

TE Verg Bescheid 1999/10/29 N-11/99-40;, N-12/99-40;

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.10.1999

Norm

BVergG 1997 §11 Abs1 Z2 litb

BVergG 1997 §12 Abs1 Z1

BVergG 1997 §109 Abs8

BVergG 1997 §113 Abs2

ABGB §862a

ABGB §879

EGVG ArtII Abs1

EGVG ArtII Abs2

EGVG ArtII Abs3

AVG §21

WRG §87

ZustellG §26a

1. ABGB § 862a heute
2. ABGB § 862a gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBI. Nr. 69/1916
1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992
1. AVG § 21 heute
2. AVG § 21 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 21 gültig von 01.02.1991 bis 20.07.2023

Text

BESCHEID:

Der Senat 3 des Bundesvergabeamtes hat am 8. September 1999 unter dem Vorsitz von Vizepräsident des OGH i.R. Dr. Kurt Hofmann mit den Beisitzern Divisionär Ing. Mag. Dr. Ernst Hladik und Dr. Johannes Schenk wie folgt entschieden:

Dem Antrag der XXX Aktiengesellschaft, ***, sowie des Ing. YYY, ***, beide vertreten durch ***, vom 10. März 1999, betreffend die Vergabe der Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten sowie der maschinellen Ausrüstung im Rahmen des Bauvorhabens "Kläranlage-neu" für 60.000 EGW in Sollenau, BA 04, durch den Piestingtaler Abwasserverband, Hauptplatz 1, 2601 Sollenau, vertreten durch ***, das Bundesvergabeamt möge feststellen, daß die Zuschlagsentscheidungen (Vergabevorschläge) vom 25. 2. 1999, mit denen der Piestingtaler Abwasserverband der AAA AG den Auftrag für die Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten und der BBB GmbH den Auftrag für die

maschinelle Ausstattung jeweils betreffend das Bauvorhaben "Kläranlage-neu" für 60.000 EGW in Sollenau, BA 04, erteilt, rechtswidrig und nichtig seien, wird insofern stattgegeben, als festgestellt wird, daß die Erteilung des Zuschlages vom 8. September 1999 wegen Verletzung des § 109 Abs. 8 BVergG nichtig ist. Dem Antrag der römisch 30 Aktiengesellschaft, ***, sowie des Ing. YYY, ***, beide vertreten durch ***, vom 10. März 1999, betreffend die Vergabe der Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten sowie der maschinellen Ausrüstung im Rahmen des Bauvorhabens "Kläranlage-neu" für 60.000 EGW in Sollenau, BA 04, durch den Piestingtaler Abwasserverband, Hauptplatz 1, 2601 Sollenau, vertreten durch ***, das Bundesvergabeamt möge feststellen, daß die Zuschlagsentscheidungen (Vergabevorschläge) vom 25. 2. 1999, mit denen der Piestingtaler Abwasserverband der AAA AG den Auftrag für die Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten und der BBB GmbH den Auftrag für die maschinelle Ausstattung jeweils betreffend das Bauvorhaben "Kläranlage-neu" für 60.000 EGW in Sollenau, BA 04, erteilt, rechtswidrig und nichtig seien, wird insofern stattgegeben, als festgestellt wird, daß die Erteilung des Zuschlages vom 8. September 1999 wegen Verletzung des Paragraph 109, Absatz 8, BVergG nichtig ist.

Begründung:

1. 1.Ziffer eins

Parteienvorbringen, bisheriger Gang des Verfahrens:

In ihrem Antrag vom 10. März 1999 brachten die Antragsteller vor, im Verlaufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens, das für den Piestingtaler Abwasserverband durch das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Gruppe Wasser -WA 4, durchgeführt wurde, habe die XXX Aktiengesellschaft, *** (im folgenden Erstantragsteller), für die Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten (im folgenden: Bauleistungen) Angebote für das Amtsprojekt sowie für drei alternative Projekte gelegt. Ing. YYY, Stahl- und Anlagenbau, *** (im folgenden Zweitantragsteller), habe für die maschinelle Ausrüstung das Amtsprojekt sowie eine Alternative angeboten. In ihrem Antrag vom 10. März 1999 brachten die Antragsteller vor, im Verlaufe des gegenständlichen Vergabeverfahrens, das für den Piestingtaler Abwasserverband durch das Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Gruppe Wasser -WA 4, durchgeführt wurde, habe die römisch 30 Aktiengesellschaft, *** (im folgenden Erstantragsteller), für die Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten (im folgenden: Bauleistungen) Angebote für das Amtsprojekt sowie für drei alternative Projekte gelegt. Ing. YYY, Stahl- und Anlagenbau, *** (im folgenden Zweitantragsteller), habe für die maschinelle Ausrüstung das Amtsprojekt sowie eine Alternative angeboten.

Die Alternativangebote beider Antragsteller hätten auf dem "C- Tech-Verfahren" beruht. Der Nettobetrag des Alternativangebotes für Bauleistungen des Erstantragstellers hätte ATS 44.486.118,02 gelautet, jener des Alternativangebotes des Zweitantragstellers auf ATS 22.650.470,-. Diese beiden Angebote seien gemeinsam mit dem Angebot der Firma ZZZ, die elektronische Anlagen für dasselbe Bauvorhaben angeboten habe, das billigste Angebot sowie dem Amtsprojekt gleichwertig gewesen.

Da in der Ausschreibung keine Zuschlagskriterien genannt seien, sei der Billigstbieter zu beauftragen.

DI ***, zuständig für Planung, Ausschreibung und örtliche Bauaufsicht, habe mit Telefax vom 11. Dezember 1998 den Antragstellern mitgeteilt, daß das C- Tech- Verfahren nicht den Anforderungen entspreche und die Angebote der Antragsteller daher ausgeschieden würden. Am 28. Dezember 1998 hätten die Antragsteller einem Schlichtungsvorschlag der Bundes-Vergabekontrollkommission dahingehend zugestimmt, daß die Gleichwertigkeit der Alternativprojekte hinsichtlich ihrer Funktionstüchtigkeit von den Antragstellern nachgewiesen werden sollte.

In der Folge hätten die Vertreter des Auftraggebers bei einer Besprechung am 26. Jänner 1999 schriftlich zugestimmt, eine gutachterliche Stellungnahme betreffend die Gleichwertigkeit von Prof. Dr. *** aus Braunschweig anzuerkennen. Am 28. Jänner 1999 sei dieses Gutachten dem Auftraggeber übermittelt worden.

Trotzdem habe der Auftraggeber beabsichtigt, die Zuschläge nicht den Antragstellern sondern der AAA AG sowie der BBB GmbH zu erteilen, deren Angebote für die Bauleistungen sich auf ATS 65.349.598,95 und für die maschinelle Einrichtung sich auf ATS 28.412.613,60 belaufen haben, obwohl die beiden letzteren sohin die Leistungen erheblich teurer angeboten hätten.

Deshalb habe der Zweitantragsteller am 24. Februar 1999, der Erstantragsteller am 2. März 1999, um Durchführung eines weiteren Schlichtungsverfahrens ersucht. Die Bundes-Vergabekontrollkommission habe mit Fax vom 25. Februar 1999 den Auftraggeber vom Schlichtungsersuchen des Zweitantragstellers verständigt. Noch am Abend des 25.

