

TE Verg Bescheid 1999/10/1 N-39/99-18

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.10.1999

Norm

BVergG 1997 §11 Abs1 Z1

BVergG 1997 §13 Abs1

BVergG 1997 §14 Abs3

BVergG 1997 §16 Abs1

BVergG 1997 §29 Abs4

BVergG 1997 §48 Abs1

BVergG 1997 §52 Abs1

BVergG 1997 §53

BVergG 1997 §55 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs2

BVergG 1997 §115 Abs1

BVergG 1997 §117 Abs2

Erstreckungsverordnung 1995 BGBl 802/1995 §1

Erstreckungsverordnung 1995 BGBl 802/1995 §1 Abs1

ÖNORM A 2050 (1993) Pkt2.1.5

ÖNORM A 2050 (1993) Pkt4.6

B-VG Art104 Abs2

AVG §39 Abs2

1. B-VG Art. 104 heute
 2. B-VG Art. 104 gültig ab 01.01.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 3. B-VG Art. 104 gültig von 01.01.1985 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 490/1984
 4. B-VG Art. 104 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1984 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 5. B-VG Art. 104 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. AVG § 39 heute
 2. AVG § 39 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. AVG § 39 gültig von 20.04.2002 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
 4. AVG § 39 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 5. AVG § 39 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

BESCHEID

Der Senat 2 des Bundesvergabesamtes hat am 27. September 1999 durch die Richterin Dr. Friederike LENK als Vorsitzende und die Beisitzer Dr. Michael FRUHMANN als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Helmut

HEINDL als Mitglied der Auftragnehmerseite entschieden:

Spruch:

Im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz (BVerG) 1997, BGBl I Nr. 56/1997 idF BGBl I Nr. 27/1998, BGBl I Nr. 80/1999, iVm § 1 Abs. 1 Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, BGBl. Nr. 802/1995 betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben 9020 Klagenfurt, Lerchenfelderstraße 22, Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium" des Bundes vertreten durch den Landeshauptmann von Kärnten als Bundesgebäudeverwaltung wird über die Anträge vom 9. September 1999 der XXX GesmbH, ***, vertreten durch ***, wie folgt entschieden: Im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz (BVerG) 1997, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 27 aus 1998,, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 80 aus 1999,, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins, Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 802 aus 1995, betreffend das Vergabeverfahren "Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben 9020 Klagenfurt, Lerchenfelderstraße 22, Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium" des Bundes vertreten durch den Landeshauptmann von Kärnten als Bundesgebäudeverwaltung wird über die Anträge vom 9. September 1999 der römisch 30 GesmbH, ***, vertreten durch ***, wie folgt entschieden:

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 3. September 1999, die Fa. YYY zu beauftragen, wird stattgegeben. Die Entscheidung des Bundes, vertreten durch den Landeshauptmann von Kärnten als Bundesgebäudeverwaltung, vergebende Stelle Amt der Kärntner Landesregierung, vom 3. September 1999, im Vergabeverfahren betreffend "Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben 9020 Klagenfurt, Lerchenfelderstraße 22, Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium" den Auftrag der Fa. YYY zu erteilen, wird gemäß § 117 Abs 1 BVerG iV §§ 16 Abs 1, 29 Abs 4, 53, BVerG für nichtig erklärt. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 3. September 1999, die Fa. YYY zu beauftragen, wird stattgegeben. Die Entscheidung des Bundes, vertreten durch den Landeshauptmann von Kärnten als Bundesgebäudeverwaltung, vergebende Stelle Amt der Kärntner Landesregierung, vom 3. September 1999, im Vergabeverfahren betreffend "Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben 9020 Klagenfurt, Lerchenfelderstraße 22, Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium" den Auftrag der Fa. YYY zu erteilen, wird gemäß Paragraph 117, Absatz eins, BVerG iV Paragraphen 16, Absatz eins, 29, Absatz 4, 53,, BVerG für nichtig erklärt.

Begründung:

Die Antragstellerin beantragte mit Eingabe vom 9. September 1999 (OZ 1) die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 3. September 1999, die Firma YYY GmbH zu beauftragen, die Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung vom 8. September 1999, sowie in eventu die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens und verband diese Anträge mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Zuschlag vom 8. September 1999 für nichtig erklärt wird und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten bis zur Antragstellung untersagt werde. Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin ein mängelfreies Angebot im Vergabeverfahren betreffend "Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben 9020 Klagenfurt, Lerchenfelderstraße 22, Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium" des Bundes vertreten durch den Landeshauptmann von Kärnten als Bundesgebäudeverwaltung abgegeben habe, das als billigstes ausschreibungskonformes Angebot anzusehen sei und deshalb im Vergabevorschlag des vom Amt der Landesregierung beauftragten Ziviltechnikern auch als Bestbieter verurteilt worden sei. Der Auftraggeber habe jedoch am 3. September 1999 durch eine entsprechende Mitteilung an die Bundes-Vergabekontrollkommission zu erkennen gegeben, dass er dem Vergabevorschlag des Ziviltechnikern nicht folgen und den Auftrag der Firma YYY erteilen werde. Deren Angebot sei jedoch auszuschneiden, da die in der Ausschreibung geforderten K7 Blätter, dass neben dem auf Datenträger enthaltenen LV zusätzlich erforderliche Langtext LV nicht bzw. trotz Verbesserungsauftrags des Auftraggebers nicht fristgerecht vorgelegt worden sei. Ferner sei das Angebot der Firma YYY insbesondere deshalb auszuschneiden, weil in der Ausschreibung vorgegebene Bieterlücken trotz Verbesserungsauftrags des Auftraggebers

nicht fristgerecht ergänzt worden seien. In der Folge habe der Auftraggeber bereits am 8. September 1999 den Auftrag schriftlich der Firma YYY erteilt, obwohl die durch das Schlichtungsersuchen der Antragstellerin vom 27. August 1999 ausgelöste vierwöchige Sperrfrist gemäß § 109 Abs. 8 BVergG noch angedauert habe. Zwar müsse ohnehin davon ausgegangen werden, dass diese Zuschlagserteilung wegen Verletzung des § 109 Abs. 8 BVergG keinen wirksamen Werkvertrag begründe und keinen rechtswirksamen Zuschlag darstelle, doch sei unter Rechtsschutzgesichtspunkten dennoch von der Bekämpfbarkeit dieses Aktes auszugehen. Die Antragstellerin beantragte mit Eingabe vom 9. September 1999 (OZ 1) die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers vom 3. September 1999, die Firma YYY GmbH zu beauftragen, die Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung vom 8. September 1999, sowie in eventu die Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers auf Fortsetzung des Vergabeverfahrens und verband diese Anträge mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Zuschlag vom 8. September 1999 für nichtig erklärt wird und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens jedoch für die Dauer von zwei Monaten bis zur Antragstellung untersagt werde. Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin ein mängelfreies Angebot im Vergabeverfahren betreffend "Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben 9020 Klagenfurt, Lerchenfelderstraße 22, Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium" des Bundes vertreten durch den Landeshauptmann von Kärnten als Bundesgebäudeverwaltung abgegeben habe, das als billigstes ausschreibungskonformes Angebot anzusehen sei und deshalb im Vergabevorschlag des vom Amt der Landesregierung beauftragten Ziviltechnikers auch als Bestbieter verurteilt worden sei. Der Auftraggeber habe jedoch am 3. September 1999 durch eine entsprechende Mitteilung an die Bundes-Vergabekontrollkommission zu erkennen gegeben, dass er dem Vergabevorschlag des Ziviltechnikers nicht folgen und den Auftrag der Firma YYY erteilen werde. Deren Angebot sei jedoch auszuschneiden, da die in der Ausschreibung geforderten K7 Blätter, dass neben dem auf Datenträger enthaltenen LV zusätzlich erforderliche Langtext LV nicht bzw. trotz Verbesserungsauftrags des Auftraggebers nicht fristgerecht vorgelegt worden sei. Ferner sei das Angebot der Firma YYY insbesondere deshalb auszuschneiden, weil in der Ausschreibung vorgegebene Bieterlücken trotz Verbesserungsauftrags des Auftraggebers nicht fristgerecht ergänzt worden seien. In der Folge habe der Auftraggeber bereits am 8. September 1999 den Auftrag schriftlich der Firma YYY erteilt, obwohl die durch das Schlichtungsersuchen der Antragstellerin vom 27. August 1999 ausgelöste vierwöchige Sperrfrist gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG noch angedauert habe. Zwar müsse ohnehin davon ausgegangen werden, dass diese Zuschlagserteilung wegen Verletzung des Paragraph 109, Absatz 8, BVergG keinen wirksamen Werkvertrag begründe und keinen rechtswirksamen Zuschlag darstelle, doch sei unter Rechtsschutzgesichtspunkten dennoch von der Bekämpfbarkeit dieses Aktes auszugehen.

