dem Auftraggeber entgegen der Rechtsanschauung des ha. Bescheides vom 8.5.02 die Beendigung des Vergabeverfahrens nach seiner ursprünglichen Intention zu ermöglichen. Vorgetäuschte Gründe sind ebenfalls keine sachlichen Gründe.

Der angefochtene Widerruf ist daher in mehrfacher Hinsicht unsachlich und daher rechtswidrig. Unter Bedachtnahme auf den Umstand, dass dem Auftraggeber bei der Entscheidung zum Widerruf grundsätzlich Ermessen zukommt, ist entsprechend der bisherigen Judikatur der Behörde (vgl. Bescheid N-128/01-72) davon auszugehen, dass die Nichtigklärung eines rechtswidrig begründeten Widerrufs bereits dann zu erfolgen hat, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber bei rechtmäßiger Vorgangsweise zu einem anderen Ergebnis kommen könnte. Die angefochtene Widerrufsentscheidung war demnach spruchgemäß für nichtig zu erklären. Der angefochtene Widerruf ist daher in mehrfacher Hinsicht unsachlich und daher rechtswidrig. Unter Bedachtnahme auf den Umstand, dass dem Auftraggeber bei der Entscheidung zum Widerruf grundsätzlich Ermessen zukommt, ist entsprechend der

bisherigen Judikatur der Behörde vergleiche Bescheid N-128/01-72) davon auszugehen, dass die Nichtigkeitserklärung eines rechtswidrig begründeten Widerrufs bereits dann zu erfolgen hat, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Auftraggeber bei rechtmäßiger Vorgangsweise zu einem anderen Ergebnis kommen könnte. Die angefochtene Widerrufsentscheidung war demnach spruchgemäß für nichtig zu erklären.

1. 2.Ziffer 2

Zu Spruchpunkt II:

Die von der Antragstellerin behauptete ex lege Nichtigkeit der genannten Entscheidungen liegt nicht vor. Da das Gesetz bei Rechtswidrigkeit von Entscheidungen gerade im Wege des Nachprüfungsverfahrens die Nichtigkeitserklärung vorsieht, ist bei bloßer Rechtswidrigkeit einer Auftraggeberentscheidung eben gerade nicht von einer ex lege Nichtigkeit auszugehen. Eine solche ist vielmehr nur dort anzunehmen, wo sie das Gesetz vorsieht, wie das etwa bei der Nichtigkeit von Auftraggeberakten in einem durch behördliche Verfügung ausgesetzten Vergabeverfahren oder bei der Verletzung des § 53a Abs. 2 BVergG der Fall ist. Im letzteren Fall - der wie unten zu zeigen sein wird, hier gegeben ist - ist die Rechtsfolge der Gesetzesverletzung aber nicht die Nichtigkeit einer Auftraggeberentscheidung sondern die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung. Letztere ist als die Abgabe der Vertragsabschlusserklärung begrifflich von den bloß organisationsinternen Akten "Auftraggeberentscheidungen" zu trennen. Die von der Antragstellerin behauptete ex lege Nichtigkeit der genannten Entscheidungen liegt nicht vor. Da das Gesetz bei Rechtswidrigkeit von Entscheidungen gerade im Wege des Nachprüfungsverfahrens die Nichtigkeitserklärung vorsieht, ist bei bloßer Rechtswidrigkeit einer Auftraggeberentscheidung eben gerade nicht von einer ex lege Nichtigkeit auszugehen. Eine solche ist vielmehr nur dort anzunehmen, wo sie das Gesetz vorsieht, wie das etwa bei der Nichtigkeit von Auftraggeberakten in einem durch behördliche Verfügung ausgesetzten Vergabeverfahren oder bei der Verletzung des Paragraph 53 a, Absatz 2, BVergG der Fall ist. Im letzteren Fall - der wie unten zu zeigen sein wird, hier gegeben ist - ist die Rechtsfolge der Gesetzesverletzung aber nicht die Nichtigkeit einer Auftraggeberentscheidung sondern die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung. Letztere ist als die Abgabe der Vertragsabschlusserklärung begrifflich von den bloß organisationsinternen Akten "Auftraggeberentscheidungen" zu trennen.

1. 3.Ziffer 3

Zu Spruchpunkt III:

Da nach der Rechtssprechung des Verfassungsgerichtshofes nur selbstständig nach außen in Erscheinung tretende Teilakte des Vergabeverfahrens als anfechtbare Entscheidungen im Sinne von § 115 Abs. 1 BVergG in Betracht kommen und hinsichtlich der Entscheidung, ein "Verhandlungsverfahren ohne die Antragstellerin zu führen" kein solcher Teilakt vorliegt, war der Antrag als unzulässig zurückzuweisen. Da nach der Rechtssprechung des Verfassungsgerichtshofes nur selbstständig nach außen in Erscheinung tretende Teilakte des Vergabeverfahrens als anfechtbare Entscheidungen im Sinne von Paragraph 115, Absatz eins, BVergG in Betracht kommen und hinsichtlich der Entscheidung, ein "Verhandlungsverfahren ohne die Antragstellerin zu führen" kein solcher Teilakt vorliegt, war der Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

