

TE Verg Bescheid 1998/11/30 N-33/98-17

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.11.1998

Norm

BVergG 1997 §3 Abs1

BVergG 1997 AnhangIII Kategorie7

BVergG 1997 §15 Z12

BVergG 1997 §52 Abs1

BVergG 1997 §52 Abs1 Z8

BVergG 1997 §109 Abs8

BVergG 1997 §113

BVergG 1997 §113 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs2

BVergG 1997 §115 Abs1

BVergG 1997 §117 Abs2

AVG §39 Abs2

ABGB §879

ZPO §228

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

1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992

1. ZPO § 228 heute
2. ZPO § 228 gültig ab 01.01.1898

Text

BESCHEID:

Der Senat 5 des Bundesvergabeamtes hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident des OGH Dr. Horst Schlosser und die Beisitzer Divisionär Ing. Dr. Ernst Hladik und Mag. Helmut Heindl am 30. November 1998 im Nachprüfungsverfahren betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags: Studienbeihilfeninformationssystem "STUBIS 2000" der Studienbeihilfenbehörde wie folgt entschieden:

Spruch:

Spruch Pkt. ISpruch Pkt. römisch eins

Es wird festgestellt, dass die am 21. September 1998 erfolgte Erteilung des Zuschlages an die XXX Ges.m.b.H. im Vergabeverfahren Studienbeihilfeninformationssystem "STUBIS 2000" des Bundes, vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, sowie die am 19. Oktober 1998 durch Unterfertigung des Auftragsvertrags zwischen der XXX Ges.m.b.H. und dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr, erfolgte Erteilung des Zuschlags betreffend die Durchführung der Softwareerstellung für ein Studienbeihilfeninformationssystem "STUBIS 2000" gemäß § 109 Abs. 8 Z 3 des Bundesvergabegesetzes (BVerG) 1997, BGBl I 1997/56, nichtig sind. Es wird festgestellt, dass die am 21. September 1998 erfolgte Erteilung des Zuschlages an die römisch 30 Ges.m.b.H. im Vergabeverfahren Studienbeihilfeninformationssystem "STUBIS 2000" des Bundes, vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, sowie die am 19. Oktober 1998 durch Unterfertigung des Auftragsvertrags zwischen der römisch 30 Ges.m.b.H. und dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr, erfolgte Erteilung des Zuschlags betreffend die Durchführung der Softwareerstellung für ein Studienbeihilfeninformationssystem "STUBIS 2000" gemäß Paragraph 109, Absatz 8, Ziffer 3, des Bundesvergabegesetzes (BVerG) 1997, BGBl römisch eins 1997/56, nichtig sind.

Spruch Pkt. IISpruch Pkt. römisch zwei

Der Antrag der YYY Ges.m.b.H., vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung des Zuschlags vom 21. September 1998 an die XXX Ges.m.b.H., im Vergabeverfahren "STUBIS 2000" des Bundes, vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, wird gemäß § 115 Abs. 1 BVerG iVm § 109 Abs. 8 Z 3 BVerG als unzulässig zurückgewiesen. Der Antrag der YYY Ges.m.b.H., vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung des Zuschlags vom 21. September 1998 an die römisch 30 Ges.m.b.H., im Vergabeverfahren "STUBIS 2000" des Bundes, vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, wird gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVerG in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 8, Ziffer 3, BVerG als unzulässig zurückgewiesen.

Spruch Pkt. IIISpruch Pkt. römisch drei

Dem Antrag der YYY Ges.m.b.H., vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren "STUBIS 2000", das Angebot der XXX Ges.m.b.H. nicht auszuscheiden, wird gemäß § 117 Abs. 1 BVerG stattgegeben. Die Entscheidung des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr, dieser vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, das Angebot der XXX Ges.m.b.H. im Vergabeverfahren "STUBIS 2000" nicht auszuscheiden, wird gemäß § 117 Abs. 1 BVerG iVm § 52 Abs. 1 Z 8 BVerG für nichtig erklärt. Dem Antrag der YYY Ges.m.b.H., vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren "STUBIS 2000", das Angebot der römisch 30 Ges.m.b.H. nicht auszuscheiden, wird gemäß Paragraph 117, Absatz eins, BVerG stattgegeben. Die Entscheidung des Auftraggebers Bund, vertreten durch den Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr, dieser vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, das Angebot der römisch 30 Ges.m.b.H. im Vergabeverfahren "STUBIS 2000" nicht auszuscheiden, wird gemäß Paragraph 117, Absatz eins, BVerG in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVerG für nichtig erklärt.

Begründung:

Die Antragstellerin stellte am 23. Oktober 1998 die aus Spruch Pkt. II und III ersichtlichen Anträge und begründete diese im wesentlichen wie folgt: Die Antragstellerin stellte am 23. Oktober 1998 die aus Spruch Pkt. römisch zwei und römisch drei ersichtlichen Anträge und begründete diese im wesentlichen wie folgt:

Die am 21. September 1998 erfolgte Erteilung des Zuschlages an die XXX Ges.m.b.H. sei innerhalb der durch die Verständigung durch die Bundes-Vergabekontrollkommission vom 24. August 1998, S-49/98-4, ausgelösten vierwöchigen Sperrfrist erfolgt und daher als nichtig anzusehen. Ferner sei der Auftraggeber verpflichtet gewesen, das Angebot der XXX Ges.m.b.H. auszuscheiden, weil diese Bieterin den Auftrag nicht selbst erbringen würde, sondern ihn durch Subunternehmer, namentlich das Forschungszentrum AAA sowie ihre Konzernmutter, die ZZZ AG Österreich bzw. deren Unternehmensbereich Programm- und Systementwicklung (PSE), ausführen lasse. Diese gänzliche Weitergabe des Auftrags sei gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 BVerG unzulässig. Für den Fall, daß das Bundesvergabeamt zur Ansicht gelange, der Zuschlag sei bereits wirksam erteilt worden, stellte die Antragstellerin sinngemäß gleich begründete Anträge auf Feststellung, daß der Zuschlag wegen der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten nicht dem

Bestbieter erteilt worden sei (vgl. OZ 1, Antrag). Die am 21. September 1998 erfolgte Erteilung des Zuschlages an die römisch 30 Ges.m.b.H. sei innerhalb der durch die Verständigung durch die Bundes-Vergabekontrollkommission vom 24. August 1998, S-49/98-4, ausgelösten vierwöchigen Sperrfrist erfolgt und daher als nichtig anzusehen. Ferner sei der Auftraggeber verpflichtet gewesen, das Angebot der römisch 30 Ges.m.b.H. auszuschneiden, weil diese Bieterin den Auftrag nicht selbst erbringen würde, sondern ihn durch Subunternehmer, namentlich das Forschungszentrum AAA sowie ihre Konzernmutter, die ZZZ AG Österreich bzw. deren Unternehmensbereich Programm- und Systementwicklung (PSE), ausführen lasse. Diese gänzliche Weitergabe des Auftrags sei gemäß Paragraph 31, Absatz eins, Satz 2 BVergG unzulässig. Für den Fall, daß das Bundesvergabeamt zur Ansicht gelange, der Zuschlag sei bereits wirksam erteilt worden, stellte die Antragstellerin sinngemäß gleich begründete Anträge auf Feststellung, daß der Zuschlag wegen der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten nicht dem Bestbieter erteilt worden sei (vergleiche OZ 1, Antrag).