Mit ha. Bescheid vom 14. September 1999, ZI N-39/99-9 wurden die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung mangels Vorliegen einer anfechtbaren Entscheidung bzw wegen der bereits ex lege eingetretenen Nichtigkeit der Zuschlagserteilung zurück- bzw abgewiesen und wurde von Amts wegen festgestellt, dass die innerhalb der durch die Verständigung von der Einleitung des Schlichtungsverfahrens vom 30. August ausgelösten, bis 24. September 1999 andauernden Sperrfrist vorgenommene Erteilung des Zuschlages nichtig ist. Der Antragstellerin wurde gemäß § 13 Abs. 3 AVG aufgetragen die hinsichtlich der Angabe des maßgeblichen Sachverhalts und der Gründe der Rechtswidrigkeit vorliegenden Antragsmängel bis längstens 20. September 1999 zu beheben. Die vergebende Stelle teilte am 15. September 1999 (OZ 8a) mit, dass sie den Zuschlag am 8. September 1999 der Fa. YYY GesmbH erteilt habe und der Baubeginn bereits am 9. September 1999 erfolgt sei, weil dringende bauliche Vorkehrungen zu treffen gewesen wären und der Schulbetrieb am 13. September 1999 aufgenommen worden sei. Gegen die Untersagung der Erteilung des Zuschlages mittels einstweiliger Verfügung spräche vor allem der Umstand, dass die mit den Baumeisterarbeiten "beauftragte" Firma YYY bereits entsprechende Dispositionen getroffen habe, sodass im Falle der Untersagung des Zuschlages allfällige finanzielle Auswirkungen nicht ausgeschlossen werden könnten. Darüberhinaus sei die zeitgerechte Aufnahme der Bauarbeiten im Interesse des Nutzers (zeitliche Vorgabe des Schulplanes, Raumnot) gelegen. Auch würde eine weitere Verzögerung der Auftragsvergabe Probleme bei der budgetären Abwicklung hervorrufen, da die budgetäre Bedeckung des Bauvorhabens bereits im Rahmen des laufenden Etats bewilligt worden sei. Mit Schriftsatz vom 17. September 1999 (OZ 9) entsprach die Antragstellerin dem Mängelbehebungsauftrag und spezifizierte im einzelnen die Positionen des Leistungsverzeichnisses, bei denen Bieterlücken von der Fa. YYY wie auch von der Antragstellerin zunächst nicht ausgefüllt worden waren. Ferner ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen und führte aus, dass sie erfahren habe, dass sämtliche Bieter die gegenständlichen Bieterlücken zunächst nicht ausgefüllt hätten. Würde man dies als unbehebbarer Mangel qualifizieren, wären sämtliche Angebote auszuschneiden

und wäre daher die Ausschreibung zwingend zu widerrufen. Allerdings sei dies nur anzunehmen, wenn man nicht davon ausginge, dass der Auftraggeber dadurch, dass er das nachträgliche Ergänzen des Angebotes durch Ausfüllen der Bieterlücken durch die Antragstellerin zugelassen habe, den an sich schweren und unbehebbarsten Angebotsmangel in einen behebbaren verwandelt habe. In letzterem Fall sei aber der Auftraggeber nunmehr dazu verpflichtet, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, da diese im Unterschied zur Firma YYY den Mangel fristgerecht behoben habe. Mit ha. Bescheid vom 14. September 1999, ZI N-39/99-9 wurden die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagserteilung mangels Vorliegen einer anfechtbaren Entscheidung bzw wegen der bereits ex lege eingetretenen Nichtigkeit der Zuschlagserteilung zurück- bzw abgewiesen und wurde von Amts wegen festgestellt, dass die innerhalb der durch die Verständigung von der Einleitung des Schlichtungsverfahrens vom 30. August ausgelöst, bis 24. September 1999 andauernden Sperrfrist vorgenommene Erteilung des Zuschlags nichtig ist. Der Antragstellerin wurde gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG aufgetragen die hinsichtlich der Angabe des maßgeblichen Sachverhalts und der Gründe der Rechtswidrigkeit vorliegenden Antragsmängel bis längstens 20. September 1999 zu beheben. Die vergebende Stelle teilte am 15. September 1999 (OZ 8a) mit, dass sie den Zuschlag am 8. September 1999 der Fa. YYY GesmbH erteilt habe und der Baubeginn bereits am 9. September 1999 erfolgt sei, weil dringende bauliche Vorkehrungen zu treffen gewesen wären und der Schulbetrieb am 13. September 1999 aufgenommen worden sei. Gegen die Untersagung der Erteilung des Zuschlages mittels einstweiliger Verfügung spräche vor allem der Umstand, dass die mit den Baumeisterarbeiten "beauftragte" Firma YYY bereits entsprechende Dispositionen getroffen habe, sodass im Falle der Untersagung des Zuschlages allfällige finanzielle Auswirkungen nicht ausgeschlossen werden könnten. Darüberhinaus sei die zeitgerechte Aufnahme der Bauarbeiten im Interesse des Nutzers (zeitliche Vorgabe des Schulplanes, Raumnot) gelegen. Auch würde eine weitere Verzögerung der Auftragsvergabe Probleme bei der budgetären Abwicklung hervorrufen, da die budgetäre Bedeckung des Bauvorhabens bereits im Rahmen des laufenden Etats bewilligt worden sei. Mit Schriftsatz vom 17. September 1999 (OZ 9) entsprach die Antragstellerin dem Mängelbehebungsauftrag und spezifizierte im einzelnen die Positionen des Leistungsverzeichnisses, bei denen Bieterlücken von der Fa. YYY wie auch von der Antragstellerin zunächst nicht ausgefüllt worden waren. Ferner ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen und führte aus, dass sie erfahren habe, dass sämtliche Bieter die gegenständlichen Bieterlücken zunächst nicht ausgefüllt hätten. Würde man dies als unbehebbarsten Mangel qualifizieren, wären sämtliche Angebote auszuschneiden und wäre daher die Ausschreibung zwingend zu widerrufen. Allerdings sei dies nur anzunehmen, wenn man nicht davon ausginge, dass der Auftraggeber dadurch, dass er das nachträgliche Ergänzen des Angebotes durch Ausfüllen der Bieterlücken durch die Antragstellerin zugelassen habe, den an sich schweren und unbehebbarsten Angebotsmangel in einen behebbaren verwandelt habe. In letzterem Fall sei aber der Auftraggeber nunmehr dazu verpflichtet, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, da diese im Unterschied zur Firma YYY den Mangel fristgerecht behoben habe.

Mit Bescheid vom 23. September 1999, ZI. N-39/99-13 gab der erkennende Senat dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt und untersagt dem Auftraggeber bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens jedoch bis zum 9. November 1999 die Erteilung des Zuschlags im Vergabeverfahren.