Februar 1999 habe der Auftraggeber in einer Verbandsitzung den Beschluß gefaßt, den Zuschlag für die Bauleistungen an die AAA AG, jenen für die maschinellen Anlagen an die BBB GmbH und jenen für die parallel dazu ausgeschriebenen elektronischen Anlagen der CCC AG Österreich zu erteilen.

Dies habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 1. März 1999 der Bundes-Vergabekontrollkommission mitgeteilt, weiters, daß er vom Fax der Bundes- Vergabekontrollkommission vom 25. Februar 1999 keine Kenntnis erlangt habe, weil dieses außerhalb der Amtsstunden eingelangt sei. Bei Beginn der Amtsstunden am 26. Februar 1999 sei die Verständigung bekannt geworden, zu diesem Zeitpunkt sei jedoch die Zuschlagsentscheidung gefällt gewesen, außerdem habe der Auftraggeber noch am Abend des 25. Februar 1999 die Auftragserteilung an die Zuschlagsempfänger schriftlich ausgefertigt und übermittelt. Daraufhin habe die Bundes-Vergabekontrollkommission am 9. März 1999 ihre Unzuständigkeit erklärt. Die Antragsteller bringen weiters vor, ein allfälliger Verstoß gegen Zustellvorschriften im Zuge der Verständigung des Auftraggebers werde gemäß § 7 Zustellgesetz durch tatsächliches Zukommen geheilt. Da der Auftraggeber selbst zugebe, daß ihm obengenanntes Fax am 26. Februar 1999 bekannt wurde, sei die Zustellung spätestens zu diesem Zeitpunkt bewirkt. Da die Annahme eines Auftrages eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei, sei diese erst wirksam, wenn sie dem Anbotssteller zugehe. Nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes habe dies in schriftlicher Form zu erfolgen. Damit komme der Vertrag jedoch lediglich innerhalb der Angebotsfrist zustande, nach dem Ende der Angebotsfrist sei eine Annahme durch den Auftragnehmer erforderlich. Dies habe der Auftraggeber mit Schreiben vom 1. März 1999 der Bundes-Vergabekontrollkommission mitgeteilt, weiters, daß er vom Fax der Bundes- Vergabekontrollkommission vom 25. Februar 1999 keine Kenntnis erlangt habe, weil dieses außerhalb der Amtsstunden eingelangt sei. Bei Beginn der Amtsstunden am 26. Februar 1999 sei die Verständigung bekannt geworden, zu diesem Zeitpunkt sei jedoch die Zuschlagsentscheidung gefällt gewesen, außerdem habe der Auftraggeber noch am Abend des 25. Februar 1999 die Auftragserteilung an die Zuschlagsempfänger schriftlich ausgefertigt und übermittelt. Daraufhin habe die Bundes-Vergabekontrollkommission am 9. März 1999 ihre Unzuständigkeit erklärt. Die Antragsteller bringen weiters vor, ein allfälliger Verstoß gegen Zustellvorschriften im Zuge der Verständigung des Auftraggebers werde gemäß Paragraph 7, Zustellgesetz durch tatsächliches Zukommen geheilt. Da der Auftraggeber selbst zugebe, daß ihm obengenanntes Fax am 26. Februar 1999 bekannt wurde, sei die Zustellung spätestens zu diesem Zeitpunkt bewirkt. Da die Annahme eines Auftrages eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei, sei diese erst wirksam, wenn sie dem Anbotssteller zugehe. Nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes habe dies in schriftlicher Form zu erfolgen. Damit komme der Vertrag jedoch lediglich innerhalb der Angebotsfrist zustande, nach dem Ende der Angebotsfrist sei eine Annahme durch den Auftragnehmer erforderlich.

Die vom Auftraggeber vorgelegten Auftragsschreiben vom 25. Februar 1999 hätten keinen Abfertigungsvermerk enthalten; bei postalischer Zustellung sei jedoch davon auszugehen, daß die Zustellung nicht vor dem 26. Februar 1999 erfolgt sei. Somit habe der Auftraggeber vom Schlichtungsverfahren gewußt, ehe die Verständigung von der Zuschlagserteilung den Auftragnehmern zugegangen sei und somit ehe der Zuschlag erteilt worden sei. Der Auftraggeber hätte die Zuschlagsempfänger unverzüglich vom Schlichtungsverfahren und der damit bewirkten Zuschlagssperre und der Nichtigkeit des Zuschlages in Kenntnis setzen müssen. Weiters sei die Angebotsfrist bereits am 15. Dezember 1998 abgelaufen und nicht verlängert worden. Da der Auftraggeber mit den Antragstellern keine Verlängerung der Zuschlagsfrist vereinbart habe und davon auszugehen sei, daß dies auch mit den Zuschlagsempfängern nicht erfolgt sei, könne der Zuschlag erst mit schriftlicher Annahme des Auftrags durch die Zuschlagsempfänger zustandegekommen sein. Somit sei der Zuschlag noch nicht wirksam erteilt.

Eine Zuschlagserteilung sei auch deshalb unmöglich, da die Angebote der Antragsteller nicht wirksam ausgeschieden worden seien. Deshalb stellten die Antragsteller die im Spruch genannten Anträge sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Inhalts, das Vergabeverfahren auszusetzen und dem Piestingtaler Abwasserverband insbesondere zu verbieten, einen Zuschlag zu erteilen, dies bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigkeitsklärung.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 11. März 1999 brachten die Antragsteller vor, dem ihnen neu übermittelten Beschluß der Bundes-Vergabekontrollkommission, GZ: S-25/99-17 sowie GZ: S-26/99-16, sei zu entnehmen, daß die Entscheidung über die Vergabe des gegenständlichen Auftrages nicht auf der Tagesordnung der Vorstandssitzung des Piestingtaler Abwasserverbandes vom 25. Februar 1999 gestanden habe, weiters sei DI DDD von der AAA AG angeblich

am selben Abend in das Gemeindeamt gerufen worden, die, wie behauptet wird, von ihm übernommenen Auftragsschreiben wiesen keine Empfangsbestätigung auf. Diese Eile deute darauf hin, daß der Auftraggeber vom eingeleiteten Schlichtungsverfahren Kenntnis gehabt habe.

Es sei weiters nicht behauptet worden, daß DI DDD für die AAA AG allein vertretungsbefugt gewesen sei und die Annahme des Auftrages erklärt habe, ebensowenig seine Vertretungsbefugnis für die beiden anderen Zuschlagsempfänger.

In seinem Schriftsatz vom 15. März 1999 bestritt der Auftraggeber die Gleichwertigkeit des C-Tech-Verfahrens. Der zuständige Amtssachverständige habe in einem Gutachten vom 12. Februar 1998 unter Bezugnahme auf das Gutachten von Prof. *** ausgeführt, daß das C-Tech-Verfahren hinsichtlich Stabilisierung sowie Einhaltung der Grenzwerte dem allgemein anerkannten Stand der Technik nicht entspreche, der Auftraggeber habe sich dieser Ansicht angeschlossen. Ferner sei das C-Tech-Verfahren aufgrund seiner vom wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid abweichenden Bemessungsannahmen nicht ausschreibungskonform, weiters sei die Kläranlage der Antragsteller um ca. 30% kleiner. Ein nochmaliges Mitteilen dieses Ausscheidungsgrundes sei nicht erforderlich gewesen.

