

TE Verg Bescheid 2003/2/7 11N-72/02-84

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.02.2003

Norm

ASVG §434 Abs1

ASVG §456a

B-VG Art89

BVergG 2002 §135

BVergG 1997 §53a

BVergG 1997 §115 Abs1

ABGB §867

Signaturgesetz §4 Abs1

BVergG 2002 §100

BVergG 2002 §22 Abs2

BVergG 1997 §109 Abs8

1. ASVG § 434 heute
2. ASVG § 434 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
3. ASVG § 434 gültig von 01.08.2009 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 83/2009
4. ASVG § 434 gültig von 01.01.1994 bis 31.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 20/1994
1. ASVG § 456a heute
2. ASVG § 456a gültig ab 03.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2020
3. ASVG § 456a gültig von 01.01.2019 bis 02.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
4. ASVG § 456a gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 171/2004
5. ASVG § 456a gültig von 01.05.2003 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2003
6. ASVG § 456a gültig von 01.01.2002 bis 30.04.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
7. ASVG § 456a gültig von 01.09.2001 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2001
8. ASVG § 456a gültig von 01.08.1996 bis 31.08.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 411/1996
1. B-VG Art. 89 heute
2. B-VG Art. 89 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 89 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 89 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 89 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
6. B-VG Art. 89 gültig von 07.04.1964 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 59/1964
7. B-VG Art. 89 gültig von 19.12.1945 bis 06.04.1964 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
8. B-VG Art. 89 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. ABGB § 867 heute
2. ABGB § 867 gültig ab 01.01.1812
1. SigG § 4 gültig von 01.01.2008 bis 30.06.2016 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 50/2016
2. SigG § 4 gültig von 01.01.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2005
3. SigG § 4 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 152/2001
4. SigG § 4 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2001

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat am 7. Februar 2003 durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 11, Mag. Reinhard Grasböck, sowie den weiteren Mitgliedern des Bundesvergabeamtes Dr. Friedrich Resel und Dr. Annemarie Mille, diese Mitglieder gleichfalls als erstgereichte Ersatzmitglieder der erstgereichten Beisitzer auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite, entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag der A*** AG, die Entscheidung der B*** GKK, in dem in den Emails vom 24. April 2002 und 6. November 2002 näher bezeichneten Verhandlungsverfahren "WAN für die B*** GKK" der C*** AG den Zuschlag erteilen zu wollen, nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 115 Abs. 1 iVm § 113 Bundesvergabegesetz 1997 BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. I Nr. 36/2001; 5. Teil 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 BGBl. I Nr. 99/2002 Rechtsgrundlage: Paragraph 115, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 113, Bundesvergabegesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 36 aus 2001,; 5. Teil 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,

1. 2.Ziffer 2

Der Antrag der A*** AG auf Nichtigerklärung der Entscheidung der B*** Gebietskrankenkasse, das in den E-Mails vom 24. April 2002 und 6. November 2002 näher bezeichnete Verhandlungsverfahren "WAN für die B*** GKK" nicht zu widerrufen, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 115 Abs. 1 iVm § 113 Bundesvergabegesetz 1997 BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. I Nr. 36/2001; 5. Teil 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 BGBl. I Nr. 99/2002 Rechtsgrundlage: Paragraph 115, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 113, Bundesvergabegesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 36 aus 2001,; 5. Teil 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag der A*** AG auf Nichtigerklärung des gesamten in den Emails vom 24. April und 6. November 2002 näher bezeichnete Verhandlungsverfahrens "WAN für die B*** GKK" der B**** Gebietskrankenkasse wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 115 Abs. 1 iVm § 113 Bundesvergabegesetz 1997 BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. I Nr. 36/2001; 5. Teil 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 BGBl. I Nr. 99/2002 Rechtsgrundlage: Paragraph 115, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 113, Bundesvergabegesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 36 aus 2001,; 5. Teil 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002,

1. 1.Ziffer eins

Es wird festgestellt, dass die mit Telefax der B*** Gebietskrankenkasse an die C*** AG erfolgte Zuschlagserteilung vom 16.12.2002, 22.39 Uhr nichtig ist. Das darüber hinausgehende Begehren der A*** AG, festzustellen, dass die mit Schreiben der B*** Gebietskrankenkasse an die C*** AG erfolgte Zuschlagserteilung vom 16.12.2002 nichtig ist und mit diesem Schreiben kein zivilrechtlich wirksamer Vertrag zwischen der B*** Gebietskrankenkasse und der C*** AG über die Anmietung von Standleitungen für den Daten- und Sprachverkehr sowie eines Backup-Netzes WAN der B*** Gebietskrankenkasse zustande gekommen ist, wird

zurückgewiesen.