Der Auftraggeber brachte vor, lediglich ein Teil der Leistung würde von der PSE-Abteilung der Konzernmutter ZZZ AG erbracht werden und darin sei keine unzulässige Weitergabe an Subunternehmer zu erblicken. Die XXX Ges.m.b.H. sei am 21. September 1998 zunächst bloß "provisorisch" über die Erteilung des Zuschlages informiert worden und die "definitive" Verständigung von der Zuschlagserteilung sei erst am 23. September 1998 erfolgt. Der Leistungsvertrag über die Durchführung des Dienstleistungsauftrags sei am 19. Oktober 1998 geschlossen worden. In beiden Fällen seien die durch die Verständigung der Bundes- Vergabekontrollkommission ausgelösten Sperrfristen bereits abgelaufen gewesen (vgl. OZ 15, Verhandlungsschrift). Die XXX Ges.m.b.H. brachte als mitbeteiligte Partei vor, die Tätigkeit ihrer Konzernmutter ZZZ AG sei im Hinblick auf die konzernmäßige Verflechtung nicht als Subunternehmerleistung anzusehen und sei bereits im Angebot bzw. bei den nachfolgend geführten Bietergesprächen offengelegt worden. Das Schreiben vom 5. Juni 1998 sei lediglich als Stellungnahme zum Vertragstext zu verstehen und solche Stellungnahmen seien in der Ausschreibung ausdrücklich angefordert worden. Man sei davon ausgegangen, daß die den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Vertragsbestimmungen lediglich einen Entwurf darstellen, und aus den Ausschreibungsbestimmungen ergebe sich auch nicht, daß dieser Vertragsentwurf zwingend und unabänderlich sei (OZ 15). Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der Unterlagen des Vergabeverfahrens (OZ 13) und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 30. November 1998 (OZ 15), wurde folgender Sachverhalt festgestellt: Der Auftraggeber brachte vor, lediglich ein Teil der Leistung würde von der PSE-Abteilung der Konzernmutter ZZZ AG erbracht werden und darin sei keine unzulässige Weitergabe an Subunternehmer zu erblicken. Die römisch 30 Ges.m.b.H. sei am 21. September 1998 zunächst bloß "provisorisch" über die Erteilung des Zuschlages informiert worden und die "definitive" Verständigung von der Zuschlagserteilung sei erst am 23. September 1998 erfolgt. Der Leistungsvertrag über die Durchführung des Dienstleistungsauftrags sei am 19. Oktober 1998 geschlossen worden. In beiden Fällen seien die durch die Verständigung der Bundes- Vergabekontrollkommission ausgelösten Sperrfristen bereits abgelaufen gewesen (vergleiche OZ 15, Verhandlungsschrift). Die römisch 30 Ges.m.b.H. brachte als mitbeteiligte Partei vor, die Tätigkeit ihrer Konzernmutter ZZZ AG sei im Hinblick auf die konzernmäßige Verflechtung nicht als Subunternehmerleistung anzusehen und sei bereits im Angebot bzw. bei den nachfolgend geführten Bietergesprächen offengelegt worden. Das Schreiben vom 5. Juni 1998 sei lediglich als Stellungnahme zum Vertragstext zu verstehen und solche Stellungnahmen seien in der Ausschreibung ausdrücklich angefordert worden. Man sei davon ausgegangen, daß die den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Vertragsbestimmungen lediglich einen Entwurf darstellen, und aus den Ausschreibungsbestimmungen ergebe sich auch nicht, daß dieser Vertragsentwurf zwingend und unabänderlich sei (OZ 15). Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der Unterlagen des Vergabeverfahrens (OZ 13) und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 30. November 1998 (OZ 15), wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

Der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, dieses vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, hat die Erstellung der Software für ein Studienbeihilfeninformationssystem "STUBIS 2000" im offenen Verfahren ausgeschrieben. Pkt. 3.10 der Ausschreibung (vgl. Unterlagen des Vergabeverfahrens OZ 13) zufolge waren Subunternehmer nur in geringem Umfang und nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zugelassen, deren Beteiligung war im Angebotsschreiben bekanntzugeben. Der Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, dieses vertreten durch die Studienbeihilfenbehörde, hat die Erstellung der Software für ein Studienbeihilfeninformationssystem "STUBIS 2000" im offenen Verfahren ausgeschrieben. Pkt. 3.10 der Ausschreibung (vergleiche Unterlagen des Vergabeverfahrens OZ 13) zufolge waren Subunternehmer nur in geringem Umfang und nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zugelassen, deren Beteiligung war im Angebotsschreiben bekanntzugeben.

Grundlage für die Angebotserstellung sollte das den Ausschreibungsbestimmungen beiliegende Pflichtenheft sein. Zu den rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung des Vertragstextes war unter anderem vorgesehen, daß bei Überschreitung des festgelegten Fertigstellungstermins für die Teilprojekte "Personalwesen", "Posteingang und -ausgang", "Managementinformationssystem" und "interne administrative Vorgänge" jeweils eine Vertragsstrafe von 5% der Honorarsumme für das betreffende Teilprojekt, bei Überschreitung des Endtermins August 2000 für die Teilprojekte "Dokumentenverwaltung", "Erfassen und Bearbeiten von Anträgen" und "interne Verarbeitung der Anträge" hingegen eine Vertragsstrafe in der Höhe von 5% der vertraglichen Gesamthonorarsumme verwirkt sein sollte. Diese Vertragsstrafenregelung sollte nur dann nicht gelten, wenn der Grund für die Terminüberschreitung nachweislich nicht im Einflußbereich des Auftragnehmers liegt. Bei Nichtbehebung wesentlicher Mängel bis zum Ende der vertraglich festgelegten Gewährleistungsfrist sollte die Forderung auf Auszahlung des Haftungsrücklasses verfallen. Weiters war vorgesehen, daß das Recht, das vereinbarte Werk und alle damit zusammenhängenden Arbeitsergebnisse auf welche Art auch immer zu benützen, zu verwerten, weiter zu bearbeiten oder von Dritten bearbeiten zu lassen, mit Entrichtung der vereinbarten Vergütung zur Gänze auf den Auftraggeber übergehen sollte. Bei Rücktritt vom Vertrag sollten die vom Auftragnehmer bis dahin vertragsgemäß zur Gänze oder teilweise erbrachten Leistungen nach den Bestimmungen des Vertrages abzurechnen und abzugelten sein, soweit der Rücktritt durch Umstände auf Seiten des Auftraggebers veranlaßt worden war. Im Vertragstext war ein gesonderter Punkt für "ergänzende Bestimmungen" offengelassen, deren Inhalt gegebenenfalls einvernehmlich festzulegen war. Im übrigen war den Ausschreibungsunterlagen kein Hinweis auf die Unverbindlichkeit des Vertragstextes zu entnehmen, vielmehr war festgehalten, daß Abänderungen und Ergänzungen des Vertrags und seiner Bestandteile zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner bedürften. Ferner hatte der Bieter Pkt. 3.5 bzw 3.11 des Angebotsschreibens zufolge eine Erklärung abzugeben, daß er sämtliche Unterlagen der Ausschreibung bearbeitet habe und alle darin festgelegten Bestimmungen und Richtlinien ohne Einschränkung anerkenne sowie zur Kenntnis nehme, daß im Fall einer Auftragserteilung der dieser Ausschreibung beiliegende "Vertrag" geschlossen werden würde und der Vertragstext lediglich an den ausdrücklich gekennzeichneten Stellen aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung und der erforderlichen Aufklärungsgespräche zu ergänzen sei sowie eigenmächtige Änderungen nichtig seien. Überdies war dort festgehalten, daß allfällige Erläuterungen nur im Rahmen eines gesonderten Begleitschreibens möglich seien (vgl. zu allen OZ 13, Vertragsbestimmungen und Angebotsschreiben). Die Antragstellerin legte am 8. Juni 1998 ein Angebot (Angebotspreis ATS 14.868 Millionen ohne USt) über die ausgeschriebene Leistung. Den Angebotsunterlagen lag ein mit "Vorbehalt" bezeichnetes Schreiben bei, in dem unter anderem ausgeführt wurde, daß sich nach den Erfahrungen der Antragstellerin bei der Abstimmung der Projekteinhalte Abweichungen vom ursprünglichen Pflichtenheft ergeben könnten und deshalb zur Absicherung der Vertragspartner vorgesehen werde, nach einem gemeinsam endgültig abgestimmten Detailpflichtenheft die Möglichkeit einer Nachbesserung des Angebots (Erhöhung oder Senkung des Angebotswertes) oder eine beiderseitige Kündigungsmöglichkeit vorzubehalten. Die vergebende Stelle ging im Rahmen der Angebotsprüfung auf dieses Schreiben nicht ein (vgl. OZ 13, Angebot der Antragstellerin, Prüfbericht).