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bringt der Auftraggeber vor, zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfänger habe der Auftraggeber keine Kenntnis von der Verständigung der Bundesvergabekontrollkommission gehabt. Aufgrund der erfolgten Zuschlagserteilung sei keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bezüglich des nunmehr beantragten Nachprüfungsverfahrens gegeben. Zur behaupteten Nichtigkeit der Zuschlagserteilung vom 25. Februar 1999 bringt der Auftraggeber vor, in der Schlichtungsverhandlung sei die Heranziehung des § 7 Zustellgesetz mit Hinweis auf § 26a Zustellgesetz verworfen worden. Das ausschreibungsgemäß als Abgabestelle fungierende Büro des Gemeindeamtes Sollenau sei am 25. Februar 1999 ab 15.30 Uhr nicht mehr besetzt gewesen, die an diesem Tage frühestens um 17.57 Uhr per Telefax einlangende Verständigung der Bundesvergabekontrollkommission sei dem Auftraggeber vor Beschlußfassung über die Zuschlagserteilung nicht zur Kenntnis gelangt. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bringt der Auftraggeber vor, zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfänger habe der Auftraggeber keine Kenntnis von der Verständigung der Bundesvergabekontrollkommission gehabt. Aufgrund der erfolgten Zuschlagserteilung sei keine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes bezüglich des nunmehr beantragten Nachprüfungsverfahrens gegeben. Zur behaupteten Nichtigkeit der Zuschlagserteilung vom 25. Februar 1999 bringt der Auftraggeber vor, in der Schlichtungsverhandlung sei die Heranziehung des Paragraph 7, Zustellgesetz mit Hinweis auf Paragraph 26 a, Zustellgesetz verworfen worden. Das ausschreibungsgemäß als Abgabestelle fungierende Büro des Gemeindeamtes Sollenau sei am 25. Februar 1999 ab 15.30 Uhr nicht mehr besetzt gewesen, die an diesem Tage frühestens um 17.57 Uhr per Telefax einlangende Verständigung der Bundesvergabekontrollkommission sei dem Auftraggeber vor Beschlußfassung über die Zuschlagserteilung nicht zur Kenntnis gelangt.

Da die derzeit bestehende Kläranlage nicht mehr gesichert funktionsfähig sei sowie aufgrund der heftig geführten technischen Diskussion habe sich der Auftraggeber in der Sitzung vom 25. Februar 1999 zur Zuschlagserteilung entschlossen, wobei keine Zuschlagssperren oder einstweiligen Verfügungen vorgelegen hätten. Nach Beschlußfassung sei DI DDD von der AAA AG telefonisch gebeten worden zu erscheinen und habe dieser in Vertretung der AAA AG, BBB GmbH und CCC AG die schriftlichen Zuschlags- und Auftragsschreiben übernommen. Somit liege eine fristgerechte und gültige schriftliche Zuschlagserteilung vor. Weiters sei deshalb von einer gültigen und rechtswirksamen Zuschlagserteilung auszugehen, da das Schriftlichkeitsgebot der Zuschlagserteilung nach der Legaldefinition des § 15 Abs. 1 Z 15 BVergG durch § 54 Abs. 2 BVergG modifiziert werde, welcher hinsichtlich der Form des Vertragsabschlusses auf die durch § 12 der Allgemeinen Bundesvergabeordnung - ABVV 1994 verbindlich erklärte Ziffer 4.7.2. der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 verweise, wonach zwar ein grundsätzliches Schriftlichkeitsgebot für die Zuschlagserteilung bestehe, ein zunächst bloß mündlich erteilter Zuschlag - etwa bei Gefahr in Verzug - dann wirksam und gültig bleibe, wenn die schriftliche Ausfertigung ehestens nachgeholt werde. Dem entspreche die Zuschlagserteilung in jedem Falle. Da die derzeit bestehende Kläranlage nicht mehr gesichert funktionsfähig sei sowie aufgrund der heftig geführten technischen Diskussion habe sich der Auftraggeber in der Sitzung vom 25. Februar 1999 zur Zuschlagserteilung entschlossen, wobei keine Zuschlagssperren oder einstweiligen Verfügungen vorgelegen hätten. Nach Beschlußfassung sei DI DDD von der AAA AG telefonisch gebeten worden zu erscheinen und habe dieser in Vertretung der AAA AG, BBB GmbH und CCC AG die schriftlichen Zuschlags- und Auftragsschreiben übernommen. Somit liege eine fristgerechte und gültige schriftliche Zuschlagserteilung vor. Weiters sei deshalb von einer gültigen

und rechtswirksamen Zuschlagserteilung auszugehen, da das Schriftlichkeitsgebot der Zuschlagserteilung nach der Legaldefinition des Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer 15, BVergG durch Paragraph 54, Absatz 2, BVergG modifiziert werde, welcher hinsichtlich der Form des Vertragsabschlusses auf die durch Paragraph 12, der Allgemeinen Bundesvergabeordnung - ABVV 1994 verbindlich erklärte Ziffer 4.7.2. der ÖNORM A 2050 vom 1. Jänner 1993 verweise, wonach zwar ein grundsätzliches Schriftlichkeitsgebot für die Zuschlagserteilung bestehe, ein zunächst bloß mündlich erteilter Zuschlag - etwa bei Gefahr in Verzug - dann wirksam und gültig bleibe, wenn die schriftliche Ausfertigung ehestens nachgeholt werde. Dem entspreche die Zuschlagserteilung in jedem Falle.

Die Zuschlagsfrist habe nicht bereits am 15. Dezember 1998, 10.00 Uhr geendet, es sei weiters nicht zutreffend, daß zwischen Auftraggeber und Antragsteller keine Verlängerung vereinbart worden sei. Der Zweitantragsteller habe sich mit Telefax vom 14. Dezember 1998 ausdrücklich gegenüber dem Auftraggeber mit einer Verlängerung der Zuschlagsfrist um drei Monate einverstanden erklärt. Zudem seien mehrere Aufklärungsgespräche zwischen den Antragstellern und dem Auftraggeber geführt worden sowie mehrfach, so noch mit Telefax vom 8. März 1999, Aufklärungsschreiben von den Antragstellern nachgereicht worden. Weiters sei das Gutachten von Prof. *** eingeholt worden und das künftige Kläranlagegebiet gemeinsam besichtigt worden. Damit hätten sowohl Auftraggeber als auch Antragsteller ihren Bindungswillen geäußert und sei eine Verlängerung der Zuschlagsfrist zumindest stillschweigend zustande gekommen. Weiters werde auf die Bestimmung des § 41 Abs. 3 BVergG verwiesen. Die Zuschlagsfrist habe nicht bereits am 15. Dezember 1998, 10.00 Uhr geendet, es sei weiters nicht zutreffend, daß zwischen Auftraggeber und Antragsteller keine Verlängerung vereinbart worden sei. Der Zweitantragsteller habe sich mit Telefax vom 14. Dezember 1998 ausdrücklich gegenüber dem Auftraggeber mit einer Verlängerung der Zuschlagsfrist um drei Monate einverstanden erklärt. Zudem seien mehrere Aufklärungsgespräche zwischen den Antragstellern und dem Auftraggeber geführt worden sowie mehrfach, so noch mit Telefax vom 8. März 1999, Aufklärungsschreiben von den Antragstellern nachgereicht worden. Weiters sei das Gutachten von Prof. *** eingeholt worden und das künftige Kläranlagegebiet gemeinsam besichtigt worden. Damit hätten sowohl Auftraggeber als auch Antragsteller ihren Bindungswillen geäußert und sei eine Verlängerung der Zuschlagsfrist zumindest stillschweigend zustande gekommen. Weiters werde auf die Bestimmung des Paragraph 41, Absatz 3, BVergG verwiesen.