1. 4.Ziffer 4

Zu Spruchpunkt VI:

Zunächst ist festzuhalten, dass die zu Spruchpunkt I verfügte Nichtigkeitserklärung der Widerrufsentscheidung rückwirkend - also ex tunc - wirkt. Dies ist bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation entsprechend dem Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes anzunehmen, weil eine Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung wirksamer ist, als eine bloße ex-nunc Wirkung. Darüberhinaus entspricht eine solche Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung auch den Interessen an der Durchführung des Vergabeverfahrens, würde doch sonst der öffentliche Auftraggeber Gefahr laufen, im Fall einer Nichtigkeitserklärung des Widerrufs danach keine aufrechten Angebote mehr zu haben. Zunächst ist festzuhalten, dass die zu Spruchpunkt römisch eins verfügte Nichtigkeitserklärung der Widerrufsentscheidung rückwirkend - also ex tunc - wirkt. Dies ist bei gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation entsprechend dem Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes anzunehmen, weil eine Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung wirksamer ist, als eine bloße ex-nunc Wirkung. Darüberhinaus entspricht eine solche Rückwirkung der Nichtigkeitserklärung auch den Interessen an der Durchführung des Vergabeverfahrens, würde doch sonst der öffentliche Auftraggeber Gefahr laufen, im Fall einer Nichtigkeitserklärung des Widerrufs danach keine aufrechten Angebote mehr zu haben.

Entsprechend daher anzunehmenden ex-tuncwirkung der Nichtigkeitserklärung des Widerrufs sind alle nach dem Widerruf

gesetzten Handlungen des Auftraggebers nachträglich so zu betrachten, als ob der Widerruf nicht erfolgt wäre. Dies bedeutet, dass die Auftragserteilung vom 8.5.02, die aus den bereits vor erwähnten Gründen inhaltlich dem "widerrufenen" Vergabeverfahren zuzurechnen ist, jedenfalls gesetzwidrig erfolgte. Wurde doch entgegen § 53a Abs. 1 BVergG die offensichtlich neuerlich getroffene Zuschlagsentscheidung den anderen Bietern nicht mitgeteilt. Zur Klarstellung ist festzuhalten, dass entsprechend der gesetzlichen Anordnung des § 53a Abs. 2 BVergG Rechtsfolge dieser Vorgangsweise die Nichtigkeit des mit Schreiben vom 8.5.02 erfolgten Zuschlages ist. Entsprechend daher anzunehmenden ex-tunc-wirkung der Nichtigkeitsklärung des Widerrufs sind alle nach dem Widerruf gesetzten Handlungen des Auftraggebers nachträglich so zu betrachten, als ob der Widerruf nicht erfolgt wäre. Dies bedeutet, dass die Auftragserteilung vom 8.5.02, die aus den bereits vor erwähnten Gründen inhaltlich dem "widerrufenen" Vergabeverfahren zuzurechnen ist, jedenfalls gesetzwidrig erfolgte. Wurde doch entgegen Paragraph 53 a, Absatz eins, BVergG die offensichtlich neuerlich getroffene Zuschlagsentscheidung den anderen Bietern nicht mitgeteilt. Zur Klarstellung ist festzuhalten, dass entsprechend der gesetzlichen Anordnung des Paragraph 53 a, Absatz 2, BVergG Rechtsfolge dieser Vorgangsweise die Nichtigkeit des mit Schreiben vom 8.5.02 erfolgten Zuschlages ist.

Die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vom 8.5.02 ergibt sich im übrigen zusätzlich aus den bereits im Bescheid vom gleichen Tag, ZI N-6/02-17 dargelegten Erwägungen, weil der Auftraggeber ja seine Entscheidung lediglich formal neu getroffen inhaltlich jedoch bloß wiederholt hat.

1. 5.Ziffer 5

Zu Spruchpunkt V:

Der vom Auftraggeber gestellte Antrag war mangels gesetzlicher Grundlage ein solcher Antrag ist nur im Feststellungsverfahren nach § 113 Abs. 3 BVergG vorgesehen zurückzuweisen. Der vom Auftraggeber gestellte Antrag war mangels gesetzlicher Grundlage ein solcher Antrag ist nur im Feststellungsverfahren nach Paragraph 113, Absatz 3, BVergG vorgesehen zurückzuweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Veröffentlichungen

ZVB 2002/109, 302;

Schlagworte

Geltungsbereich, sachlicher, Bauauftrag, Losregelung, Wahlrecht, gemeinschaftsrechtlicher Mindeststandard; Rechtsschutz, Sachlichkeitsgebot, Auftragswert; Angebot, behebbarer Mangel, Prozentangaben; Rechtsschutz, Nichtigkeitsklärung des Widerrufs, Sachlichkeitsgebot, Interpretation; Widerruf, zwingende Gründe, Gleichheitsgrundsatz, Begründungspflicht; Sachlichkeitsgebot, rechtswidrig, Wesentlichkeit, ex lege, Nichtigkeitsklärung, ex tunc, ex nunc, öffentliche Interessen;

Dokumentnummer

VERGT_20020829_N_19_02_19_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