3.11 des Angebotsschreibens zufolge eine Erklärung abzugeben, daß er sämtliche Unterlagen der Ausschreibung bearbeitet habe und alle darin festgelegten Bestimmungen und Richtlinien ohne Einschränkung anerkenne sowie zur Kenntnis nehme, daß im Fall einer Auftragserteilung der dieser Ausschreibung beiliegende "Vertrag" geschlossen werden würde und der Vertragstext lediglich an den ausdrücklich gekennzeichneten Stellen aufgrund der Ergebnisse der Angebotsprüfung und der erforderlichen Aufklärungsgespräche zu ergänzen sei sowie eigenmächtige Änderungen nichtig seien. Überdies war dort festgehalten, daß allfällige Erläuterungen nur im Rahmen eines gesonderten Begleitschreibens möglich seien (vergleiche zu allen OZ 13, Vertragsbestimmungen und Angebotsschreiben). Die Antragstellerin legte am 8. Juni 1998 ein Angebot (Angebotspreis ATS 14.868 Millionen ohne USt) über die ausgeschriebene Leistung. Den Angebotsunterlagen lag ein mit "Vorbehalt" bezeichnetes Schreiben bei, in dem unter anderem ausgeführt wurde, daß sich nach den Erfahrungen der Antragstellerin bei der Abstimmung der Projekteinhalte Abweichungen vom ursprünglichen Pflichtenheft ergeben könnten und deshalb zur Absicherung der Vertragspartner vorgesehen werde, nach einem gemeinsam endgültig abgestimmten Detailpflichtenheft die Möglichkeit einer Nachbesserung des Angebots (Erhöhung oder Senkung des Angebotswertes) oder eine beiderseitige Kündigungsmöglichkeit vorzubehalten. Die vergebende Stelle ging im Rahmen der Angebotsprüfung auf dieses Schreiben nicht ein (vergleiche OZ 13, Angebot der Antragstellerin, Prüfbericht).

Die XXX Ges.m.b.H. gab gleichfalls am 8. Juni 1998 ein Angebot ab (Angebotspreis ATS 18,86 Millionen ohne USt). In

dem hiefür im Angebotsschreiben vorgesehenen Feld war die Weitergabe von Teilleistungen an die AAA sowie an die BBB als Subunternehmer angeführt. Andere Subunternehmer, insbesondere die Konzernmutter, wurden im Angebotsschreiben nicht genannt. Den Angebotsunterlagen war ein Firmenprospekt der ZZZ Österreich beigelegt, in dem die Tätigkeit der Abteilung Programm- und Systementwicklung (PSE) der Konzernmutter näher erläutert war. Den Angebotsunterlagen war ferner ein Schreiben vom 5. Juni 1998 an die Studienbeihilfenbehörde angeschlossen, in dem zur Ausschreibung STUBIS 2000 erklärt worden war, daß die XXX mit dem den Ausschreibungsbestimmungen beiliegenden Vertragsentwurf bis auf die nachfolgend ausgeführten Änderungsvorschläge grundsätzlich einverstanden sei. In diesen wurde unter anderem vorgeschlagen, die Vertragsstrafe nicht, wie im Vertragsentwurf vorgesehen, mit 5% der Honorarsumme, sondern lediglich mit 0,5% je angefangener Woche des Verzuges festzusetzen und mit maximal 5% zu begrenzen. Außerdem sollte der Haftungsrücklaß soferne wesentliche Mängel bis zum Ablauf der vertraglich festgelegten Gewährleistungsfrist nicht behoben sein sollten, nur dann zur Gänze verfallen, wenn die Mängel binnen einer angemessenen Behebungsfrist nicht behoben sein sollten. Überdies wurde vorgeschlagen, dem Auftragnehmer das Recht zur Mitnutzung und sonstigen beliebigen Verwendung nicht geschützter Ideen, Konzepte, Erfahrungen und Techniken, die bei der Ausarbeitung verwendet oder entwickelt werden sollten, vorzubehalten. Soweit für den Fall des Rücktritts vom Vertrag eine Verrechnung der bis dahin erbrachten Teilleistungen vorgesehen war, sollten die hiefür maßgebenden "Bestimmungen des Vertrages" noch einvernehmlich spezifiziert werden (vgl. OZ 13, Angebot der XXX Ges.m.b.H.). Die römisch 30 Ges.m.b.H. gab gleichfalls am 8. Juni 1998 ein Angebot ab (Angebotspreis ATS 18,86 Millionen ohne USt). In dem hiefür im Angebotsschreiben vorgesehenen Feld war die Weitergabe von Teilleistungen an die AAA sowie an die BBB als Subunternehmer angeführt. Andere Subunternehmer, insbesondere die Konzernmutter, wurden im Angebotsschreiben nicht genannt. Den Angebotsunterlagen war ein Firmenprospekt der ZZZ Österreich beigelegt, in dem die Tätigkeit der Abteilung Programm- und Systementwicklung (PSE) der Konzernmutter näher erläutert war. Den Angebotsunterlagen war ferner ein Schreiben vom 5. Juni 1998 an die Studienbeihilfenbehörde angeschlossen, in dem zur Ausschreibung STUBIS 2000 erklärt worden war, daß die römisch 30 mit dem den Ausschreibungsbestimmungen beiliegenden Vertragsentwurf bis auf die nachfolgend ausgeführten Änderungsvorschläge grundsätzlich einverstanden sei. In diesen wurde unter anderem vorgeschlagen, die Vertragsstrafe nicht, wie im Vertragsentwurf vorgesehen, mit 5% der Honorarsumme, sondern lediglich mit 0,5% je angefangener Woche des Verzuges festzusetzen und mit maximal 5% zu begrenzen. Außerdem sollte der Haftungsrücklaß soferne wesentliche Mängel bis zum Ablauf der vertraglich festgelegten Gewährleistungsfrist nicht behoben sein sollten, nur dann zur Gänze verfallen, wenn die Mängel binnen einer angemessenen Behebungsfrist nicht behoben sein sollten. Überdies wurde vorgeschlagen, dem Auftragnehmer das Recht zur Mitnutzung und sonstigen beliebigen Verwendung nicht geschützter Ideen, Konzepte, Erfahrungen und Techniken, die bei der Ausarbeitung verwendet oder entwickelt werden sollten, vorzubehalten. Soweit für den Fall des Rücktritts vom Vertrag eine Verrechnung der bis dahin erbrachten Teilleistungen vorgesehen war, sollten die hiefür maßgebenden "Bestimmungen des Vertrages" noch einvernehmlich spezifiziert werden (vergleiche OZ 13, Angebot der römisch 30 Ges.m.b.H.).