Dem Bundesvergabeamt komme keine Kompetenz zur Aussetzung des Vollzuges eines bereits erfolgten Zuschlages zu, weiters sei es an die Sachverhaltsfeststellungen der Bundes-Vergabekontrollkommission bezüglich der Zuschlagserteilung gebunden.

Einem Feststellungsantrag gemäß § 117 Abs. 3 BVergG sei gemäß § 113 Abs. 3 BVergG entgegenzuhalten, daß die Antragsteller wegen der fehlenden technischen Gleichwertigkeit der Alternativangebote in keinem Falle eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätten. Der Auftraggeber beantragte somit die Zurückweisung der Anträge aufgrund der Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes, in eventu deren Abweisung. Einem Feststellungsantrag gemäß Paragraph 117, Absatz 3, BVergG sei gemäß Paragraph 113, Absatz 3, BVergG entgegenzuhalten, daß die Antragsteller wegen der fehlenden technischen Gleichwertigkeit der Alternativangebote in keinem Falle eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätten. Der Auftraggeber beantragte somit die Zurückweisung der Anträge aufgrund der Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes, in eventu deren Abweisung.

Am 16. März 1999 legte der Auftraggeber eine eidesstattliche Erklärung von DI DDD vor, in welcher dieser erklärte, er habe sich am Abend des 25. Februar 1999, nachdem er telefonisch von der Erteilung des Zuschlages informiert worden sei, in das Gemeindeamt Sollenau begeben und dort die Zuschlagsschreiben des Auftraggebers an die Firma BBB GmbH und an die AAA AG, beide vom 25. Februar 1999, betreffend die Kläranlage, BA 04, persönlich vom Obmann des Auftraggebers in Anwesenheit von DI *** in Empfang genommen. Da die Firma AAA AG und die Firma BBB GmbH gemeinsam ein aufeinander abgestimmtes Alternativangebot gestellt hätten, somit Interessensidentität vorliege, bestätige er ferner, daß er von der BBB GmbH mündlich bevollmächtigt gewesen sei, auch für diese das erwähnte Zuschlagsschreiben zu übernehmen.

Am 17. März 1999 legte die AAA AG Filiale Burgenland eine eidesstattliche Erklärung DI DDD gleichen Inhaltes vor. In Entsprechung eines Mängelbehebungsauftrages gemäß § 13 Abs. 3 AVG vom 15. März 1999 bezifferte der Erstantragsteller mit Schriftsatz vom 17. März 1999 seinen Gesamtschaden mit ATS 3.302.400,-, der Zweitantragsteller mit ATS 3.652.200,-. Am 17. März 1999 legte die AAA AG Filiale Burgenland eine eidesstattliche Erklärung DI DDD gleichen Inhaltes vor. In Entsprechung eines Mängelbehebungsauftrages gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG vom 15. März 1999 bezifferte der Erstantragsteller mit Schriftsatz vom 17. März 1999 seinen Gesamtschaden mit ATS

3.302.400,-, der Zweitantragsteller mit ATS 3.652.200,-.

Mit Bescheid vom 19. März 1999, zugestellt am 22. März 1999, wies der Senat 3 des Bundesvergabeamtes den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 10. März 1999 zurück.

Mit Schriftsatz vom 22. März 1999, bei der Geschäftsführung des Bundesvergabeamtes eingelangt am 23. März 1999, zogen die BBB GmbH, Antragsteller im Nachprüfungsverfahren N-6/99, und die AAA AG, Zweigniederlassung Burgenland, Antragsteller im Nachprüfungsverfahren N- 7/99, beide vertreten durch ***, ihre Nachprüfungsanträge zurück.

Damit wurden die mit den Bescheiden vom 26. Februar 1999, GZ: N-6/99-9 sowie GZ: N-7/99-9, zugestellt am 1. März 1999, erlassenen einstweiligen Verfügungen, welche dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bzw. die Vergabe auf andere Weise im Vergabeverfahren "Kläranlage-neu" für 60.000 EGW in 2601 Sollenau/Bauabschnitt 04, Gewerk maschinelle Ausrüstung beziehungsweise Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten untersagten, gemäß § 116 Abs. 1 BVergG gegenstandslos. Damit wurden die mit den Bescheiden vom 26. Februar 1999, GZ: N-6/99-9 sowie GZ: N-7/99-9, zugestellt am 1. März 1999, erlassenen einstweiligen Verfügungen, welche dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bzw. die Vergabe auf andere Weise im Vergabeverfahren "Kläranlage-neu" für 60.000 EGW in 2601 Sollenau/Bauabschnitt 04, Gewerk maschinelle Ausrüstung beziehungsweise Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten untersagten, gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG gegenstandslos.

Mit Schriftsatz vom 23. März 1999, eingelangt bei der Geschäftsführung des Bundesvergabeamtes am 24. März 1999, stellten die Antragsteller in den Vergabeverfahren N-11/99 und N-12/99 ihre Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erneut.

Die Antragsteller wiesen darauf hin, daß der Auftraggeber der AAA AG und der BBB GmbH keine Frist zur Annahme gesetzt habe, nach zivilrechtlichen Grundsätzen hätte die Annahme daher unverzüglich erfolgen müssen. Da dies nicht erfolgt sei, sei der Zuschlag des Auftraggebers nicht mehr rechtswirksam und könne daher auch nicht mehr von der AAA AG und der BBB GmbH angenommen werden.

Weiters wiesen die Antragsteller darauf hin, daß aufgrund der bereits mehr als sechsmonatigen Dauer des Vergabeverfahrens die Ausschreibung gemäß §§ 41 Abs. 1 iVm 55 Abs. 1 BVergG aufzuheben sei. Auf Aufforderung des Senates 3 des Bundesvergabeamtes legte der Auftraggeber am 29. März 1999 Telefaxe der BBB GmbH sowie der AAA Aktiengesellschaft an den Auftraggeber vor, bei letzterem eingelangt am 22. März 1999, mit welchen die Bieter BBB und AAA die mit Auftragsschreiben vom 25. Februar 1999 vom Auftraggeber erteilten Aufträge schriftlich annahmen. Weiters legte der Auftraggeber die am 24. März 1999 beim Auftraggeber postalisch eingelangten Schreiben gleichen Inhaltes der BBB sowie der AAA vor. Weiters wiesen die Antragsteller darauf hin, daß aufgrund der bereits mehr als sechsmonatigen Dauer des Vergabeverfahrens die Ausschreibung gemäß Paragraphen 41, Absatz eins, in Verbindung mit 55 Absatz eins, BVergG aufzuheben sei. Auf Aufforderung des Senates 3 des Bundesvergabeamtes legte der Auftraggeber am 29. März 1999 Telefaxe der BBB GmbH sowie der AAA Aktiengesellschaft an den Auftraggeber vor, bei letzterem eingelangt am 22. März 1999, mit welchen die Bieter BBB und AAA die mit Auftragsschreiben vom 25. Februar 1999 vom Auftraggeber erteilten Aufträge schriftlich annahmen. Weiters legte der Auftraggeber die am 24. März 1999 beim Auftraggeber postalisch eingelangten Schreiben gleichen Inhaltes der BBB sowie der AAA vor.