Mit Stellungnahme vom 24. September 1999 (OZ 15) brachte der Auftraggeber vor, dass die Fa. YYY ihr Angebot zeitgerecht verbessert habe, da die vom beauftragten Architekten zur Mängelbehebung gesetzten Fristen mit keiner Sanktion bedroht gewesen wären und überdies die Mängelbehebung innerhalb der vom Architekten gesetzten Frist bis 25. September bzw. bis 27. September 1999 erfolgt sei. Der Antragstellerin sei zur Ergänzung ihres Angebotes betreffend die nicht ausgefüllten Bieterlücken eine Frist bis zum 1. September 1999 gesetzt worden. Die Fa. YYY habe innerhalb der gegenüber der Antragstellerin gesetzten Frist die fehlenden Unterlagen nachweislich nachgebracht und sei als Billigst- und Bestbieter anzusehen. Mit ha. Note vom 21. September 1999, ZI. N-39/99-14 wurde sämtlichen Bietern als Ergebnis der Beweisaufnahme der Antrag samt Verbesserungsschriftsatz sowie die aufgrund der Vergabeunterlagen seitens des Senats getroffene Feststellung, dass die Ausschreibung keine Zuschlagskriterien enthalte, übermittelt (OZ 14). Mit Stellungnahme vom 24. September 1999 (OZ 16) brachte die Fa. YYY hierzu vor, dass sie ebenso wie die Antragstellerin die gegenständlichen Bieterlücken innerhalb der gesetzten Nachfrist ausgefüllt habe. Die vom Ziviltechniker gesetzten Nachfristen seien keine Fallfristen. Der Ziviltechniker habe diese nach Willkür gesetzt und sei es daher offensichtlich, dass die unterschiedlichen Nachfristsetzungen dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter nicht entsprächen. Beispielsweise sei der Antragstellerin eine längere Frist zur Vervollständigung der Bieterlücken gewährt worden als der Fa. YYY. Dennoch habe letztere die Bieterlücken auch innerhalb der der Antragstellerin gesetzten längeren Frist ausgefüllt. Entsprechend der Empfehlung der Bundes-

Vergabekontrollkommission vom 8. September 1999, S-116/99-16, sei davon auszugehen, dass es sich bei den ursprünglich nicht ausgefüllten Bieterlücken um behebbare Mängel handelt, die rechtzeitig behoben wurden. Hinsichtlich des Fehlens von Zuschlagskriterien habe das Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 28. April 1995, F-1/95-14 = wbl 1996, 414, ausgesprochen, dass der Auftraggeber auf andere Kriterien als den Preis verzichten dürfe.

Unter diesem Gesichtspunkt müsse das Fehlen einer ausdrücklichen schriftlichen Regelung von Zuschlagskriterien so verstanden werden, dass Bestbieter der Billigstbieter sei. Überdies sei eine entsprechende Definition der Zuschlagskriterien und damit des Bestbieters der Ausschreibung einwandfrei zu entnehmen. Diese habe nämlich Gesamtfertigstellungsfrist, Qualität der Leistungen, Eignungsnachweise sowie die Einhaltung der besonderen Bestimmungen für den staatlichen Hochbau in der Weise festgesetzt, dass sie einen einheitlichen Qualitätsstandard definiert habe, der nicht unterschritten werden dürfe. Aus dieser Art der Ausschreibung ergebe sich, dass sämtliche genannten Vergabekriterien ausgenommen der Preis den gleichen Stellenwert genießen. Sämtliche

Bieter hätten daher gleiche Qualität zu liefern, sodass als entscheidendes und einziges Vergabekriterium neben den als gleichwertig anzusehenden Qualitätskriterien nur der Preis verbleibe. Da die Fa. YYY diesbezüglich das beste Angebot gelegt habe, sei sie Bestbieterin.

Aufgrund der Unterlagen des Vergabeverfahrens (Beilage zur Zl. S 116/99-10 des Schlichtungsakts der BVKK, in der Folge: S 116/99-10 Blg) und den Stellungnahmen der Parteien wurde folgend Sachverhalt festgestellt:

Die Abteilung 16B des Amtes der Kärntner Landesregierung hat als Bundesgebäudeverwaltung I am 9. Juli 1999 die Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben "Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium Lerchenfelderstraße 22, Erweiterung und Sanierung", öffentlich ausgeschrieben. Hinsichtlich der Leistungsverzeichnispositionen 01.0607C, 06.1602, 06.1641, 06.1642, 07.1208A, 07.2205, 07.2208B, 09.1108, 09.1218, 09.1938, 09.1946, 10.1205, 10.1217, 10.1308, 10.1503, 10.1504A, 10.1505, 10.1510, 10.1515, 11.2106, 11.2205, 11.2213, 11.2503B, 12.1401B, 12.1504Z und 12.1507 wurde jeweils die technische Qualität der für die Leistungserbringung zu verwendenden Produkte mehr oder weniger ausführlich beschrieben. Zu jeder Position hatten die Bieter sodann den jeweiligen Einheitspreis aufgliedert in Lohn und sonstige Kosten sowie den jeweiligen Positionspreis anzugeben. Darüberhinaus hatten die Bieter bei diesen Leistungsverzeichnispositionen anzugeben, welches Erzeugnis sie bei der Leistungserbringung verwenden würden. Auf Seite 2 des Angebotsschreibens, Pkt. 5, wurde ausgeführt, dass Abschnitt 1.1.4 letzter Satz der allgemeinen und besonderen technischen Vorbemerkungen zu Leistungsverzeichnissen für die Gewerke der Installationstechnik und für die Gesundheitstechnik, F&B, Ausgabe August 1987, wonach nicht ausgefüllte Bieterlücken zum unbedingten Ausscheiden des Angebotes führen, nicht gelten soll. Im übrigen wurden in der Ausschreibungsunterlage die zu erbringenden Leistungen sowie die rechtlichen Bedingungen des Leistungsvertrages und der Angebotsabgabe durch den Auftraggeber bindend festgesetzt. In die Ausschreibungsunterlage wurden weder ausdrücklich noch sonst Ausführungen über Zuschlagskriterien aufgenommen (Blg. zu S-116/99-10, Ausschreibungsunterlage und Prüfbericht des Architekten Dipl.Ing. Klaus *** vom 30. August 1999). Die Abteilung 16B des Amtes der Kärntner Landesregierung hat als Bundesgebäudeverwaltung römisch eins am 9. Juli 1999 die Vergabe der Baumeisterarbeiten für das Bauvorhaben "Bundesgymnasium und Bundesrealgymnasium Lerchenfelderstraße 22, Erweiterung und Sanierung", öffentlich ausgeschrieben. Hinsichtlich der Leistungsverzeichnispositionen 01.0607C, 06.1602, 06.1641, 06.1642, 07.1208A, 07.2205, 07.2208B, 09.1108, 09.1218, 09.1938, 09.1946, 10.1205, 10.1217, 10.1308, 10.1503, 10.1504A, 10.1505, 10.1510, 10.1515, 11.2106, 11.2205, 11.2213, 11.2503B, 12.1401B, 12.1504Z und 12.1507 wurde jeweils die technische Qualität der für die Leistungserbringung zu verwendenden Produkte mehr oder weniger ausführlich beschrieben. Zu jeder Position hatten die Bieter sodann den jeweiligen Einheitspreis aufgliedert in Lohn und sonstige Kosten sowie den jeweiligen Positionspreis anzugeben. Darüberhinaus hatten die Bieter bei diesen Leistungsverzeichnispositionen anzugeben, welches Erzeugnis sie bei der Leistungserbringung verwenden würden. Auf Seite 2 des Angebotsschreibens, Pkt. 5, wurde ausgeführt, dass Abschnitt 1.1.4 letzter Satz der allgemeinen und besonderen technischen Vorbemerkungen zu Leistungsverzeichnissen für die Gewerke der Installationstechnik und für die Gesundheitstechnik, F&B, Ausgabe August 1987, wonach nicht ausgefüllte Bieterlücken zum unbedingten Ausscheiden des Angebotes führen, nicht gelten soll. Im übrigen wurden in der Ausschreibungsunterlage die zu erbringenden Leistungen sowie die rechtlichen Bedingungen des Leistungsvertrages und der Angebotsabgabe durch den Auftraggeber bindend festgesetzt. In die

Ausschreibungsunterlage wurden weder ausdrücklich noch sonst Ausführungen über Zuschlagskriterien aufgenommen (Blg. zu S-116/99-10, Ausschreibungsunterlage und Prüfbericht des Architekten Dipl.Ing. Klaus *** vom 30. August 1999).