Am 24. August 1998 ersuchte die Antragstellerin die Bundes-Vergabekontrollkommission um Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit über die Unzulässigkeit der Vergabe an die mitbeteiligte Partei, weil diese wegen der gänzlichen Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer auszuschneiden sei. Mit Fax vom 24. August 1998 verständigte die Bundes-Vergabekontrollkommission die vergebende Stelle von der Aufnahme ihrer Tätigkeit und wies in dieser Verständigung auf die dadurch gemäß § 109 Abs. 8 BVergG bewirkte Zuschlagssperre hin (vgl. Schreiben der BVKK vom 24. August 1998, S-49/98-3 mit beigegeschlossenem Faxprotokoll). Dieses Schlichtungsverfahren wurde mit einer Empfehlung durch die BVKK vom 3. September 1998 beendet. Am 21. September 1998 teilte die Auftraggeberin der XXX Ges.m.b.H. mittels Telefax mit, daß sie als Bestbieterin ermittelt und ihrem Angebot der Zuschlag erteilt worden sei (vgl. das Schreiben der Auftraggeberin vom 21. September 1998, Schlichtungsakt S- 62/98-3). Am 23. September 1998 richtete die Auftraggeberin mittels Fax ein weiteres Schreiben an die XXX Ges.m.b.H., in dem sie dieser wie folgt mitteilte: Am 24. August 1998 ersuchte die Antragstellerin die Bundes-Vergabekontrollkommission um Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit über die Unzulässigkeit der Vergabe an die mitbeteiligte Partei, weil diese wegen der gänzlichen Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer auszuschneiden sei. Mit Fax vom 24. August 1998 verständigte die Bundes-Vergabekontrollkommission die vergebende Stelle von der Aufnahme ihrer Tätigkeit und wies in dieser Verständigung auf die dadurch gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG bewirkte Zuschlagssperre hin (vergleiche Schreiben der BVKK vom 24. August 1998, S-49/98-3 mit beigegeschlossenem Faxprotokoll). Dieses Schlichtungsverfahren

wurde mit einer Empfehlung durch die BVKK vom 3. September 1998 beendet. Am 21. September 1998 teilte die Auftraggeberin der römisch 30 Ges.m.b.H. mittels Telefax mit, daß sie als Bestbieterin ermittelt und ihrem Angebot der Zuschlag erteilt worden sei vergleiche das Schreiben der Auftraggeberin vom 21. September 1998, Schlichtungsakt S-62/98-3). Am 23. September 1998 richtete die Auftraggeberin mittels Fax ein weiteres Schreiben an die römisch 30 Ges.m.b.H., in dem sie dieser wie folgt mitteilte:

"Ergänzend zu unserem Schreiben vom 21. September 1998 teilen wir Ihnen mit, daß sich die Zuschlagserteilung auf Ihr Angebot STUBIS 2000 vom 8. Juni 1998 mit einer Bruttoangebotssumme von ATS 22,632.000,- bezieht" (vgl. Schlichtungsakt S-62/98-3)."Ergänzend zu unserem Schreiben vom 21. September 1998 teilen wir Ihnen mit, daß sich die Zuschlagserteilung auf Ihr Angebot STUBIS 2000 vom 8. Juni 1998 mit einer Bruttoangebotssumme von ATS 22,632.000,- bezieht" vergleiche Schlichtungsakt S-62/98-3).

Mit Schreiben vom 29. September 1998 ersuchte die Antragstellerin die Bundes-Vergabekontrollkommission erneut um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens betreffend das Vergabeverfahren STUBIS 2000, wobei sich die Antragsbegründung im wesentlichen mit der Begründung des Ersuchens vom 24. August 1998 deckte (vgl. Schlichtungsakt S-62/98). Mit Telefax vom selben Tag verständigte die Bundes-Vergabekontrollkommission unter Hinweis auf die Rechtsfolgen gemäß § 109 Abs. 8 BVergG die Auftraggeberin von der Aufnahme ihrer Tätigkeit (vgl. Schlichtungsakt S- 62/98-2 mit dem dortigen Faxprotokoll). Mit Fax vom 9. Oktober 1998 teilte die Bundes-Vergabekontrollkommission der Antragstellerin mit, Mit Schreiben vom 29. September 1998 ersuchte die Antragstellerin die Bundes-Vergabekontrollkommission erneut um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens betreffend das Vergabeverfahren STUBIS 2000, wobei sich die Antragsbegründung im wesentlichen mit der Begründung des Ersuchens vom 24. August 1998 deckte vergleiche Schlichtungsakt S-62/98). Mit Telefax vom selben Tag verständigte die Bundes-Vergabekontrollkommission unter Hinweis auf die Rechtsfolgen gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG die Auftraggeberin von der Aufnahme ihrer Tätigkeit vergleiche Schlichtungsakt S- 62/98-2 mit dem dortigen Faxprotokoll). Mit Fax vom 9. Oktober 1998 teilte die Bundes-Vergabekontrollkommission der Antragstellerin mit,

die an sie nunmehr herangetragene Meinungsverschiedenheit sei bereits Gegenstand des Schlichtungsverfahrens S-49/98 gewesen, sodaß der Senat 5 daher von der Durchführung einer neuerlichen Schlichtung Abstand nehme (vgl. Schlichtungsakt S-62/98-9 mit dem dortigen Faxprotokoll). Am 19. Oktober 1998 wurde der Vertrag über die Erstellung des STUBIS 2000- Systems für die Auftraggeberin durch den zuständigen Bundesminister und für die XXX durch deren vertretungsbefugte Organe unterfertigt (vgl. OZ 13 Unterlagen des Vergabeverfahrens, endgültiger Vertragstext).die an sie nunmehr herangetragene Meinungsverschiedenheit sei bereits Gegenstand des Schlichtungsverfahrens S-49/98 gewesen, sodaß der Senat 5 daher von der Durchführung einer neuerlichen Schlichtung Abstand nehme vergleiche Schlichtungsakt S-62/98-9 mit dem dortigen Faxprotokoll). Am 19. Oktober 1998 wurde der Vertrag über die Erstellung des STUBIS 2000- Systems für die Auftraggeberin durch den zuständigen Bundesminister und für die römisch 30 durch deren vertretungsbefugte Organe unterfertigt vergleiche OZ 13 Unterlagen des Vergabeverfahrens, endgültiger Vertragstext).

Am 23. Oktober 1998 stellte die Antragstellerin die zu Spruch Pkt. II und III ersichtlichen Anträge und verband diese mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Durchführung des Leistungsvertrags ausgesetzt und dem Auftraggeber die neuerliche Zuschlagserteilung untersagt werde. Dieser Provisorialantrag wurde vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 27. Oktober 1998, Zl. N-33/98-5 mit der Begründung zurückgewiesen, daß das Vergabeverfahren durch Abschluß eines Vertrags beendet worden und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts nach Zuschlagserteilung darauf beschränkt sei, festzustellen, ob der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Mangels gesetzlicher Zuständigkeit sei dem Bundesvergabeamt der Eingriff in bestehende Verträge verwehrt und die beantragte Nichtigerklärung daher als bürgerliche Rechtssache im Sinne des § 1 JN anzusehen, weshalb die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben sei. Am 23. Oktober 1998 stellte die Antragstellerin die zu Spruch Pkt. römisch zwei und römisch drei ersichtlichen Anträge und verband diese mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Durchführung des Leistungsvertrags ausgesetzt und dem Auftraggeber die neuerliche Zuschlagserteilung untersagt werde. Dieser Provisorialantrag wurde vom Bundesvergabeamt mit Bescheid vom 27. Oktober 1998, Zl. N-33/98-5 mit der Begründung zurückgewiesen, daß das Vergabeverfahren durch Abschluß eines Vertrags beendet worden und die Zuständigkeit des Bundesvergabeamts nach Zuschlagserteilung darauf

beschränkt sei, festzustellen, ob der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Mangels gesetzlicher Zuständigkeit sei dem Bundesvergabebeamten der Eingriff in bestehende Verträge verwehrt und die beantragte Nichtigerklärung daher als bürgerliche Rechtssache im Sinne des Paragraph eins, JN anzusehen, weshalb die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben sei.

Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel und auf folgende Beweiswürdigung:

Gegen die Richtigkeit und Echtheit der Urkunden in den Vergabe- bzw. Schlichtungsakten hegt die Behörde weder von Amts wegen Bedenken, noch sind solche von den Parteien angemeldet worden. Die Behauptung der mitbeteiligten Partei XXX Ges.m.b.H., der zu den Ausschreibungsunterlagen gehörende Vertragstext sei lediglich als Entwurf gedacht und die Bieter seien ausdrücklich aufgefordert worden, hiezu Stellung zu nehmen abzugeben, ließ sich nicht bewahrheiten. Aus dem Vertragstext ergeben sich keinerlei Hinweise auf einen "Entwurfscharakter", vielmehr geht aus den Punkten 3.5 und 3.11 des Angebotsschreibens eindeutig hervor, dass der Vertragstext als verbindliche Grundlage konzipiert war. Eine "Aufforderung zur Stellungnahme zum Vertragsentwurf" konnte weder vom Senat nach eingehender Prüfung der Vergabeunterlagen aufgefunden werden, noch konnte der Vertreter der mitbeteiligten Partei eine solche Aufforderung nach Durchsicht der Vergabeunterlagen in der mündlichen Verhandlung vorlegen. Gegen die Richtigkeit und Echtheit der Urkunden in den Vergabe- bzw. Schlichtungsakten hegt die Behörde weder von Amts wegen Bedenken, noch sind solche von den Parteien angemeldet worden. Die Behauptung der mitbeteiligten Partei römisch 30 Ges.m.b.H., der zu den Ausschreibungsunterlagen gehörende Vertragstext sei lediglich als Entwurf gedacht und die Bieter seien ausdrücklich aufgefordert worden, hiezu Stellung zu nehmen abzugeben, ließ sich nicht bewahrheiten. Aus dem Vertragstext ergeben sich keinerlei Hinweise auf einen "Entwurfscharakter", vielmehr geht aus den Punkten 3.5 und 3.11 des Angebotsschreibens eindeutig hervor, dass der Vertragstext als verbindliche Grundlage konzipiert war. Eine "Aufforderung zur Stellungnahme zum Vertragsentwurf" konnte weder vom Senat nach eingehender Prüfung der Vergabeunterlagen aufgefunden werden, noch konnte der Vertreter der mitbeteiligten Partei eine solche Aufforderung nach Durchsicht der Vergabeunterlagen in der mündlichen Verhandlung vorlegen.

Das Bundesvergabeamt hat in rechtlicher Hinsicht wie folgt erwogen:

1. 1.Ziffer eins

Zuständigkeit des Bundesvergabeamts:

Beim Auftrag zur Erstellung der Software für das Studienbeihilfeninformationssystem STUBIS 2000 handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 3 Abs. 1 BVergG, der unter die Kategorie 7 "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten", Anhang III des Bundesvergabegesetzes, fällt. Auftraggeber ist nach dem Sachverhalt der Bund, der dabei durch den zuständigen Bundesminister vertreten wird, demnach ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 BVergG. Im Hinblick auf die Höhe der Angebotspreise ist es offenkundig, dass der geschätzte Auftragswert den gemäß § 7 Abs. 1 BVergG maßgeblichen Schwellenwert von mindestens 200.000 ECU (= ATS 2.703.676 Millionen ohne USt) bei weitem überschreitet. Die gegenständliche Auftragsvergabe fällt daher in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes; das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 113 BVergG zuständig. Beim Auftrag zur Erstellung der Software für das Studienbeihilfeninformationssystem STUBIS 2000 handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, BVergG, der unter die Kategorie 7 "Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten", Anhang römisch drei des Bundesvergabegesetzes, fällt. Auftraggeber ist nach dem Sachverhalt der Bund, der dabei durch den zuständigen Bundesminister vertreten wird, demnach ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG. Im Hinblick auf die Höhe der Angebotspreise ist es offenkundig, dass der geschätzte Auftragswert den gemäß Paragraph 7, Absatz eins, BVergG maßgeblichen Schwellenwert von mindestens 200.000 ECU (= ATS 2.703.676 Millionen ohne USt) bei weitem überschreitet. Die gegenständliche Auftragsvergabe fällt daher in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes; das Bundesvergabeamt ist daher zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 113, BVergG zuständig.

1. 2.Ziffer 2

Zu Spruch Pkt. I:

Gemäß § 15 BVergG ist der Zuschlag die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung § 13 AVG), sein Angebot

anzunehmen. Durch Erteilung des Zuschlags bringt der öffentliche Auftraggeber zum Ausdruck, dass er den Willen habe, das Angebot des von ihm ausgewählten Bieters anzunehmen. Es handelt sich dabei somit um eine Willenserklärung. Wie festgestellt, wurde eine solche Willenserklärung durch den Auftraggeber mittels Fax vom 21. September 1998 der XXX Ges.m.b.H. mitgeteilt. Die weitere Mitteilung des Auftraggebers vom 23. September 1998 war, wie sich schon aus ihrem Wortlaut ergibt, lediglich eine Wiederholung der schon erfolgten Bekanntgabe des Zuschlags an die mitbeteiligte Partei. Schon deshalb ist die Mitteilung vom 21. September 1998 als Zuschlag im Sinne des § 15 Z 15 BVergG anzusehen. Gemäß Paragraph 15, BVergG ist der Zuschlag die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung (Paragraph 13, AVG), sein Angebot anzunehmen. Durch Erteilung des Zuschlags bringt der öffentliche Auftraggeber zum Ausdruck, dass er den Willen habe, das Angebot des von ihm ausgewählten Bieters anzunehmen. Es handelt sich dabei somit um eine Willenserklärung. Wie festgestellt, wurde eine solche Willenserklärung durch den Auftraggeber mittels Fax vom 21. September 1998 der römisch 30 Ges.m.b.H. mitgeteilt. Die weitere Mitteilung des Auftraggebers vom 23. September 1998 war, wie sich schon aus ihrem Wortlaut ergibt, lediglich eine Wiederholung der schon erfolgten Bekanntgabe des Zuschlags an die mitbeteiligte Partei. Schon deshalb ist die Mitteilung vom 21. September 1998 als Zuschlag im Sinne des Paragraph 15, Ziffer 15, BVergG anzusehen.