Rechtsgrundlage: 5. Teil, 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002BGBl. I Nr. 99/2002; §§ 53a Abs.1 und 2; 109 Abs. 8 Bundesvergabegesetz 1997 BGBl. I Nr. 56/1997 idF BGBl. I Nr. 36/2001
Rechtsgrundlage: 5. Teil, 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002;; Paragraphen 53 a, Absatz eins und 2; 109 Absatz 8, Bundesvergabegesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 36 aus 2001,

1. 1.Ziffer eins

Das Begehren der B*** Gebietskrankenkasse, gestellt durch Vortrag der die Vertretung derselben in der Verhandlung am 8.1.2003 wahrnehmenden Rechtsanwältin, dass über die grundsätzliche Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes für Nachprüfungsanträge nach dem 31.8.2002 für Beschaffungsvorgänge die vor dem 1.9.2002 eingeleitet wurden, abgesprochen wird, wird zurückgewiesen.

Rechtsgrundlagen: 5. Teil, 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002BGBl. I Nr. 99/2002; AVG 1991; §§ 189 Abs. 1, 236 Abs. 1, 393 Abs. 1 ZPO e contrario.
Rechtsgrundlagen: 5. Teil, 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002;; AVG 1991; Paragraphen 189, Absatz eins, 236, Absatz eins, 393, Absatz eins, ZPO e contrario.

Begründung:

A. Parteienvorbringen und für den Bescheid relevanter Verfahrensgang, sonstiger entscheidungswesentlicher Sachverhalt:

Am 12.12.2002 16:44 Uhr, sohin eingelangt gemäß § 13 Abs. 5

AVG am 13.12.2002 stellte die A*** AG(=Antragstellerin),

vertreten durch X*** einen Nachprüfungsantrag, gerichtet auf

Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung, eines

Verhandlungsverfahrens an sich, und einer

Entscheidung, ein näher bezeichnetes Verhandlungsverfahren nicht zu widerrufen.

Mit dieser Eingabe wurde auch beantragt, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, mit welcher die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt werden sollte, und die Erteilung des Zuschlags untersagt werden sollte.

Mit diesem per Telefax eingebrachten Nachprüfungsantrag wurden in einer Liste, die eine Schadenskonkretisierung darstellt, ein E-Mail-Ausdruck betreffend ein E-Mail vom 19. April 2002 sowie eine Realisierungsreihenfolge für die Dienststellen der B*** GKK(=Antragsgegnerin), ein weiteres einseitiges Dokument über Angaben zu Datenleitungen und eine Kopie eines Einzahlungsnachweises über EURO 52,00 an Stempelgebühr vorgelegt. Im Nachprüfungsantrag wurde auch ein E-Mail vom 24. April 2002 genannt, welches behördlicherseits im Laufe des Verfahrens aus dem Akt F-6/02 samt vorgelegten Urkunden beigebracht wurde, und in welchem dokumentiert ist, dass Hr. G***, ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin, an Hrn. L***, einen Mitarbeiter der Antragstellerin am 24.4.2002 mitteilte, dass die Ausschreibung gemäß § 55 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 1997 widerrufen worden wäre, und womit die Antragstellerin eingeladen wurde, ein Angebot im nachfolgenden Verhandlungsverfahren zu legen. "Alle weiteren Verhandlungstermine würden vereinbart werden." Mit diesem per Telefax eingebrachten Nachprüfungsantrag wurden in einer Liste, die eine Schadenskonkretisierung darstellt, ein E-Mail-Ausdruck betreffend ein E-Mail vom 19. April 2002 sowie eine Realisierungsreihenfolge für die Dienststellen der B*** GKK(=Antragsgegnerin), ein weiteres einseitiges Dokument über Angaben zu Datenleitungen und eine Kopie eines Einzahlungsnachweises über EURO 52,00 an Stempelgebühr vorgelegt. Im Nachprüfungsantrag wurde auch ein E-Mail vom 24. April 2002 genannt, welches behördlicherseits im Laufe des Verfahrens aus dem Akt F-6/02 samt vorgelegten Urkunden beigebracht wurde, und in welchem dokumentiert ist, dass Hr. G***, ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin, an Hrn. L***, einen Mitarbeiter der Antragstellerin am 24.4.2002 mitteilte, dass die Ausschreibung gemäß Paragraph 55, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 1997 widerrufen worden wäre, und womit die Antragstellerin eingeladen wurde, ein Angebot im nachfolgenden Verhandlungsverfahren zu legen. "Alle weiteren Verhandlungstermine würden vereinbart werden."