Die Angebotsöffnung fand am 19. August 1999 statt. Insgesamt wurden 12 Angebote gelegt, der Nettoangebotspreis der Fa. YYY betrug ATS 10,188.139,15, der Nettoangebotspreis der Antragstellerin betrug ATS 10,471.169,60, die Nettoangebotspreise der sonstigen Angebote schwankten zwischen ATS 10,663.321,- und ATS 12,478.106,-. Der mit der Angebotsprüfung beauftragte Architekt Dipl.Ing. *** unterzog nur die billigsten drei Angebote einer näheren Prüfung. Weder in dem auf Datenträger abgegebenen Langtext des Leistungsverzeichnisses des Angebots der Fa. YYY noch in dem in Papierform abgegebenen Langtextleistungsverzeichnis des Angebotes der Antragstellerin waren die bei den obgenannten Positionen vorgesehenen Bieterlücken zur Angabe eines bestimmten Erzeugnisses ausgefüllt worden. Mit Schreiben vom 20. August 1999 forderte der Architekt Dipl.Ing. *** die Fa. YYY zur Angabe der Erzeugnisse betreffend die nicht ausgefüllten Bieterlücken sowie zur Vorlage entsprechender Nachweise über die Gleichwertigkeit der Produkte bis 25. August 1999 auf. Ferner wurde die Fa. YYY zur Nachreichung der Kalkulationsblätter aufgefordert. Am 23. August 1999 legte die Fa. YYY diverse Kalkulationsblätter vor. Mit Schreiben vom 25. August 1999 wurde sie zur Vorlage weiterer Unterlagen betreffend Bieterlücken bis längstens 27. August 1999 aufgefordert. Mit weiterem Schreiben vom 26. August 1999 wurde sie zur Aufklärung der Preise bzw. Kalkulationen betreffend verschiedene Leistungsverzeichnispositionen aufgefordert sowie nochmals aufgefordert, die mit Schreiben vom 20. August sowie mit Schreiben vom 25. August angeforderten Unterlagen beizubringen. Am gleichen Tag langte bei Architekt *** ein Schreiben der Fa. YYY ein, in dem zu sämtlichen betroffenen Positionen mit Ausnahme der Position 07.2205 das von der Fa. YYY für die jeweilige Leistungserbringung vorgesehene Erzeugnis angegeben wurde. Hinsichtlich der Position 07.2205 wurde lediglich mitgeteilt, "österreichische Qualität" einsetzen zu wollen. Mit Schreiben vom 30. August 1999 nahm die Fa. YYY Stellung zur verlangten Aufklärung einzelner Positionen und legte weitere Kalkulationsblätter vor. Mit Schreiben vom 30. August 1999 forderte Architekt *** die Antragstellerin auf, bis 1. September 1999 die ihrem Angebot fehlenden Unterlagen beizubringen. Diese fehlenden Unterlagen wurden am 1. September 1999 vorgelegt (Blg S-116/99- 10).

Der mit der Prüfung betraute Architekt *** schlug dem Amt der Kärntner Landesregierung in seinem Vergabevorschlag vom 30. August 1999 vor, den Auftrag der Antragstellerin zu erteilen, da die Fa. YYY hinsichtlich verschiedener Positionspreise keine angemessene Aufklärung erteilt habe. Die Antragstellerin hatte mittlerweile mit Eingabe vom 27. August 1999 ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission eingeleitet. Die Bundes-Vergabekontrollkommission verständigte den Auftraggeber am 30. August 1999 von der Einleitung des Schlichtungsverfahrens. Im Zuge dieses Verfahrens teilte die vergebende Stelle mit Schreiben vom 3. September 1999 mit, dass nach Überprüfung des Vergabevorschlags des Architekten beschlossen wurde, entgegen dem Vorschlag nicht die Antragstellerin sondern die Fa. YYY zu beauftragen. Hinsichtlich der Preisplausibilität der Fa. YYY führte die vergebende Stelle unter Hinweis auf die Stellungnahmen von Statikern aus, dass diese durchaus den ortsüblichen Marktpreisen entsprächen. Die Bundes-Vergabekontrollkommission sprach in ihrer Empfehlung vom 7. September 1999, Zl. S-116/99-16, aus, dass das Angebot der Fa. YYY nicht aus dem Grunde des Fehlens von Kalkulationsblättern und des Nichtausfüllens von Bieterlücken auszuschneiden sei. Hinsichtlich der der Fa. YYY gewährten Fristverlängerung sprach die Bundes-Vergabekontrollkommission aus, dass es sich bei den zur Verbesserung gesetzten Fristen nicht um Fallfristen handle. Diese Fristen seien nach Ermessen des Auftraggebers verlängerbar, wobei aber die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter zu wahren wären (vgl. zu allem Schlichtungsakt S-116/99). Der mit der Prüfung betraute Architekt *** schlug dem Amt der Kärntner Landesregierung in seinem Vergabevorschlag vom 30. August 1999 vor, den Auftrag der Antragstellerin zu erteilen, da die Fa. YYY hinsichtlich verschiedener Positionspreise keine angemessene Aufklärung erteilt habe. Die Antragstellerin hatte mittlerweile mit Eingabe vom 27. August 1999 ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission eingeleitet. Die Bundes-Vergabekontrollkommission verständigte den Auftraggeber am 30. August 1999 von der Einleitung des Schlichtungsverfahrens. Im Zuge dieses Verfahrens teilte die vergebende Stelle mit Schreiben vom 3. September 1999 mit, dass nach Überprüfung des Vergabevorschlags des Architekten beschlossen wurde, entgegen dem Vorschlag nicht die Antragstellerin sondern die Fa. YYY zu beauftragen. Hinsichtlich der Preisplausibilität der Fa. YYY führte die vergebende Stelle unter Hinweis auf die Stellungnahmen von Statikern aus, dass diese durchaus den ortsüblichen Marktpreisen entsprächen. Die Bundes-Vergabekontrollkommission sprach in ihrer Empfehlung vom 7. September 1999, Zl. S-116/99-16, aus, dass das Angebot der Fa. YYY nicht aus dem Grunde des Fehlens von Kalkulationsblättern

und des Nichtausfüllens von Bieterlücken auszuschließen sei. Hinsichtlich der der Fa. YYY gewährten Fristverlängerung sprach die Bundes-Vergabekontrollkommission aus, dass es sich bei den zur Verbesserung gesetzten Fristen nicht um Fallfristen handle. Diese Fristen seien nach Ermessen des Auftraggebers verlängerbar, wobei aber die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter zu wahren wären vergleiche zu allem Schlichtungsakt S-116/99).

Seit der am 8. September 1999 erfolgten, wegen Verletzung der Sperrfrist gemäß § 109 Abs. 8 BVergG nichtigen Zuschlagserteilung ist es zu keiner neuerlichen Zuschlagserteilung gekommen (OZ 15, AV über Auskunft des Auftraggebers). Seit der am 8. September 1999 erfolgten, wegen Verletzung der Sperrfrist gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG nichtigen Zuschlagserteilung ist es zu keiner neuerlichen Zuschlagserteilung gekommen (OZ 15, AV über Auskunft des Auftraggebers).

Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel. Gegen Echtheit und Richtigkeit der herangezogenen Urkunden sind dem Senat weder von Amts wegen Bedenken gekommen, noch wurden solche von den Parteien des Verfahrens vorgebracht. Da der für die Entscheidung (insbesondere im Hinblick auf unter II/2) maßgebliche Sachverhalt sich aus den Vergabeunterlagen eindeutig ergab und von den Parteien auch nicht bestritten wurde, war die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht erforderlich. Der Antrag auf Nichtigerklärung der in der Stellungnahme an die Bundes- Vergabekontrollkommission zum Ausdruck kommenden Entscheidung des Auftraggebers vom 3. September 1999, die Fa. YYY zu beauftragen, ist rechtlich wie folgt zu beurteilen:

I. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antragsrömisch eins. Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamts und Zulässigkeit des Antrags:

Bei der gegenständlichen Vergabe von Baumeisterarbeiten handelt es

sich um einen Bauauftrag iSv § 2 Abs. 1 Z 1 BVergG bzw. § 2 Abs. 1

litb Erstreckungsverordnung des Bundesministers für wirtschaftliche

Angelegenheiten, BGBl. Nr. 802/1995. Im Hinblick auf die Preise der

eingelangten Angebote (laut Protokoll über die Angebotsöffnung

zwischen netto ATS 10,188.139,- und ATS 12,478.106,95) ist davon

auszugehen, dass der geschätzte Auftragswert den für die Anwendbarkeit

der Erstreckungsverordnung gemäß § 2 Abs. 1 lit.b

Erstreckungsverordnung festgelegten Wert von 500.000 Ecu (= 500.000

Euro gemäß "Euroverordnung" Nr. 1103/97 vom 11. Juni 1997 = ATS

6,880.150,-) jedenfalls überschreitet. Auftraggeber ist der Bund, sohin ein öffentlicher Auftraggeber iSv § 11 Abs. 1 Z 1 BVergG. Die Auftragsvergabe erfolgt 6,880.150,-) jedenfalls überschreitet. Auftraggeber ist der Bund, sohin ein öffentlicher Auftraggeber iSv Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Die Auftragsvergabe erfolgt

im Rahmen der mittelbaren Privatwirtschaftsverwaltung gemäß Artikel 104 Abs. 2 B-VG in Verbindung mit der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Übertragung der Verwaltung bundeseigener Liegenschaften einschließlich des staatlichen Hochbaues, BGBl. 678/1989, idF BGBl. Nr. 483/1990, Nr. 878/1992 und Nr. 782/1995. Es handelt sich daher um die Vergabe von Bauleistungen im Bereich des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten, sodass die Erstreckungsverordnung und daher gemäß § 1 Abs. 1 Erstreckungsverordnung der 2. und 4. Teil des Bundesvergabegesetzes auf die Auftragsvergabe Anwendung findet und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts daher gegeben ist. im Rahmen der mittelbaren Privatwirtschaftsverwaltung gemäß Artikel 104 Absatz 2, B-VG in Verbindung mit der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Übertragung der Verwaltung bundeseigener Liegenschaften einschließlich des staatlichen Hochbaues, Bundesgesetzblatt 678 aus 1989,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 483 aus 1990,, Nr. 878 aus 1992, und Nr. 782 aus 1995,. Es handelt sich daher um die Vergabe von Bauleistungen im Bereich des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten, sodass die Erstreckungsverordnung und daher gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Erstreckungsverordnung der 2. und 4. Teil des Bundesvergabegesetzes auf die Auftragsvergabe Anwendung findet und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts daher gegeben ist.

Da der am 8. September 1999 erteilte Zuschlag wegen Verletzung des § 109 Abs. 8 BVergG rechtlich unwirksam ist, ist das Bundesvergabeamt auch gemäß § 113 Abs. 2 Z 1 BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung zuständig. Da die Angebotsöffnung am 19. August 1999 erfolgt ist, wurde der Nachprüfungsantrag nach Angebotsöffnung eingebracht und ist somit gemäß § 115 Abs. 2 Z 1 BVergG jedenfalls zulässig. Da der am 8. September 1999 erteilte Zuschlag wegen Verletzung des Paragraph 109, Absatz 8, BVergG rechtlich unwirksam ist, ist das Bundesvergabeamt auch gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung zuständig. Da die Angebotsöffnung am 19. August 1999 erfolgt ist, wurde der Nachprüfungsantrag nach Angebotsöffnung eingebracht und ist somit gemäß Paragraph 115, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG jedenfalls zulässig.

II. Inhaltliche Beurteilung:römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung:

1. 1.Ziffer eins

Zunächst ist zu entscheiden, ob das Nichtausfüllen der Bieterlücken als behebbarer oder als unbehebbarer Mangel, wie dies die Antragstellerin auch selbst für möglich hält, zu werten ist. Würde es sich um einen nicht behebbaren Mangel handeln, der gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG dazu führt, dass das vom Mangel betroffene Angebot auszuschneiden ist, würde es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Bekämpfung des Nichtausscheidens des Angebotes der Fa. YYY mangeln, da sie diesfalls selbst auszuschneiden gewesen wäre, weil in ihrem eigenen Angebot ja die nämlichen Bieterlücken ebenfalls nicht bei Angebotsabgabe ausgefüllt worden waren. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin kann nämlich im Hinblick auf die Natur der vergabegesetzlichen Bestimmungen als zwingendes Recht ein nicht behebbarer Mangel nicht durch das nachträgliche Verhalten des Auftraggebers zu einem behebbaren werden. Zunächst ist zu entscheiden, ob das Nichtausfüllen der Bieterlücken als behebbarer oder als unbehebbarer Mangel, wie dies die Antragstellerin auch selbst für möglich hält, zu werten ist. Würde es sich um einen nicht behebbaren Mangel handeln, der gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG dazu führt, dass das vom Mangel betroffene Angebot auszuschneiden ist, würde es der Antragstellerin an der Antragslegitimation zur Bekämpfung des Nichtausscheidens des Angebotes der Fa. YYY mangeln, da sie diesfalls selbst auszuschneiden gewesen wäre, weil in ihrem eigenen Angebot ja die nämlichen Bieterlücken ebenfalls nicht bei Angebotsabgabe ausgefüllt worden waren. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin kann nämlich im Hinblick auf die Natur der vergabegesetzlichen Bestimmungen als zwingendes Recht ein nicht behebbarer Mangel nicht durch das nachträgliche Verhalten des Auftraggebers zu einem behebbaren werden.

Ob ein behebbarer oder ein unbehebbarer gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG zum Ausscheiden des Angebotes führender Mangel vorliegt, ist unter Berücksichtigung der Grundsätze des freien und lautereren Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 16 Abs. 1 BVergG zu beurteilen. Unter Beachtung dieser Grundsätze liegt jedenfalls dann ein unbehebbarer Mangel vor, wenn die nachträgliche Mängelbehebung den Wert der angebotenen Leistung beeinflussen würde. Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines Angebotes seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise nachträglich verbessern (vgl. BVA vom 18. Juni 1998, F-3/98-12 = Connex 1998, Heft 9, Seite 51ff; sowie die bei Kropik, Mängel in Angeboten (1998) 43, aufgestellten Grundsätze). Im gegenständlichen Fall war die Qualität der angebotenen Erzeugnisse kein Zuschlagskriterium. Soweit die technische Qualität der Erzeugnisse für den Auftraggeber relevant war, hat er diese bereits durch die Spezifikation in der Ausschreibung festgelegt. Die an sich zivilrechtlich zur Verpflichtung der Bieter, den in der Ausschreibung festgelegten Standard zu erfüllen, nicht weiter erforderliche Angabe des Erzeugnisses, mit dem der Bieter den festgesetzten Standard erfüllen will, hat daher keinen Einfluss auf den Wert des Angebotes für den Auftraggeber und daher auch keinen Einfluss auf die Stellung des Bieters im Wettbewerb. Das Nichtausfüllen der Bieterlücke ist daher als behebbarer Mangel anzusehen. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 16 Abs. 1 BVergG könnte es allerdings problematisch sein, wenn einige Bieter sich früher als andere auf ein bestimmtes Erzeugnis festlegen müssen. Ob ein behebbarer oder ein unbehebbarer gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG zum Ausscheiden des Angebotes führender Mangel vorliegt, ist unter Berücksichtigung der Grundsätze des freien und lautereren Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß Paragraph 16, Absatz eins, BVergG zu beurteilen. Unter Beachtung dieser Grundsätze liegt jedenfalls dann ein unbehebbarer Mangel vor, wenn die nachträgliche Mängelbehebung den Wert der angebotenen Leistung beeinflussen würde. Diesfalls könnte nämlich der Bieter durch eine nachträgliche Ergänzung seines