Gemäß § 109 Abs. 8 BVergG darf die vergebende Stelle ab der Verständigung von der Aufnahme der Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen. Nach den Materialien zur Bundesvergabegesetz-Novelle 1996 (vgl. RV 323 BlgNR 20. GP Seite 100) handelt es sich bei dieser Nichtigkeit der innerhalb der Sperrfrist erfolgten Zuschlagserteilung um eine absolute, von Amts wegen zu berücksichtigende Nichtigkeit. Im vorliegenden Fall hat die Bundes-Vergabekontrollkommission die vergebende Stelle am 24. August 1998 von der Aufnahme ihrer Tätigkeit verständigt und dadurch eine vier Wochen, das ist bis zum 21. September 1998, dauernde Sperrfrist für die Zuschlagserteilung ausgelöst. Die Zuschlagserklärung vom 21. September 1998 erfolgte am letzten Tag, daher noch innerhalb dieser Sperrfrist, und ist daher als nichtig anzusehen. Selbst wenn man in dem am 19. Oktober 1998 erfolgten Vertragsschluß eine "neuerliche" Zuschlagserteilung erblicken wollte, könnte dies am Tatbestand der Nichtigkeit der Zuschlagserklärung in diesem Vergabeverfahren nichts ändern. Aufgrund des neuerlichen Schlichtungsantrags der Antragstellerin vom 2. September 1998 hat die Bundes-Vergabekontrollkommission die vergebende Stelle am 29. September 1998 von der Aufnahme ihrer Tätigkeit verständigt und dadurch abermals eine, nunmehr bis zum 27. Oktober 1998 dauernde Sperrfrist für die Zuschlagserteilung ausgelöst. Durch die am 9. Oktober 1998 erfolgte Mitteilung der Bundes-Vergabekontrollkommission, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt werde, wurde der Ablauf dieser Frist gemäß § 109 Abs. 8 letzter Halbsatz BVergG auf den 23. Oktober 1998 vorverlegt. Auch die "Zuschlagserteilung" vom 19. Oktober 1998 wäre daher noch innerhalb einer Sperrfrist für die Zuschlagserteilung erfolgt und wäre daher ebenfalls als nichtig anzusehen. Obgleich das Bundesvergabegesetz keine ausdrückliche gesetzliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamts zur Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung kennt, ist das Bundesvergabeamt dennoch zu einer solchen Feststellung berufen, weil nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes (VwSlg 17.333(A), VwSlg NF 1566(A), 1932(A), 2297(A), VfSlg 3925) und der übereinstimmenden Lehre (Hellbling, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen I (1954) 319; Mannlicher/Quell, Das Verwaltungsverfahren I 8. Aufl. (1975) 298; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht 2. Aufl. (1986) 505) jede Verwaltungsbehörde im Rahmen ihres sachlichen und örtlichen Zuständigkeitsbereichs zur amtswegigen Erlassung von Feststellungsbescheiden ermächtigt ist, wenn daran ein öffentliches Interesse besteht und die Verwaltungsvorschriften dies nicht ausdrücklich ausschließen. Die sachliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ergibt sich im vorliegenden Fall aus der gesetzlichen Zuweisung der nachprüfenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit der in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fallenden Vergabeverfahren gemäß § 113 BVergG. Das öffentliche Interesse an einer Feststellung der Nichtigkeit des Zuschlags ist im konkreten Fall dadurch begründet, dass nicht bloß der vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählte "Zuschlagsempfänger", sondern auch der öffentliche Auftraggeber selbst in offenbarer Unkenntnis der Rechtslage von einer rechtswirksamen Zuschlagserteilung ausgeht. Aus diesem Grund liegt es im öffentlichen Interesse einer gesetzeskonformen Privatwirtschaftsverwaltung im Bereich der Auftragsvergabe, spruchgemäß die Nichtigkeit des Zuschlags festzustellen; ein solcher Ausspruch wird auch nicht ausdrücklich durch die in Betracht kommende Verwaltungsvorschrift, das Bundesvergabegesetz, ausgeschlossen. Gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG darf die vergebende Stelle ab der Verständigung von der Aufnahme der Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen. Nach den Materialien zur Bundesvergabegesetz-Novelle 1996 vergleiche Regierungsvorlage 323 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode Seite 100)

handelt es sich bei dieser Nichtigkeit der innerhalb der Sperrfrist erfolgten Zuschlagserteilung um eine absolute, von Amts wegen zu berücksichtigende Nichtigkeit. Im vorliegenden Fall hat die Bundes-Vergabekontrollkommission die vergebende Stelle am 24. August 1998 von der Aufnahme ihrer Tätigkeit verständigt und dadurch eine vier Wochen, das ist bis zum 21. September 1998, dauernde Sperrfrist für die Zuschlagserteilung ausgelöst. Die Zuschlagserklärung vom 21. September 1998 erfolgte am letzten Tag, daher noch innerhalb dieser Sperrfrist, und ist daher als nichtig anzusehen. Selbst wenn man in dem am 19. Oktober 1998 erfolgten Vertragsschluß eine "neuerliche" Zuschlagserteilung erblicken wollte, könnte dies am Tatbestand der Nichtigkeit der Zuschlagserklärung in diesem Vergabeverfahren nichts ändern. Aufgrund des neuerlichen Schlichtungsantrags der Antragstellerin vom 2. September 1998 hat die Bundes-Vergabekontrollkommission die vergebende Stelle am 29. September 1998 von der Aufnahme ihrer Tätigkeit verständigt und dadurch abermals eine, nunmehr bis zum 27. Oktober 1998 dauernde Sperrfrist für die Zuschlagserteilung ausgelöst. Durch die am 9. Oktober 1998 erfolgte Mitteilung der Bundes-Vergabekontrollkommission, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt werde, wurde der Ablauf dieser Frist gemäß Paragraph 109, Absatz 8, letzter Halbsatz BVergG auf den 23. Oktober 1998 vorverlegt. Auch die "Zuschlagserteilung" vom 19. Oktober 1998 wäre daher noch innerhalb einer Sperrfrist für die Zuschlagserteilung erfolgt und wäre daher ebenfalls als nichtig anzusehen. Obgleich das Bundesvergabegesetz keine ausdrückliche gesetzliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamts zur Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung kennt, ist das Bundesvergabeamt dennoch zu einer solchen Feststellung berufen, weil nach der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes (VwSlg 17.333(A), VwSlg NF 1566(A), 1932(A), 2297(A), VfSlg 3925) und der übereinstimmenden Lehre (Hellbling, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen römisch eins (1954) 319; Mannlicher/Quell, Das Verwaltungsverfahren römisch eins 8. Aufl. (1975) 298; Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht 2. Aufl. (1986) 505) jede Verwaltungsbehörde im Rahmen ihres sachlichen und örtlichen Zuständigkeitsbereichs zur amtswegigen Erlassung von Feststellungsbescheiden ermächtigt ist, wenn daran ein öffentliches Interesse besteht und die Verwaltungsvorschriften dies nicht ausdrücklich ausschließen. Die sachliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ergibt sich im vorliegenden Fall aus der gesetzlichen Zuweisung der nachprüfenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit der in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes fallenden Vergabeverfahren gemäß Paragraph 113, BVergG. Das öffentliche Interesse an einer Feststellung der Nichtigkeit des Zuschlags ist im konkreten Fall dadurch begründet, dass nicht bloß der vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählte "Zuschlagsempfänger", sondern auch der öffentliche Auftraggeber selbst in offenkundiger Unkenntnis der Rechtslage von einer rechtswirksamen Zuschlagserteilung ausgeht. Aus diesem Grund liegt es im öffentlichen Interesse einer gesetzeskonformen Privatwirtschaftsverwaltung im Bereich der Auftragsvergabe, spruchgemäß die Nichtigkeit des Zuschlags festzustellen; ein solcher Ausspruch wird auch nicht ausdrücklich durch die in Betracht kommende Verwaltungsvorschrift, das Bundesvergabegesetz, ausgeschlossen.

Diesem Ausspruch steht auch nicht der Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27. Oktober 1998, N-33/98-5, entgegen, weil die dort ausgesprochene Zurückweisung wegen bereits erteilten Zuschlags eine im Provisorialverfahren ergangene Entscheidung ist. Aus Wesen und Zweck des Provisorialverfahrens folgt aber, dass einstweilige Verfügungen keine Bindungswirkung für die aufgrund eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens ergehende Hauptentscheidung entfalten können, zumal die Tatsachenannahmen im Sicherungsverfahren auf bloßer Glaubhaftmachung beruhen.

1. 3.Ziffer 3

Zu Spruch Pkt. II:

Gemäß § 115 Abs. 1 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluß eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrags behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags ist somit das Vorliegen einer anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers. Gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluß eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrags behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags ist somit das Vorliegen einer anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers.

Im vorliegenden Fall ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung jedoch wie oben ausgeführt bereits ex lege als nichtig anzusehen. Mangels Anfechtungsgegenstands war daher der Antrag auf Nichtigerklärung des Zuschlags spruchgemäß als unzulässig zurückzuweisen.

1. 4.Ziffer 4

Zu Spruch Pkt. III:

1. a)Litera a

Zum Vorliegen einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung:

Mit dem hier zu behandelnden Antrag macht die Einschreiterin die Rechtswidrigkeit der "Entscheidung", das Angebot der XXX Ges.m.b.H. nicht auszuscheiden, geltend. Die Auftraggeberin hat weder ausdrücklich eine solche Entscheidung getroffen, noch sich auch sonst mit der Frage auseinandergesetzt, ob die XXX Ges.m.b.H. auszuscheiden wäre. Mit dem hier zu behandelnden Antrag macht die Einschreiterin die Rechtswidrigkeit der "Entscheidung", das Angebot der römisch 30 Ges.m.b.H. nicht auszuscheiden, geltend. Die Auftraggeberin hat weder ausdrücklich eine solche Entscheidung getroffen, noch sich auch sonst mit der Frage auseinandergesetzt, ob die römisch 30 Ges.m.b.H. auszuscheiden wäre.