Das zweite am Verhandlungsverfahren teilnehmende Unternehmen wurde von der Antragsgegnerin bereits am 10.4.2002 betreffend das Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung kontaktiert.

Weil am 13.12.2002 die eigentliche Vorsitzende des Senates 11 des Bundesvergabeamtes in der Organisationsform gemäß Bundesvergabegesetz 2002 verletzungsbedingt (in weiterer Folge bis nach dem Jahreswechsel) abwesend war, verfasste der erste Vertreter der Vorsitzenden des Senates 11 am 13.12.2002 eine Aufforderung an die Antragsgegnerin, die Unterlagen des Beschaffungsverfahrens vorzulegen, zu dem Antrag auf einstweilige Verfügung und zum sonstigen Antrag Stellung zu nehmen und gewisse konkret gestellte Fragen (siehe OZ 2) zu beantworten.

Insbesondere wurde verlangt, bekannt zu geben, ob die im Schlichtungsverfahren S-99/02 tätig gewordene Anwaltsgesellschaft die Antragsgegnerin auch im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt vertritt, wer die Antragsgegnerin in diesem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt nach außen, und bei Beauftragung eines rechtsgeschäftlichen Vertreters vertreten würde. Dabei wurde auch verlangt, entsprechende Dokumente vorzulegen, aus denen die jeweilige Vertretungsbefugnis erschießbar wäre. Dies alles erfolgte mitunter vor dem rechtlichen Hintergrund des VwGH-Beschlusses 1778/67 vom 27.6.1968 einerseits und dem Umstand andererseits, dass die Begriffe des Anhanges IV zum Bundesvergabegesetz 1997 gemeinschaftsrechtlich geprägt sind, der EUGH für die Begriffe dieses Anhanges eine Interpretation nach der Begrifflichkeit der Central Product Classification(CPC) judiziert, "Rechtsberatung" nach CPC Version 1.1 auch Verfahrensvertretung umfasst und § 17 Abs. 4 Bundesvergabegesetz 2002 im November und Dezember 2002 jedenfalls schon volle Rechtswirkung entfaltete. Insbesondere wurde verlangt, bekannt zu geben, ob die im Schlichtungsverfahren S-99/02 tätig gewordene Anwaltsgesellschaft die Antragsgegnerin auch im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt vertritt, wer die Antragsgegnerin in diesem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt nach außen, und bei Beauftragung eines rechtsgeschäftlichen Vertreters vertreten würde. Dabei wurde auch verlangt, entsprechende Dokumente vorzulegen, aus denen die jeweilige Vertretungsbefugnis erschießbar wäre. Dies alles erfolgte mitunter vor dem rechtlichen Hintergrund des VwGH-Beschlusses 1778/67 vom 27.6.1968 einerseits und dem Umstand andererseits, dass die Begriffe des Anhanges römisch vier zum Bundesvergabegesetz 1997 gemeinschaftsrechtlich geprägt sind, der EUGH für die Begriffe dieses Anhanges eine Interpretation nach der Begrifflichkeit der Central Product Classification(CPC) judiziert, "Rechtsberatung" nach CPC Version 1.1 auch Verfahrensvertretung umfasst und Paragraph 17, Absatz 4, Bundesvergabegesetz 2002 im November und Dezember 2002 jedenfalls schon volle Rechtswirkung entfaltete.