Angebotes seine eigene Position in Kenntnis der Angebotspreise seiner Mitbewerber in unzulässiger Weise nachträglich verbessern vergleiche BVA vom 18. Juni 1998, F-3/98-12 = Connex 1998, Heft 9, Seite 51ff; sowie die bei Kropik, Mängel in Angeboten (1998) 43, aufgestellten Grundsätze). Im gegenständlichen Fall war die Qualität der angebotenen Erzeugnisse kein Zuschlagskriterium. Soweit die technische Qualität der Erzeugnisse für den Auftraggeber relevant war, hat er diese bereits durch die Spezifikation in der Ausschreibung festgelegt. Die an sich zivilrechtlich zur Verpflichtung der Bieter, den in der Ausschreibung festgelegten Standard zu erfüllen, nicht weiter erforderliche Angabe des Erzeugnisses, mit dem der Bieter den festgesetzten Standard erfüllen will, hat daher keinen Einfluss auf den Wert des Angebotes für den Auftraggeber und daher auch keinen Einfluss auf die Stellung des Bieters im Wettbewerb. Das Nichtausfüllen der Bieterlücke ist daher als behebbarer Mangel anzusehen. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß Paragraph 16, Absatz eins, BVergG könnte es allerdings problematisch sein, wenn einige Bieter sich früher als andere auf ein bestimmtes Erzeugnis festlegen müssen. In diesem Fall hätten nämlich jene Bieter, die dem Auftraggeber erst später das Erzeugnis benennen, insofern einen Vorteil, als sie mehr Zeit zur Verfügung haben, um für sie günstigere Erzeugnisse auszuwählen und dadurch allenfalls eine günstigere Gewinnspanne zu erzielen. Diese Gefahr der Ungleichbehandlung der Bieter durch unterschiedliche Zeitpunkte, zu denen die Bieter sich zu einem bestimmten Erzeugnis verpflichten müssen, erfordert es jedoch nicht, das Nichtausfüllen der Bieterlücken als unbehebbarer Mangel zu werten. Dieser Gefahr der Ungleichbehandlung kann nämlich dadurch vorgebeugt werden, dass der Auftraggeber bei der nachträglichen Mängelbehebung die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter einhält. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verpflichtet daher den Auftraggeber sämtliche für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bieter bei der Mängelbehebung gleich zu behandeln und diese alle zum selben Zeitpunkt unter Setzung der gleichen Frist zur Mängelbehebung aufzufordern. Diese Verpflichtung hat der Auftraggeber im vorliegenden Fall jedoch verletzt, da er die Antragstellerin einerseits erst zehn Tage nach der an die Fa. YYY gerichteten Aufforderung zur Mängelhebung aufgefordert hat und andererseits der Antragstellerin hiezu lediglich einen Zeitraum von zwei Tagen gewährte, wohingegen der Fa. YYY insgesamt ein Zeitraum von im Ergebnis zehn Tagen eingeräumt wurde. Da somit das Verfahren, das zur Vergabeentscheidung vom 3. September 1999 führte, aus dem Grunde der Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bieter rechtswidrig war und nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei anderer Vorgangsweise hinsichtlich der Angabe der Erzeugnisse andere Ergebnisse hervorgekommen wären, war die auf Grundlage dieses mangelhaften Verfahrens getroffene Vergabeentscheidung ebenfalls rechtswidrig.

1. 2.Ziffer 2

Darüberhinaus ist die Vergabeentscheidung vom 3. September 1999 noch aus einem anderen wesentlichen Grund mit Rechtswidrigkeit behaftet. Gemäß § 53 BVergG ist der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen (Bestbieterprinzip). Gemäß § 29 Abs. 4 BVergG hat der Auftraggeber alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, grundsätzlich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Deren Geltung ergibt sich hier aus § 1 Abs. 1 Erstreckungsverordnung BGBl Nr. 802/1995, welche Bestimmung die Anwendung des 2. Teils des Bundesvergabegesetzes anordnet. Sowohl § 29 Abs. 4 BVergG 1997 als auch § 53 BVergG 1997 waren inhaltlich im wesentlichen gleichlautend bereits in der durch die Erstreckungsverordnung verwiesenen Stammfassung des Gesetzes enthalten. Darüberhinaus enthalten auch die Punkte 2.1.5. und 4.6. ÖNORM A 2050 vom 1. 1. 1993 im wesentlichen Gleichlautendes und sind gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 1997 auf Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden. Darüberhinaus ist die Vergabeentscheidung vom 3. September 1999 noch aus einem anderen wesentlichen Grund mit Rechtswidrigkeit behaftet. Gemäß Paragraph 53, BVergG ist der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen (Bestbieterprinzip). Gemäß Paragraph 29, Absatz 4, BVergG hat der Auftraggeber alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, grundsätzlich in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Deren Geltung ergibt sich hier aus Paragraph eins, Absatz eins, Erstreckungsverordnung Bundesgesetzblatt Nr. 802 aus 1995,, welche Bestimmung die Anwendung des 2. Teils des Bundesvergabegesetzes anordnet. Sowohl Paragraph 29, Absatz 4, BVergG 1997 als auch Paragraph 53, BVergG 1997 waren inhaltlich im wesentlichen gleichlautend bereits in der durch die Erstreckungsverordnung verwiesenen Stammfassung des Gesetzes enthalten. Darüberhinaus enthalten auch die Punkte 2.1.5. und 4.6. ÖNORM A 2050 vom 1. 1. 1993 im wesentlichen Gleichlautendes und sind gemäß Paragraph 13, Absatz eins, BVergG 1997 auf Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte anzuwenden.

Bereits der klare Wortlaut dieser Bestimmungen verpflichtet den Auftraggeber, ausdrückliche Kriterien, die eine abgestufte, vergleichende Bewertung der Angebote erlauben, in der Ausschreibung festzusetzen. Schon der Zusammenhang der Bestimmung des § 29 Abs. 4, der die Pflicht zur Angabe der Reihenfolge der Zuschlagskriterien normiert, mit der Bestimmung des § 53 BVerG, macht klar, dass dieser Verpflichtung nicht durch die Leistungsbeschreibung und Festsetzung der sonstigen Bedingungen der Leistungserbringung, die einen Mindeststandard festlegen, der von allen Bietern zu erfüllen ist, entsprochen wird. Ist in einer solchen Festlegung doch keine Reihenfolge der Kriterien, nach denen der Auftrag vergeben wird, enthalten. Wenn § 53 daher von "den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien" spricht, muss es sich hierbei um von der Leistungsspezifikation zu unterscheidende, ausdrückliche und grundsätzlich in der Reihenfolge ihrer Bedeutung anzugebende Zuschlagskriterien handeln. Auch aus den Materialien ergibt sich, dass eine Ausschreibung in der keine Bestbieterkriterien genannt sind, gegen § 40 (nunmehr § 53) verstößt und zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden kann (vgl. 323 BlgNR 20. GP 72). Obgleich Pkt. 2.1.5. ÖNORM A 2050, der die Parallelbestimmung zu § 29 Abs. 4 BVerG 1997 darstellt, nicht die Angabe der Zuschlagskriterien "in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung" anordnet, ist doch im Hinblick auf den Gebrauch des Begriffs "Kriterien" in der ÖNORM A 2050 davon auszugehen, dass auch die ÖNORM A 2050 in Pkt. 4.6 den Auftraggeber zur Festsetzung ausdrücklicher "Zuschlagskriterien" verpflichtet. Allerdings wurde im fachkundigen Schrifttum die Meinung vertreten, dass "bei Bauaufträgen die Angabe spezifischer Zuschlagskriterien dann vom Bundesvergabegesetz nicht geboten ist, wenn aus den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Spezifikationen ein klarer und eindeutiger, dem Stand der Technik entsprechender Qualitätsstandard in der Ausführung zu erwarten ist und daher eine weitergehende Beurteilung von zusätzlichen Kriterien nicht zwingend notwendig ist, weil für die Lösung eines bestimmten technischen Problems entweder nur der vom Auftraggeber ohnehin ausgeschriebene Weg möglich, oder auch andere Lösungswege keine über die preisliche Bewertung hinausgehenden Entscheidungskriterien zulassen" (Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen 2. Aufl. (1998) 115).