Der Auftraggeber wies darauf hin, daß die Zuschlagserteilung vom 26. Februar 1999 vor der Zustellung der in den Nachprüfungsverfahren N-6/99 und N-7/99 erlassenen einstweiligen Verfügungen stattfand und der Zuschlag daher rechtswirksam erfolgte. Die spätere Annahme des Zuschlages könne dessen Zustandekommen nicht beeinträchtigen, da es sich bei den Annahmeerklärungen nicht um Willenserklärungen des Auftraggebers handle und diese daher auch nicht von den einstweiligen Verfügungen umfaßt seien, welche sich ausschließlich an den Auftraggeber richteten.

Mit Bescheid vom 29. März 1999 wies der Senat 3 des Bundesvergabeamtes die Anträge der Antragsteller auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 24. März 1999 zurück.

Aufgrund der Zurückziehung der Anträge N-6/99 und N-7/99 wies der Senat den Antrag der Antragsteller, die Verfahren über ihre Anträge mit den Verfahren zu den GZ: N-6/99-9 und GZ: N-7/99-9 zur gemeinsamen Entscheidung zu verbinden, als gegenstandslos zurück. In ihrer Stellungnahme vom 16. April 1999 brachten die Antragsteller vor, in der Besprechung vom 26. Jänner 1999, bei der auch Vertreter der wasserrechtlichen Abteilung WA2 und WA4 des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung teilgenommen hätten und die von Dr. *** von der WA2 vorbereitet

worden sei, sei vereinbart worden, daß der Nachweis der Gleichwertigkeit des C- Tech- Verfahrens durch ein Gutachten Prof. *** zu führen sei. In diesem sei die Gleichwertigkeit des C-Tech Verfahrens festgestellt worden. Aufgrund der Vereinbarung, sich dem Gutachten von Prof. *** zu unterwerfen, komme einer Stellungnahme des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung vom 12. Februar 1999 auch dann keine Bedeutung zu, wenn diese die Gleichwertigkeit nicht anerkenne. Diese Stellungnahme spreche sich aber letztlich nicht gegen die Gleichwertigkeit des C- Tech-Verfahrens aus, da sie festhalte, daß "im Fall der Kläranlage Sollenau (.....) dennoch die Einhaltung der Grenzwerte erwartet werden (kann), da die von den Alternativprojektanten angegebene SBR Kubatur unabhängig von der Frage der Anerkennung des Faktors oder der Berechnung nach M 210 dafür ausreicht". Dem Vorwurf der nicht gegebenen Ausschreibungskonformität der Alternativangebote sei entgegenzuhalten, daß - während die bemessungsrelevanten Daten des wasserrechtlichen Bescheides in einem Angebot nicht verändert werden dürfen - der Sinn eines Alternativangebotes gerade darin liege, Verfahrensspezifika zu gestalten und doch die Funktionalität der ausgeschriebenen Leistung zu erreichen.

Bezüglich des Argumentes, der Auftraggeber sei aufgrund von Gefahr im Verzug befugt gewesen, vom Schriftlichkeitsgebot der Zuschlagserteilung abzugehen, bringen die Antragsteller vor, eine solche sei nicht gegeben gewesen, sie liege nur bei Drohen eines unwiederbringlichen Nachteiles vor, was der Auftraggeber weder behauptet noch bescheinigt habe.

Eine Verlängerung der Angebotsfrist müsse mit allen Bietern vereinbart werden, daß dies geschehen sei, behaupte der Angebot nicht. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob der Zweitantragsteller mit einer Verlängerung der Zuschlagsfrist einverstanden gewesen sei. Die Zuschlagsempfänger hätten ihr Angebot durch höhere Erfüllungsgarantien, als in der Ausschreibung verlangt gewesen sei, nachgebessert. Die Ausschreibung sei weiters gesetzwidrig, da sie neben einer Erfüllungsgarantie in der Höhe von 10% der Auftragssumme verlange, daß der Auftragnehmer eine weitere Kautions in der Höhe von mindestens 5% der Auftragssumme beibringe.

In der mündlichen Verhandlung am 22. April 1999 erklärte der Vertreter der Antragsteller, die Richtigkeit der dem Bundesvergabeamt am 29. März 1999 vorgelegten Schreiben der BBB GmbH vom 22. März 1999 sowie der AAA AG, ebenfalls vom 22. März 1999, bezüglich der schriftlichen Annahme der gegenständlichen Aufträge nicht zu bestreiten. DI *** vom Amt der Niederösterreichischen Landesregierung erklärte in derselben Verhandlung, er halte es für möglich, dies sei auch im Gutachten des Amtssachverständigen vom 12. Februar 1999 als möglich dargestellt, daß das C- Tech- Verfahren dem Stand der Technik entspreche, sowie weiters, daß das Gutachten von Prof. *** sich nach Durchführung von Berechnungen als schlüssig erweisen könne und daher nicht an sich unschlüssig sei, sowie schließlich, daß es möglich sei, daß die Grenzwerte vom C- Tech- Verfahren eingehalten würden. Der Auftraggeber legte am 28. April 1999 den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 2. Juni 1997, GZ: WA-13.491/119-97, vor, mit dem dem Auftraggeber die wasserrechtliche Bewilligung für Errichtung und Betrieb der gegenständlichen Kläranlage erteilt worden war, und führte dazu aus, da dieser Bescheid ein gewähltes Schlammalter von 25 Tagen vorsehe, sei das Angebot der Antragsteller mit einem solchen von 22 beziehungsweise 19 Tagen nicht ausschreibungskonform. Dies sei auch hinsichtlich des Schlammrockensubstanzgehaltes des belebten Schlammes im Belegbecken der Fall. Letzterer sei darüberhinaus in einem Aufklärungsgespräch unzulässigerweise nachträglich um 30% beziehungsweise 18% erhöht worden, es handle sich hierbei nicht um eine bei einem Alternativangebot zulässige geringfügige technische Änderung. Zum Schlammalter hielten die Antragsteller in ihrem Schriftsatz vom 1. September 1999 fest, jenes von 22 Tagen beziehe sich lediglich auf das aerobe und nicht auf das Gesamtschlammalter, für welches die 25 Tage gälten, zudem gehe der Wert 22 Tage im Gutachten von Prof. *** , wie es der Auftraggeber verlangt hatte, von einer Temperatur von 5 Grad C aus und nicht von 8 Grad C gemäß Punkt 4.6.2. der Ausschreibung. Beim Amtsprojekt werde das Gesamtschlammalter von 25 Tagen nicht überschritten.