Es wurde auch verlangt, bekannt zu geben, auf Basis welcher Überlegungen in Anbetracht des Anhanges I zum Bundesvergabegesetz 2002, welcher gegenständlich mit dem Anhang I zum Bundesvergabegesetz 1997 korrespondiert, trotz der Textierung in diesem Anhang "Installation von ... Telefonen usw." gegenständlich von einem Lieferauftrag ausgegangen würde. Es wurde auch verlangt, bekannt zu geben, auf Basis welcher Überlegungen in Anbetracht des Anhanges römisch eins zum Bundesvergabegesetz 2002, welcher gegenständlich mit dem Anhang römisch eins zum Bundesvergabegesetz 1997 korrespondiert, trotz der Textierung in diesem Anhang "Installation von ... Telefonen usw." gegenständlich von einem Lieferauftrag ausgegangen würde.

Es wurde die Beschreibung des Leistungsgegenstandes für einen technischen Laien verlangt, dies vor dem Hintergrund der Notwendigkeit der Zuordnung des Beschaffungsvorganges zu einem konkreten Auftragsstypus samt entsprechender Begründungspflicht einerseits, und der in der Literatur (Heid u.a., Handbuch des Vergaberechts, 36) und Judikatur (EuGH 19.4.1994, C-331/92) dem gegenständlichen Fall anhand des Antragsvorbringens ähnlichen, dort diskutierten Fragestellungen andererseits (siehe zB das Vorbringen der Antragstellerin zu einem Netzaufbau beim Vorbringen zum drohenden Schaden beim EV-Antrag in OZ 1(Nachprüfungs-und EV-Antrag).

Unter Bedachtnahme auf das Antragsvorbringen und den beigeschafften Schlichtungsakt wurde bereits am 13.12.2002 konkret gefragt, ob das E-Mail vom 6.11.2002, 9:20 Uhr, welches auch im Nachprüfungsantrag textmäßig wiedergegeben wurde, die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zumindest nach Antragsgegnerinnenauffassung darstellt, und inwiefern Frau H*** beim Absenden dieses Mails für die Antragsgegnerin vertretungsbefugt bzw. dazu beauftragt war. Zum Zeitpunkt 13.12.2002 war für die Behörde nicht erkennbar, ob dieses email mit sicherer elektronischer Signatur an die Antragstellerin gesandt worden war.

Konkret wurde zusätzlich angefragt, welche Schritte gegenüber der Antragstellerin einerseits und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin andererseits im abgeführten Verhandlungsverfahren gesetzt wurden.

Diese Aufforderung OZ 2 wurde mit der Freistellung einer ergänzenden Äußerung im Sinne der Wahrheitsfindung auch an die Vertreter der Antragstellerin am 13.12. mit OZ 3 und 4 ausgefaxt.

Für die Eingaben der Parteien des EV-Verfahrens zu der Aufforderung OZ 2 wurde eine Frist bis 16.12.2002 12.00 Uhr, bzw. betreffend die Vorlage der Unterlagen des Beschaffungsverfahrens bis 16.12.2002 13.30 Uhr gesetzt.

Am 13.12.2002 am Vormittag wurde bei der Antragsgegnerin angerufen, um in Anbetracht der kurzen behördlichen Entscheidungsfrist einerseits und der Reaktionsnotwendigkeit der Antragsgegnerin andererseits den Zugang der behördlichen Aufforderung zu überprüfen. Am 13.12.2002 wurde mit der im Schlichtungsakt ersichtlichen Anwaltskanzlei Y*** telefoniert. Diese Kanzlei berief sich auf die Bevollmächtigung für das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt und wurde darauf verwiesen, dass eine Aufforderung am 13.12.2002 bereits an die Antragsgegnerin abgeschickt worden war, und eine weitere Aufforderung direkt an die Kanzlei nicht erfolgen würde.