Bereits der klare Wortlaut dieser Bestimmungen verpflichtet den Auftraggeber, ausdrückliche Kriterien, die eine abgestufte, vergleichende Bewertung der Angebote erlauben, in der Ausschreibung festzusetzen. Schon der Zusammenhang der Bestimmung des Paragraph 29, Absatz 4,, der die Pflicht zur Angabe der Reihenfolge der Zuschlagskriterien normiert, mit der Bestimmung des Paragraph 53, BVerG, macht klar, dass dieser Verpflichtung nicht durch die Leistungsbeschreibung und Festsetzung der sonstigen Bedingungen der Leistungserbringung, die einen Mindeststandard festlegen, der von allen Bietern zu erfüllen ist, entsprochen wird. Ist in einer solchen Festlegung doch keine Reihenfolge der Kriterien, nach denen der Auftrag vergeben wird, enthalten. Wenn Paragraph 53, daher von "den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien" spricht, muss es sich hierbei um von der Leistungsspezifikation zu unterscheidende, ausdrückliche und grundsätzlich in der Reihenfolge ihrer Bedeutung anzugebende Zuschlagskriterien handeln. Auch aus den Materialien ergibt sich, dass eine Ausschreibung in der keine Bestbieterkriterien genannt sind, gegen Paragraph 40, (nunmehr Paragraph 53,) verstößt und zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden kann vergleiche 323 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode 72). Obgleich Pkt. 2.1.5. ÖNORM A 2050, der die Parallelbestimmung zu Paragraph 29, Absatz 4, BVerG 1997 darstellt, nicht die Angabe der Zuschlagskriterien "in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung" anordnet, ist doch im Hinblick auf den Gebrauch des Begriffs "Kriterien" in der ÖNORM A 2050 davon auszugehen, dass auch die ÖNORM A 2050 in Pkt. 4.6 den Auftraggeber zur Festsetzung ausdrücklicher "Zuschlagskriterien" verpflichtet. Allerdings wurde im fachkundigen Schrifttum die Meinung vertreten, dass "bei Bauaufträgen die Angabe spezifischer Zuschlagskriterien dann vom Bundesvergabegesetz nicht geboten ist, wenn aus den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Spezifikationen ein klarer und eindeutiger, dem Stand der Technik entsprechender Qualitätsstandard in der Ausführung zu erwarten ist und daher eine weitergehende Beurteilung von zusätzlichen Kriterien nicht zwingend notwendig ist, weil für die Lösung eines bestimmten technischen Problems entweder nur der vom Auftraggeber ohnehin ausgeschriebene Weg möglich, oder auch andere Lösungswege keine über die preisliche Bewertung hinausgehenden Entscheidungskriterien zulassen" (Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen 2. Aufl. (1998) 115).

Dagegen wurde aber im juristischen Schrifttum bereits die Meinung vertreten, dass "es wohl eine Binsenweisheit sei, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht das Angebot mit dem niedrigsten Preis sein muss, sondern es zur Lebenserfahrung gehöre, dass Ursache eines niedrigeren Preises auch in geringerer Qualität, geringerer Lebensdauer, höheren Erhaltungs- und Betriebskosten liegen kann, dass also unter Umständen die Billigstbietervergabe dem Gebot der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit bei der Verwendung öffentlicher Finanzmittel nicht entspricht" und

sich aus § 53 eine zwingende Verpflichtung zur Formulierung von Bestbieterkriterien ergibt. Formuliert der Auftraggeber keine Bestbieterkriterien, darf er nur an den Billigstbieter vergeben und verstößt damit gegen § 53 (Bestbieter)" (vgl. Göllles, Das neue Bundesvergabegesetz - Grundsätze des Vergabeverfahrens, wbl 1997, 456f). Den gegenteiligen Ausführungen von Platzer/Öhlinger (aaO) ist schon deshalb nicht beizupflichten, weil diese sich weder mit dem oben wiedergegebenen Wortlaut und der Systematik des Gesetzes noch mit der Absicht des Gesetzgebers auseinandersetzen. Darüberhinaus übersieht diese Auffassung, dass das Gesetz den Auftraggeber nicht bloß zur Ermittlung des technisch besten Angebotes, sondern auch zur Ermittlung des wirtschaftlich besten Angebots verpflichtet. Für die Wirtschaftlichkeit einer Bauleistung ist aber keineswegs allein der Angebotspreis maßgebend. Vielmehr sind Qualität und Dauer der Ausführung der Bauleistung von Bedeutung. Darüberhinaus verkennt diese Auffassung den Inhalt der gesetzlichen Anordnung der Bestbietervergabe. Das Gesetz stellt es nämlich dem öffentlichen Auftraggeber keineswegs frei, in welcher Weise er das technisch und wirtschaftlich beste Angebot auswählt. Vielmehr gebietet das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber nicht bloß die Erreichung eines bestimmten Ziels, nämlich die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebots, sondern verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber sich hiezu auch eines bestimmten Weges, nämlich der Anwendung von Zuschlagskriterien, zu bedienen. Unterläßt der öffentliche Auftraggeber die Festsetzung ausdrücklicher Zuschlagskriterien, verletzt er das gesetzliche Gebot zur Ermittlung des Bestbieters gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Dies bewirkt nicht nur die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, sondern auch die Rechtswidrigkeit der darauf gestützten Vergabeentscheidung, die dann eben nicht gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien erfolgt ist. Der erkennende Senat vermag sich daher auch nicht der Entscheidung des Bundesvergabeamts vom 28. April 1995, F-1/95-14, anzuschließen, in der ohne weitere Begründung ausgeführt wird, dass, wenn neben der Erfüllung der in der Ausschreibung genannten rechtlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen keine weitere Bestbieterkriterien in der Ausschreibung angeführt sind, der niedrigste Preis für die Ermittlung des Bestbieters heranzuziehen ist (vgl. wbl 1996, 414).