Weiters sei die Änderung des Schlammrockensubstanzgehaltes - welcher keine Mindestanforderung der Ausschreibung sei - keine wesentliche Änderung. Schließlich sei der Auftraggeber selbst davon ausgegangen, daß ein Alternativangebot die Änderung des Wasserrechtsbescheides bedingen könne, wie dies beim Projekt der Zuschlagsempfänger ebenfalls der Fall sein müsse. Letztlich jedoch komme all dem deshalb keine Relevanz zu, da durch das Gutachten von Prof. *** die Gleichwertigkeit des Angebotes der Antragsteller festgestellt sei. Den Zuschlagsempfängern mangle es an der Gewerbeberechtigung sowie an der erforderlichen Zertifizierung.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Mit Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, abgesandt am 15. Juli 1998, schrieb der Auftraggeber die Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten, die maschinelle Ausrüstung, sowie die elektrotechnische Ausrüstung des gegenständlichen Bauvorhabens aus.

Die Ausschreibungsbestimmungen sahen unter anderem vor:

Die Erd- und Baumeisterarbeiten, die maschinelle Ausrüstung und die elektrische Ausrüstung der Kläranlage werden getrennt ausgeschrieben bzw. können getrennt angeboten werden. Die Angebotseröffnung findet zum selben Zeitpunkt statt und es ist eine gemeinsame Bestbieterermittlung vorgesehen. Alternativangebote können somit den kompletten Umfang (Erd- und Baumeisterarbeiten + maschinelle Ausrüstung + elektrische Ausrüstung) oder einzelne Wirtschaftszweige umfassen. Betreffen Alternativangebote nicht den kompletten Umfang, so können sie nur berücksichtigt werden, wenn es ein dazu passendes Angebot für die fehlenden Wirtschaftszweige gibt.

Nach Punkt D 2 der Besonderen Bestimmungen (projektbezogene Festlegungen) oblag Planung, Ausschreibung und örtliche Bauaufsicht Ziv.Ing. Dipl.-Ing. ***.

Der Zweitantragsteller legte ein Angebot für die maschinelle Ausrüstung, basierend auf dem C- Tech- Verfahren, der Erstantragsteller ein dazu ergänzendes Angebot für die Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten, sowie ein dritter, am gegenständlichen Verfahren nicht beteiligter Bieter, ein korrespondierendes Angebot für die elektrische Ausrüstung. Mit Schreiben vom 11. Dezember 1998 teilte DI *** dem Erstantragsteller mit, daß das auf dem C-Tech Verfahren basierende Angebot nicht den Anforderungen des Angebotsschreibens entspreche und daher als nicht gleichwertig ausgeschieden werde.

Am 28. Dezember 1998 stimmten Antragsteller und Auftraggeber einem Schlichtungsvorschlag der Bundes-Vergabekontrollkommission zu, nach dem die Angebote der Antragsteller in die Angebotsbewertung einzubeziehen seien, wenn die Antragsteller Nachweise über die Gleichwertigkeit ihrer Alternativen erbrächten.

Bei einer Besprechung am 26. Jänner 1999, deren Protokoll für den Auftraggeber durch den dafür bevollmächtigten DI *** unterfertigt wurde, wurde zwischen den Antragstellern und dem Auftraggeber vereinbart, daß die Gleichwertigkeit des Alternativprojektes nach dem C- Tech- Verfahren der Antragsteller von amtswegen bei Vorlage einer entsprechenden gutachterlichen Stellungnahme zu diesem Thema von Prof. *** aus Braunschweig anerkannt werde.

In der Zusammenfassung seines Gutachtens vom 28. Jänner 1999 hielt Prof. *** fest, daß unter Beachtung der betrieblichen Besonderheiten nachgewiesen wurde, daß das C- Tech- Verfahren der konventionellen Anlage mit gemeinsamer aerober Schlammstabilisierung gleichwertig ist. Zu diesem Gutachten hielt der Amtssachverständige des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung am 12. Feber 1999 fest:

Eine uneingeschränkte Gleichwertigkeit derart bemessener SBR-Anlagen mit nach A 131 oder M 210 berechneten Kläranlage wird dann vorliegen, wenn z.B. bei einer allfälligen Überarbeitung des ATV-Merkblattes M 210 vom Fachausschuß 2.6 die Zulässigkeit der Faktorerweiterung nach Prof. *** bei speziellen Prozeßgestaltungen als im deutschsprachigen Raum akkordierter und durch Meßwerte belegter Stand der Technik anerkannt wird.

...

1. 8.Ziffer 8

Zusammenfassung

1. a.Litera a

In bezug auf die Schlammstabilisierung

Die Ergebnisse sämtlicher Betrachtungen zum Alternativprojekt Sollenau können dahingehend zusammengefaßt werden, daß nur bei Zutreffen der von Prof. *** in Abweichung zum Merkblatt 210 gewählten Bemessungsannahme ein dem bewilligten Projekt gleichwertiger Schlammstabilisierungsgrad erreicht werden kann. Bei Berechnung nach M 210 bleiben die Beurteilungen der abwassertechnischen Gutachten vom 18. November und 22. Dezember 1998 aufrecht.

1. b.Litera b

In bezug auf die Einhaltung der Grenzwerte

Da der Faktor nach Prof. *** erheblich von den Empfehlungen des Merkblattes 210 abweicht und zu deutlich geringeren Beckenkubaturen als nach M 210 führt, sind die Sicherheiten entsprechend geringer als bei Bemessung

einer Aufstaubelebungsanlage nach M 210 bzw. einer Durchlaufbelebungsanlage nach A 131. Eine Abweichung vom Merkblatt 210 nach dem von Prof. *** gewählten Ansatz, welcher zu einer Unterschreitung des für die Einhaltung der Grenzwerte erforderlichen Gesamtschlammalters führt, müßte daher in Hinblick auf den im allgemeinen anerkannten Merkblatt 210 beschriebenen Stand der Technik negativ beurteilt werden. Im Fall der Kläranlage Sollenau kann dennoch die Einhaltung der Grenzwerte erwartet werden, da die vom Alternativprojektanten angegebene SBR-Kubatur unabhängig von der Frage der Anerkennung des Faktors oder der Berechnung nach M 210 dafür ausreicht.

DI *** erstattete einen Vergabevorschlag, wonach der Zuschlag für die Erd-, Baumeister- und Professionistenarbeiten zu einer Angebotssumme von ATS 65.349.598,95 excl. Mehrwertsteuer an die AAA Aktiengesellschaft, Filiale Burgenland, ***, jener für die maschinelle Ausrüstung zu einer Angebotssumme von ATS 23.667.178,- excl. Mehrwertsteuer an die BBB GmbH, ***, sowie jener für die Elektro-, Meß- und Steuerungstechnische Ausrüstung zu einer Angebotssumme von ATS 14.981.975,- excl. Mehrwertsteuer an die CCC AG Österreich, ***, und somit zu einer Gesamtvergabesumme von ATS 104.008.751,95 excl. Mehrwertsteuer erfolgen sollte.