Tatsächlich erachtet sich die Antragstellerin durch die diesbezügliche Untätigkeit der Auftraggeberin als beschwert.

Aus den oben zu 3. dargelegten Erwägungen ist davon auszugehen, daß die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags vor Zuschlagserteilung das Vorliegen einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung zur Voraussetzung hat. Im Bundesvergabegesetz ist der Begriff der "Entscheidung" nicht ausdrücklich definiert. Aus § 117 Abs. 2 BVergG ergibt sich, daß jedenfalls für Unternehmer geltende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens als anfechtbare Auftraggeberentscheidung in Betracht kommen. Den Materialien zur Bundesvergabegesetz-Novelle 1996 (vgl. RV 323 BlgNR 20. GP Seite 88) zufolge sind die gesamte Ausschreibung, ferner der Vergabevorschlag und das Ausscheiden eines Angebots gemäß § 52 BVergG als anfechtbare Auftraggeberentscheidungen anzusehen. Aus diesen Beispielen ist unter Berücksichtigung der Qualifikation des Vergabeverfahrens als Summe der durch den öffentlichen Auftraggeber gesetzten, auf den Abschluß eines zivilrechtlichen Leistungsvertrages gerichteten Handlungen, und unter Bedachtnahme auf das sich aus Artikel 1 RL 89/665 ergebende Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes abzuleiten, daß jede sich auf das Vergabeverfahren beziehende und dem Auftraggeber zurechenbare Willenserklärung als anfechtbare Entscheidung im Sinne von § 115 Abs. 1 BVergG zu qualifizieren ist. Aus den oben zu 3. dargelegten Erwägungen ist davon auszugehen, daß die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags vor Zuschlagserteilung das Vorliegen einer anfechtbaren Auftraggeberentscheidung zur Voraussetzung hat. Im Bundesvergabegesetz ist der Begriff der "Entscheidung" nicht ausdrücklich definiert. Aus Paragraph 117, Absatz 2, BVergG ergibt sich, daß jedenfalls für Unternehmer geltende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens als anfechtbare Auftraggeberentscheidung in Betracht kommen. Den Materialien zur Bundesvergabegesetz-Novelle 1996 vergleiche Regierungsvorlage 323 BlgNR 20. Gesetzgebungsperiode Seite 88) zufolge sind die gesamte Ausschreibung, ferner der Vergabevorschlag und das Ausscheiden eines Angebots gemäß Paragraph 52, BVergG als anfechtbare Auftraggeberentscheidungen anzusehen. Aus diesen Beispielen ist unter Berücksichtigung der Qualifikation des Vergabeverfahrens als Summe der durch den öffentlichen Auftraggeber gesetzten, auf den Abschluß eines zivilrechtlichen Leistungsvertrages gerichteten Handlungen, und unter Bedachtnahme auf das sich aus Artikel 1 RL 89/665 ergebende Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes abzuleiten, daß jede sich auf das Vergabeverfahren beziehende und dem Auftraggeber zurechenbare Willenserklärung als anfechtbare Entscheidung im Sinne von Paragraph 115, Absatz eins, BVergG zu qualifizieren ist.

Gemäß § 863 Abs. 1 ABGB kann man seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, die mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übriglassen. Demgemäß kommen auch Unterlassungen des Auftraggebers als Willenserklärung, sohin als anfechtbare Entscheidung, in Betracht, wenn sich unter Beachtung aller Umstände des Vergabeverfahrens eindeutig ergibt, daß der Auftraggeber damit einen für das Vergabeverfahren relevanten Willen zum Ausdruck bringt. Bei der Auslegung der Gesamtumstände des Vergabeverfahrens ist hierbei entsprechend dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes im Zweifel von einer anfechtbaren Willenserklärung bzw. Auftraggeberentscheidung auszugehen. Unter Beachtung des Umstands, daß jeder nicht selbst auszuscheidende Bieter ein subjektives Recht auf die Ausscheidung jener Bieter hat, die einen Ausscheidungs- bzw.

Ausschließungstatbestand verwirklicht haben, ist in der unterlassenen Ausscheidung eines auszuschcheidenden Bieters daher im Zweifel eine anfechtbare Entscheidung zu sehen. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin durch die "Erteilung des Zuschlags" an die XXX Ges.m.b.H. und die darauffolgende Vertragsunterfertigung in unmißverständlicher Weise zum Ausdruck gebracht, daß sie nicht den Willen hatte bzw hat, diese Bieterin auszuschneiden. Die diesbezügliche Untätigkeit der Auftraggeberin ist daher angesichts der obigen Erwägungen als anfechtbare Entscheidung im Sinne von § 115 Abs. 1 BVergG anzusehen. Gemäß Paragraph 863, Absatz eins, ABGB kann man seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, die mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übriglassen. Demgemäß kommen auch Unterlassungen des Auftraggebers als Willenserklärung, sohin als anfechtbare Entscheidung, in Betracht, wenn sich unter Beachtung aller Umstände des Vergabeverfahrens eindeutig ergibt, daß der Auftraggeber damit einen für das Vergabeverfahren relevanten Willen zum Ausdruck bringt. Bei der Auslegung der Gesamtumstände des Vergabeverfahrens ist hiebei entsprechend dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes im Zweifel von einer anfechtbaren Willenserklärung bzw. Auftraggeberentscheidung auszugehen. Unter Beachtung des Umstands, daß jeder nicht selbst auszuschneidende Bieter ein subjektives Recht auf die Ausscheidung jener Bieter hat, die einen Ausscheidungs- bzw. Ausschließungstatbestand verwirklicht haben, ist in der unterlassenen Ausscheidung eines auszuschneidenden Bieters daher im Zweifel eine anfechtbare Entscheidung zu sehen. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin durch die "Erteilung des Zuschlags" an die römisch 30 Ges.m.b.H. und die darauffolgende Vertragsunterfertigung in unmißverständlicher Weise zum Ausdruck gebracht, daß sie nicht den Willen hatte bzw hat, diese Bieterin auszuschneiden. Die diesbezügliche Untätigkeit der Auftraggeberin ist daher angesichts der obigen Erwägungen als anfechtbare Entscheidung im Sinne von Paragraph 115, Absatz eins, BVergG anzusehen.