sich aus Paragraph 53, eine zwingende Verpflichtung zur Formulierung von Bestbieterkriterien ergibt. Formuliert der Auftraggeber keine Bestbieterkriterien, darf er nur an den Billigstbieter vergeben und verstößt damit gegen Paragraph 53, (Bestbieter)" vergleiche Göllles, Das neue Bundesvergabegesetz - Grundsätze des Vergabeverfahrens, wbl 1997, 456f). Den gegenteiligen Ausführungen von Platzer/Öhlinger (aaO) ist schon deshalb nicht beizupflichten, weil diese sich weder mit dem oben wiedergegebenen Wortlaut und der Systematik des Gesetzes noch mit der Absicht des Gesetzgebers auseinandersetzen. Darüberhinaus übersieht diese Auffassung, dass das Gesetz den Auftraggeber nicht bloß zur Ermittlung des technisch besten Angebotes, sondern auch zur Ermittlung des wirtschaftlich besten Angebots verpflichtet. Für die Wirtschaftlichkeit einer Bauleistung ist aber keineswegs allein der Angebotspreis maßgebend. Vielmehr sind Qualität und Dauer der Ausführung der Bauleistung von Bedeutung. Darüberhinaus verkennt diese Auffassung den Inhalt der gesetzlichen Anordnung der Bestbietervergabe. Das Gesetz stellt es nämlich dem öffentlichen Auftraggeber keineswegs frei, in welcher Weise er das technisch und wirtschaftlich beste Angebot auswählt. Vielmehr gebietet das Gesetz dem öffentlichen Auftraggeber nicht bloß die Erreichung eines bestimmten Ziels, nämlich die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebots, sondern verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber sich hiezu auch eines bestimmten Weges, nämlich der Anwendung von Zuschlagskriterien, zu bedienen. Unterläßt der öffentliche Auftraggeber die Festsetzung ausdrücklicher Zuschlagskriterien, verletzt er das gesetzliche Gebot zur Ermittlung des Bestbieters gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Dies bewirkt nicht nur die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung, sondern auch die Rechtswidrigkeit der darauf gestützten Vergabeentscheidung, die dann eben nicht gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien erfolgt ist. Der erkennende Senat vermag sich daher auch nicht der Entscheidung des Bundesvergabeamts vom 28. April 1995, F-1/95-14, anzuschließen, in der ohne weitere Begründung ausgeführt wird, dass, wenn neben der Erfüllung der in der Ausschreibung genannten rechtlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen keine weitere Bestbieterkriterien in der Ausschreibung angeführt sind, der niedrigste Preis für die Ermittlung des Bestbieters heranzuziehen ist vergleiche wbl 1996, 414).

Vielmehr kommt der erkennende Senat, wie bereits der Senat 8 des Bundesvergabeamts in seiner Entscheidung vom 1. September 1999, F-5/99-14, zu dem auch im juristischen Schrifttum (vgl. Göllles, aaO) vertretenen Ergebnis, dass aufgrund einer Ausschreibung, in der keine Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung angegeben sind, die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien gemäß § 53 BVergG nicht möglich und daher das Vergabeverfahren jedenfalls zu widerrufen ist (vgl. zum Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrunds, wenn die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wesentliche Grundsätze

des Vergaberechts verletzen würde, schon BVA vom 25. August 1998, N-20/98-9 = CONNEX 1998 H 9, S. 48ff). Im gegenständlichen Fall hat der Auftraggeber keine ausdrücklichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in der Ausschreibung angegeben. Die aufgrund dieser Ausschreibung erfolgte Vergabeentscheidung ist daher jedenfalls rechtswidrig und war als für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentliche Entscheidung gemäß § 117 Abs. 1 BVergG für nichtig zu erklären. Der Umstand, dass das Fehlen der Zuschlagskriterien von der Antragstellerin nicht gerügt wurde, steht der Einbeziehung dieses Sachverhalts in das Nachprüfungsverfahren nicht entgegen. Dem Bundesvergabegesetz ist nur insofern eine Bindung an den Antrag zu entnehmen, als die Festlegung der nachzuprüfenden Entscheidung durch den Antrag den Prozessgegenstand festlegt. Eine Bindung an die Begründung des Antrags wird durch das Gesetz nicht angeordnet. Demgemäß hat die Behörde gemäß § 39 Abs. 2 AVG von Amts wegen vorzugehen. 3. Im Hinblick auf dieses Ergebnis war auf die weiteren Ausführungen sowie den Eventualantrag der Antragstellerin nicht mehr einzugehen. Im Hinblick auf aus oben II/2 sich ergebende Notwendigkeit des Widerrufs der Ausschreibung war auch nicht mehr auf die Frage einzugehen, ob die von der Fa. YYY die Angebotsmängel auch hinsichtlich der Position 07.2205 behoben hat und welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass der Architekt des Auftraggebers in seinem Vergabevorschlag vom 30. August 1999 bereits davon ausgehen konnte, dass die Antragstellerin der ihr bis 1. September 1999 aufgetragenen Vervollständigung der Bieterlücken nachgekommen ist, obgleich die von der Antragstellerin zur Vervollständigung vorgelegten Unterlagen laut Eingangsstempel erst am 1. September 1999 eingelangt sind. Vielmehr kommt der erkennende Senat, wie bereits der Senat 8 des Bundesvergabeamts in seiner Entscheidung vom 1. September 1999, F-5/99-14, zu dem auch im juristischen Schrifttum vergleiche Gölls, aaO) vertretenen Ergebnis, dass aufgrund einer Ausschreibung, in der keine Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung angegeben sind, die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien gemäß Paragraph 53, BVergG nicht möglich und daher das Vergabeverfahren jedenfalls zu widerrufen ist vergleiche zum Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrunds, wenn die Fortsetzung des Vergabeverfahrens wesentliche Grundsätze des Vergaberechts verletzen würde, schon BVA vom 25. August 1998, N-20/98-9 = CONNEX 1998 H 9, S. 48ff). Im gegenständlichen Fall hat der Auftraggeber keine ausdrücklichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in der Ausschreibung angegeben. Die aufgrund dieser Ausschreibung erfolgte Vergabeentscheidung ist daher jedenfalls rechtswidrig und war als für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentliche Entscheidung gemäß Paragraph 117, Absatz eins, BVergG für nichtig zu erklären. Der Umstand, dass das Fehlen der Zuschlagskriterien von der Antragstellerin nicht gerügt wurde, steht der Einbeziehung dieses Sachverhalts in das Nachprüfungsverfahren nicht entgegen. Dem Bundesvergabegesetz ist nur insofern eine Bindung an den Antrag zu entnehmen, als die Festlegung der nachzuprüfenden Entscheidung durch den Antrag den Prozessgegenstand festlegt. Eine Bindung an die Begründung des Antrags wird durch das Gesetz nicht angeordnet. Demgemäß hat die Behörde gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG von Amts wegen vorzugehen. 3. Im Hinblick auf dieses Ergebnis war auf die weiteren Ausführungen sowie den Eventualantrag der Antragstellerin nicht mehr einzugehen. Im Hinblick auf aus oben II/2 sich ergebende Notwendigkeit des Widerrufs der Ausschreibung war auch nicht mehr auf die Frage einzugehen, ob die von der Fa. YYY die Angebotsmängel auch hinsichtlich der Position 07.2205 behoben hat und welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass der Architekt des Auftraggebers in seinem Vergabevorschlag vom 30. August 1999 bereits davon ausgehen konnte, dass die Antragstellerin der ihr bis 1. September 1999 aufgetragenen Vervollständigung der Bieterlücken nachgekommen ist, obgleich die von der Antragstellerin zur Vervollständigung vorgelegten Unterlagen laut Eingangsstempel erst am 1. September 1999 eingelangt sind.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Veröffentlichungen

bbl 2000/58 = Connex 2000/1, 54

Schlagworte

Erweiterung des Rechtsschutzbereiches, Erstreckungsverordnung des BMWA, Auftragsverwaltung; Nachprüfungsverfahren, Antragslegitimation, Beeinträchtigung subjektiver Bieterinteressen, keine, auszuschheidender Unternehmer; Ausscheiden von Angeboten, Mangel, behebbarer, unbehebbarer, Mängelbehebung, Gleichbehandlung der Bieter; Erweiterung des Geltungsbereiches, Geltung der Grundsätze des Bestbieterprinzips auch im erstreckten Geltungsbereich; Bestbieterprinzip, Billigstbieterprinzip, kein freies Wahlrecht außerhalb des Sektorenbereiches; Bestbieterprinzip, Geltung auch im Anwendungsbereich der ÖNORM A 2050 (1993); Bestbieterprinzip, Verstoß gegen, Rechtsfolge Nichtigkeit; Nachprüfungsverfahren, Verfahrensgegenstand, Amtswegigkeitsgrundsatz; Ausscheiden von

Angeboten, Verpflichtung des Auftraggebers zur Ausscheidung;

Dokumentnummer

VERGT_19991001_N_39_99_18_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