Am 25. Feber 1999, 17.58 Uhr langte die Verständigung gemäß § 109 Abs. 7 BVergG von der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gemäß § 109 Abs. 1 BVergG auf Ersuchen des Zweitantragstellers, GZ: S-25/99-2, bei jenem Faxgerät ein, dessen Nummer auf sämtlichen Geschäftspapieren des Auftraggebers unter der Anschrift "Piestingtaler Abwasserverband, 2601 Sollenau, Hauptplatz 1" angegeben ist und welches sich im Gemeindeamt Sollenau befindet, ein, da die kanzleimäßigen Geschäfte des Auftraggebers von der Marktgemeinde Sollenau geführt werden. Von 17.58 Uhr als Zeit des Einlangens der Verständigung ist laut deren Sendebericht auszugehen, die Zeitangabe 18.49 im Übertragungsprotokoll des Gerätes des Auftraggebers ist deshalb unbeachtlich, da laut Aussage dessen Obmannes in der Schlichtungsverfahren die Zeitangabe dieses Gerätes inkorrekt justiert war. Am 25. Feber 1999, 17.58 Uhr langte die Verständigung gemäß Paragraph 109, Absatz 7, BVergG von der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gemäß Paragraph 109, Absatz eins, BVergG auf Ersuchen des Zweitantragstellers, GZ: S-25/99-2, bei jenem Faxgerät ein, dessen Nummer auf sämtlichen Geschäftspapieren des Auftraggebers unter der Anschrift "Piestingtaler Abwasserverband, 2601 Sollenau, Hauptplatz 1" angegeben ist und welches sich im Gemeindeamt Sollenau befindet, ein, da die kanzleimäßigen Geschäfte des Auftraggebers von der Marktgemeinde Sollenau geführt werden. Von 17.58 Uhr als Zeit des Einlangens der Verständigung ist laut deren Sendebericht auszugehen, die Zeitangabe 18.49 im Übertragungsprotokoll des Gerätes des Auftraggebers ist deshalb unbeachtlich, da laut Aussage dessen Obmannes in der Schlichtungsverfahren die Zeitangabe dieses Gerätes inkorrekt justiert war.

Am 25. Feber 1999, 18.00 Uhr, begann im Gemeindeamt Sollenau eine Sitzung des Auftraggebers, Unter Tagesordnungspunkt 4 wurde einstimmig der Beschluß gefaßt, die gegenständlichen Arbeiten an die Firmen AAA, BBB und CCC zu vergeben.

DI DDD von der AAA Aktiengesellschaft begab sich am Abend des 15. Februar 1999 nach telefonischer Verständigung von der Erteilung des Zuschlages in das Gemeindeamt Sollenau und nahm dort die Zuschlagsschreiben des Auftraggebers an die Firma BBB GmbH und an die AAA Aktiengesellschaft, Filiale Burgenland, betreffend die gegenständliche Kläranlage persönlich vom Obmann des Auftraggebers im Beisein von Dipl.-Ing. *** in Empfang. Nach der mit Bescheid des Amtes der NÖ Landesregierung vom 3. V. 1996, III/1-1369/57-V-96 genehmigten Satzung des Piestingtaler Abwasserverbandes befindet sich der Sitz des Verbandes in der Marktgemeinde Sollenau (§ 2). Der Verbandszweck (§ 3 Abs. 1 der Satzung) stimmt mit der Vorschrift des § 73 Abs. 1 lit a WRG überein. Nach der mit Bescheid des Amtes der NÖ Landesregierung vom 3. römisch fünf. 1996, III/1-1369/57-V-96 genehmigten Satzung des Piestingtaler Abwasserverbandes befindet sich der Sitz des Verbandes in der Marktgemeinde Sollenau (Paragraph 2,). Der Verbandszweck (Paragraph 3, Absatz eins, der Satzung) stimmt mit der Vorschrift des Paragraph 73, Absatz eins, lit a WRG überein.

1. 3.Ziffer 3

In rechtlicher Hinsicht

1. a) Litera a

Zuständigkeit

Beim Auftraggeber handelt es sich um einen Wasserverband nach Wasserrechtsgesetz 1959, solche unterliegen nach ständiger Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes dem Bundesvergabegesetz. Der Auftraggeber ging von einem geschätzten Gesamtauftragswert von ATS 150 Millionen aus, damit ist der Schwellenwert für Bauaufträge gemäß § 6 Abs. 1 BVergG von 5 Millionen Euro, das sind ATS 67.591.896,-, überschritten. Beim Auftraggeber handelt es sich um einen Wasserverband nach Wasserrechtsgesetz 1959, solche unterliegen nach ständiger Spruchpraxis des

Bundesvergabebeamtes dem Bundesvergabegesetz. Der Auftraggeber ging von einem geschätzten Gesamtauftragswert von ATS 150 Millionen aus, damit ist der Schwellenwert für Bauaufträge gemäß Paragraph 6, Absatz eins, BVergG von 5 Millionen Euro, das sind ATS 67.591.896,-, überschritten.

Somit ist das Bundesvergabegesetz auf den Sachverhalt anzuwenden.

1. b)Litera b

Zur Nichtigkeit

Zur Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Zustellung behördlicher Schriftstücke, BGBl 200/1982 (ZustellG), auf den Zugang der Verständigung gemäß § 109 Abs. 7 BVergG vom 25. Feber 1999 ist festzuhalten, daß gemäß § 21 AVG Zustellungen nach dem Zustellgesetz vorzunehmen sind. Gemäß Artikel II Abs. 1 Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 - EGVG, BGBl. Nr. 50/1991 regeln die Verwaltungsverfahrensgesetze das Verfahren der - im Gesetz - nachstehend bezeichneten Verwaltungsorgane, soweit sie behördliche Aufgaben besorgen und im folgenden nicht anderes bestimmt ist. Im Zuge der nachstehenden Aufzählung ist unter C 40 a. das Bundesvergabeamt angeführt, nicht jedoch die Bundes-Vergabekontrollkommission. Gemäß Artikel II Abs. 3 Zur Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über die Zustellung behördlicher Schriftstücke, Bundesgesetzblatt 200 aus 1982, (ZustellG), auf den Zugang der Verständigung gemäß Paragraph 109, Absatz 7, BVergG vom 25. Feber 1999 ist festzuhalten, daß gemäß Paragraph 21, AVG Zustellungen nach dem Zustellgesetz vorzunehmen sind. Gemäß Artikel römisch zwei Absatz eins, Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 - EGVG, Bundesgesetzblatt Nr. 50 aus 1991, regeln die Verwaltungsverfahrensgesetze das Verfahren der - im Gesetz - nachstehend bezeichneten Verwaltungsorgane, soweit sie behördliche Aufgaben besorgen und im folgenden nicht anderes bestimmt ist. Im Zuge der nachstehenden Aufzählung ist unter C 40 a. das Bundesvergabeamt angeführt, nicht jedoch die Bundes-Vergabekontrollkommission. Gemäß Artikel römisch zwei Absatz 3