1. b) Litera b

Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Gemäß § 115 Abs. 1 BVergG kann Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Bundesvergabegesetz nur die Verletzung subjektiver Rechte von Bewerbern oder Bietern sein; Bieter oder Bewerber haben dann ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften, wenn diese dem Schutz ihrer Interessen vor dem Eintritt eines Schadens dienen (vgl Thienel, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBI 1993, 373; BVA vom 27. März 1995, F-5/95-3; BVA vom 23. April 1998, F-26/97-22 = CONNEX 1998 Heft 6, Seite 46; BVA vom 8. Juni 1998, N-17/98-6 = CONNEX 1998 Heft 9, Seite 56). Folglich ist ein Unternehmer nur insoweit antragslegitimiert, als seine Möglichkeiten, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten beeinträchtigt werden konnten (vgl. BVA vom 18. Juni 1998, F-3/98-12 = CONNEX 1998 Heft 9, Seite 52). Demnach könnte die Antragslegitimation der Antragstellerin zweifelhaft sein, weil sie ihrem Angebot ein mit "Vorbehalt" betitelltes Schreiben, in dem bei wesentlichen Bestimmungen der Ausschreibung (Abgehen vom Pflichtenheft, Möglichkeit von nachträglichen Angebotsänderungen) Abänderungsvorschläge gemacht wurden, beigelegt hat, sodaß sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot abgegeben hat und daher richtigerweise gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Die Auftraggeberin hat es jedoch unterlassen, diesen Umstand zu relevieren, und hat vom Ausscheiden der Antragstellerin abgesehen. Daher war die Antragstellerin weiterhin zur Teilnahme am Vergabeverfahren berechtigt und konnte sie daher durch das Nichtausscheiden der XXX Ges.m.b.H. Schaden erleiden, weshalb ihre Antragslegitimation im Ergebnis zu bejahen ist und der auch sonst zulässige Antrag daher auf seine Begründetheit zu prüfen ist. Gemäß Paragraph 115, Absatz eins, BVergG kann Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Bundesvergabegesetz nur die Verletzung subjektiver Rechte von Bewerbern oder Bietern sein; Bieter oder Bewerber haben dann ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften, wenn diese dem Schutz ihrer Interessen vor dem Eintritt eines Schadens dienen vergleiche Thienel, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBI 1993, 373; BVA vom 27. März 1995, F-5/95-3; BVA vom 23. April 1998, F-26/97-22 = CONNEX 1998 Heft 6, Seite 46; BVA vom 8. Juni 1998, N-17/98-6 = CONNEX 1998 Heft 9, Seite 56). Folglich ist ein Unternehmer nur insoweit antragslegitimiert, als seine Möglichkeiten, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten beeinträchtigt werden konnten vergleiche BVA vom 18. Juni 1998, F-3/98-12 = CONNEX 1998 Heft 9, Seite 52). Demnach könnte die Antragslegitimation der Antragstellerin zweifelhaft sein, weil sie ihrem Angebot ein mit "Vorbehalt" betitelltes Schreiben, in dem bei wesentlichen Bestimmungen der Ausschreibung (Abgehen vom Pflichtenheft, Möglichkeit von nachträglichen Angebotsänderungen) Abänderungsvorschläge gemacht wurden, beigelegt hat, sodaß sie ein den Ausschreibungsbestimmungen

widersprechendes Angebot abgegeben hat und daher richtigerweise gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG auszuschneiden gewesen wäre. Die Auftraggeberin hat es jedoch unterlassen, diesen Umstand zu relevieren, und hat vom Ausscheiden der Antragstellerin abgesehen. Daher war die Antragstellerin weiterhin zur Teilnahme am Vergabeverfahren berechtigt und konnte sie daher durch das Nichtausscheiden der römisch 30 Ges.m.b.H. Schaden erleiden, weshalb ihre Antragslegitimation im Ergebnis zu bejahen ist und der auch sonst zulässige Antrag daher auf seine Begründetheit zu prüfen ist.

1. c)Litera c

Zur Begründetheit des Antrags:

Es erübrigt sich im vorliegenden Fall, auf die von der Antragstellerin relevierte Unzulässigkeit der jedenfalls als Subunternehmerleistung anzusehenden Ausführung eines beträchtlichen Teiles der vergabebezogenen Leistungen durch die Konzernmutter der XXX Ges.m.b.H. näher einzugehen, weil diese Bieterin bereits aus einem anderen Grunde auszuschneiden gewesen wäre und das Bundesvergabeamt nach dem Grundsatz der Amtswegigkeit nicht an die rechtliche Beurteilung durch einen Antragsteller gebunden ist (vgl. BVA vom 3. Juli 1998, F-5/98-17). Gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG sind vor der Wahl des Angebots für den Zuschlag aufgrund der Ergebnisse der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote unverzüglich auszuschneiden. Die XXX Ges.m.b.H. hat ihrem Angebot ein als "Vorbehalt" bezeichnetes Schreiben beigelegt, in dem sie für einige rechtliche Vertragsbestimmungen, die der Ausschreibung zugrundelagen (Höhe der Vertragsstrafen, Verfall des Haftrücklasses, urheberrechtliche Fragen), Abänderungsvorschläge erstattete. Da die Ausschreibungsbestimmungen die Vertragsbestimmungen in mehrfacher Weise als verbindliche Grundlage festlegten, hat sie insoweit ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt, zumal sie mit dem "Vorbehalt" deutlich zum Ausdruck brachte, daß sie sich - mit dem Angebot noch - nicht als gebunden erachtete. Nach den Sachverhaltsfeststellungen war der der Ausschreibung zugrundeliegende Vertragstext keinesfalls ein bloß unverbindlicher Entwurf, sodaß das diesbezügliche Vorbringen der XXX Ges.m.b.H. fehlerhaft ist. Die in der Weiterbelassung dieser Gesellschaft im Vergabeverfahren zu erblickende Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot dieses Bieters nicht auszuschneiden, steht daher im Widerspruch zu § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG und war auch insofern für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß, als bei rechtmäßigem Vorgehen die XXX Ges.m.b.H. keinesfalls für die Zuschlagserteilung hätte in Betracht gezogen werden dürfen. Es erübrigt sich im vorliegenden Fall, auf die von der Antragstellerin relevierte Unzulässigkeit der jedenfalls als Subunternehmerleistung anzusehenden Ausführung eines beträchtlichen Teiles der vergabebezogenen Leistungen durch die Konzernmutter der römisch 30 Ges.m.b.H. näher einzugehen, weil diese Bieterin bereits aus einem anderen Grunde auszuschneiden gewesen wäre und das Bundesvergabeamt nach dem Grundsatz der Amtswegigkeit nicht an die rechtliche Beurteilung durch einen Antragsteller gebunden ist (vergleiche BVA vom 3. Juli 1998, F-5/98-17). Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG sind vor der Wahl des Angebots für den Zuschlag aufgrund der Ergebnisse der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote unverzüglich auszuschneiden. Die römisch 30 Ges.m.b.H. hat ihrem Angebot ein als "Vorbehalt" bezeichnetes Schreiben beigelegt, in dem sie für einige rechtliche Vertragsbestimmungen, die der Ausschreibung zugrundelagen (Höhe der Vertragsstrafen, Verfall des Haftrücklasses, urheberrechtliche Fragen), Abänderungsvorschläge erstattete. Da die Ausschreibungsbestimmungen die Vertragsbestimmungen in mehrfacher Weise als verbindliche Grundlage festlegten, hat sie insoweit ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt, zumal sie mit dem "Vorbehalt" deutlich zum Ausdruck brachte, daß sie sich - mit dem Angebot noch - nicht als gebunden erachtete. Nach den Sachverhaltsfeststellungen war der der Ausschreibung zugrundeliegende Vertragstext keinesfalls ein bloß unverbindlicher Entwurf, sodaß das diesbezügliche Vorbringen der römisch 30 Ges.m.b.H. fehlerhaft ist. Die in der Weiterbelassung dieser Gesellschaft im Vergabeverfahren zu erblickende Entscheidung der Auftraggeberin, das Angebot dieses Bieters nicht auszuschneiden, steht daher im Widerspruch zu Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG und war auch insofern für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluß, als bei rechtmäßigem Vorgehen die römisch 30 Ges.m.b.H. keinesfalls für die Zuschlagserteilung hätte in Betracht gezogen werden dürfen.

Die angefochtene Entscheidung ist daher spruchgemäß für nichtig zu erklären.

Veröffentlichungen

wbl 1999/199

Schlagworte

Geltungsbereich, sachlicher, Dienstleistungsaufträge, Individualsoftware; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit zur Erlassung von Feststellungsbescheiden über die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung; Nachprüfungsverfahren, Nichtigkeitsklärung, Entscheidung des Auftraggebers, unterlassenes Ausscheiden eines Bieters; Nachprüfungsverfahren, Antragslegitimation, Beeinträchtigung subjektiver Bieterinteressen, keine, auszuschließendes aber tatsächlich nicht ausgeschiedenes Angebot; Bundesvergabeamt, Verfahren, Amtswegigkeit; Ausscheiden von Angeboten, den Ausschreibungsbedingungen widersprechende, Vorbehalte zur Ausschreibung; Schlichtungsverfahren, Zuschlag während der Sperrfrist, Nichtigkeit;

Dokumentnummer

VERGT_19981130_N_33_98_17_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