ist das AVG auch auf andere als die gemäß Absatz 2 in Betracht kommenden Verwaltungsorgane anzuwenden, insoweit die das Verfahren dieser Organe regelnden Vorschriften dies anordnen oder aber bestimmen, daß sich das Verfahren nach den für die Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung geltenden Bestimmungen zu richten hat, oder in den Vorschriften auf Bestimmungen Bezug genommen ist, die vor dem 1. Jänner 1926 für die letztgenannten Behörden gegolten haben. Letzteres ist hinsichtlich der Bundes-Vergabekontrollkommission ebenfalls nicht der Fall, da das Bundesvergabegesetz - mit Ausnahme des § 110 Abs. 2 hinsichtlich der Akteneinsicht - keine diesbezüglichen Bestimmungen enthält. Somit ist davon auszugehen, daß die Bundes-Vergabekontrollkommission das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz und damit auch das Zustellgesetz nicht anzuwenden hat. Vielmehr sind entgegen dem Beschluss des Senates 2 der Bundes-Vergabekontrollkommission vom 9. III. 1999, S-25/99-17/S-26/99-16 für das Zugehen einer Verständigung gemäß § 109 Abs. 7 BVergG nicht die Vorschrift des § 26a ZustellG analog, sondern die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze über den Zugang von Erklärungen heranzuziehen, wonach eine solche als zugegangen gilt, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt, das ist bei Übermittlung durch Telefax der vollständige Signaleingang (Borus, RdW 1995, 131 f; Burghard AcP 1995, 134; BGH in BB 1995, 221 mit Anmerkung von Burghard). Den Empfänger trifft dann u.a. das Risiko der Kenntnisnahme (Apathy in Schwimann 2 Aufl. Rz 5 zu § 862a ABGB).ist das AVG auch auf andere als die gemäß Absatz 2 in Betracht kommenden Verwaltungsorgane anzuwenden, insoweit die das Verfahren dieser Organe regelnden Vorschriften dies anordnen oder aber bestimmen, daß sich das Verfahren nach den für die Behörden der allgemeinen staatlichen Verwaltung geltenden Bestimmungen zu richten hat, oder in den Vorschriften auf Bestimmungen Bezug genommen ist, die vor dem 1. Jänner 1926 für die letztgenannten Behörden gegolten haben. Letzteres ist hinsichtlich der Bundes-Vergabekontrollkommission ebenfalls nicht der Fall, da das Bundesvergabegesetz - mit Ausnahme des Paragraph 110, Absatz 2, hinsichtlich der Akteneinsicht - keine diesbezüglichen Bestimmungen enthält. Somit ist davon auszugehen, daß die Bundes-Vergabekontrollkommission das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz und damit auch das Zustellgesetz nicht anzuwenden hat. Vielmehr sind entgegen dem Beschluss des Senates 2 der Bundes-Vergabekontrollkommission vom 9. römisch drei. 1999, S-25/99-17/S-26/99-16 für das Zugehen einer Verständigung gemäß Paragraph 109, Absatz 7, BVergG nicht die Vorschrift des Paragraph 26 a, ZustellG analog, sondern die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze über den Zugang von Erklärungen heranzuziehen, wonach eine solche als zugegangen gilt, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt, das ist bei Übermittlung durch Telefax der vollständige Signaleingang (Borus, RdW 1995, 131 f; Burghard AcP 1995, 134; BGH in BB 1995, 221 mit Anmerkung von Burghard). Den Empfänger trifft dann u.a. das Risiko der Kenntnisnahme (Apathy in Schwimann 2 Aufl. Rz 5 zu Paragraph 862 a, ABGB).

Wie sich aus der Aktenlage und der mündlichen Verhandlung vom 8. September 1999 ergibt, führt der Auftraggeber auf sämtlichen Geschäftspapieren die Faxnummer des Gemeindeamtes der Marktgemeinde Sollenau. Somit sind Schriftstücke, welche bei diesem Gerät einlangen, als dem Auftraggeber zugegangen anzusehen. Dies gilt insbesondere für Schriftstücke, die vor oder während einer Sitzung des Auftraggebers in demselben Gebäude bei diesem Faxgerät einlangen.

Die Verständigung der Bundes-Vergabekontrollkommission von der Einleitung des Schlichtungsverfahrens S-25/99 langte am 25. Februar 1999 um 17.58 Uhr bei obengenanntem Faxgerät ein, somit vor Beschlußfassung des Auftraggebers über die Vergabe und Ausfolgung der Auftragsschreiben an DI DDD. Daher ist davon auszugehen, daß die Verständigung der Bundes- Vergabekontrollkommission jedenfalls vor den Zuschlagsentscheidungen in den Machtbereich des Auftraggebers gelangt und damit wirksam zugegangen ist.

Gemäß § 109 Abs. 8 BVergG ist ein trotz einer Verständigung gemäß § 109 Abs. 7 BVergG erfolgter Zuschlag nichtig. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages, d.h. der Vertrag entfaltet ex tunc keine Wirkung. Aus dem Verbotszweck der Norm folgt, daß sich jeder auf die Rechtsunwirksamkeit des Vertrages berufen kann. Eine besondere Geltendmachung der Nichtigkeit (zum Beispiel in Form einer Anfechtung) ist nicht erforderlich; die Nichtigkeit ist auch von Amts wegen wahrzunehmen (RV 323 Blg NR 20. GP 111). Gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG ist ein trotz einer Verständigung gemäß Paragraph 109, Absatz 7, BVergG erfolgter Zuschlag nichtig. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages, d.h. der Vertrag entfaltet ex tunc keine Wirkung. Aus dem Verbotszweck der Norm folgt, daß sich jeder auf die Rechtsunwirksamkeit des Vertrages berufen kann. Eine besondere Geltendmachung der Nichtigkeit (zum Beispiel in Form einer Anfechtung) ist nicht erforderlich; die Nichtigkeit ist auch von Amts wegen wahrzunehmen (Regierungsvorlage 323 Blg NR 20. Gesetzgebungsperiode 111).

Da die angefochtene Zuschlagserteilung bereits ex lege nichtig ist, ist eine behördliche Nichtigerklärung mangels Anfechtungsgegenstands nicht möglich. Zur Klarstellung der den Beteiligten offenbar unklaren Rechtsverhältnisse war es im öffentlichen Interesse einer gesetzeskonformen Privatwirtschaftsverwaltung von Amts wegen geboten, die Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidungen vom 25. Feber 1999 bescheidmäßig durch die zur Nachprüfung öffentlicher Auftragsvergaben sachlich zuständige Behörde Bundesvergabeamt (deklarativ) festzustellen (Vgl. BVA vom 30. 11. 1998, N-33/98-17 = wbl 1999, 283).

Veröffentlichungen

ecolex 2000/42 (Wratzfeld)

Schlagworte

Geltungsbereich, persönlicher, Einrichtung des öffentlichen Rechts, Abwasserverband; Schlichtungsverfahren, Sperrfrist, Beginn, Verständigung durch B-VKK per Telefax; Schlichtungsverfahren, Zuschlag während der Sperrfrist, Nichtigkeit, amtswegige Wahrnehmung; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit zur Erlassung von Feststellungsbescheiden über die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung;

Dokumentnummer

VERGT_19991029_N_11_99_40_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>