Am 13.12.2002 am Nachmittag wurde dann zwischen der Behörde einerseits und einem Rechtsanwaltsanwärtler der als Vertreterin der Antragsgegnerin auftretenden Anwaltskanzlei andererseits telefonisch die Frist für die Stellungnahme im Nachprüfungsantrag bis 23.12.02 erstreckt. Im Übrigen waren wie bisher die konkret gestellten Fragen (lt. OZ 2) bis zum 16.12.2002 zu beantworten, zum Antrag auf EV Stellung zu nehmen und die Unterlagen vorzulegen.

Am 16.12.2002 um ca. 14.00 Uhr wurde, nach Einlangen der Stellungnahme der Antragsgegnerin samt Unterlagen des Beschaffungsvorganges, soweit eben vorgelegt, im Sinne der Wahrheitsfindung bei einer Partneranwältin der als Vertreterin der Antragsgegnerin auftretenden Anwaltskanzlei zum Verständnis der verfassten Eingabe im Sinne der Wahrheitsfindung nachgefragt, und wurde dort bestätigt, dass das Vorbringen so zu verstehen wäre, dass erst ab einer einstweiligen Verfügung mit Untersagung der Zuschlagserteilung ab 1.1.2003 eine fünfmonatige Vorlaufzeit gefährdet würde.

Mit der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, OZ 5, führte die Antragsgegnerinnenvertreterin vorerst aus, dass sie gemäß § 10 Abs. 1 AVG vertreten würde. Urkunden über Rechtsgeschäfte hinsichtlich Tätigwerden und Bevollmächtigung dieser Anwaltskanzlei wurden trotz Aufforderung vom 13.12.2002, Punkt 2. nicht vorgelegt. Insbesondere wurden weder ein Beschluss des Vorstandes der Antragsgegnerin noch ein Beschluss eines Ausschusses der Generalversammlung noch eine einstweilige Obmannverfügung noch eine Vollmachtsurkunde noch Unterlagen der Antragsgegnerin zur Beschaffung der Vertretungsleistungen in diesem Verfahren vorgelegt. Mit der Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, OZ 5, führte die Antragsgegnerinnenvertreterin vorerst aus, dass sie gemäß Paragraph 10, Absatz eins, AVG vertreten würde. Urkunden über Rechtsgeschäfte hinsichtlich Tätigwerden und Bevollmächtigung dieser Anwaltskanzlei wurden trotz Aufforderung vom 13.12.2002, Punkt 2. nicht vorgelegt. Insbesondere wurden weder ein Beschluss des Vorstandes der Antragsgegnerin noch ein Beschluss eines Ausschusses der Generalversammlung noch eine einstweilige Obmannverfügung noch eine Vollmachtsurkunde noch Unterlagen der Antragsgegnerin zur Beschaffung der Vertretungsleistungen in diesem Verfahren vorgelegt.

Nach dem weiteren Vorbringen in der OZ 5 hätte der Vorstand der Antragsgegnerin für dieses Vergabeverfahren eine Zuständigkeit der Beschlussfassung gehabt. In einer Sitzung eines Verwaltungsausschusses (offenbar eines Ausschusses der Generalversammlung der Antragsgegnerin) wäre dann das Büro der Antragsgegnerin ermächtigt worden, das Vergabeverfahren für den gegenständlichen Beschaffungsvorgang durchzuführen. In der 37. Sitzung des Vorstandes der Antragsgegnerin am 20. März 2002 wurde ein Beschluss gefasst, ein durchgeführtes offenes Verfahren für den gegenständlichen Beschaffungsvorgang betreffend die Anmietung von Standleitungen für den Daten- und Sprachverkehr sowie eines Backup-Netzes zu widerrufen, ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, und den Zuschlag dem Bestbieter zu erteilen. Nach dem weiteren Vorbringen der Antragsgegnerin wurde schlussendlich die Zeugin H*** als Angestellte der Antragsgegnerin beauftragt, eine Zuschlagsentscheidung am 6.11.2002 bekannt zu geben. Die Antragsgegnerin berief sich in ihrer Argumentation mehrfach auf einen Anhang zur Geschäftsordnung des Vorstandes gemäß § 456a ASVG. Nach dem weiteren Vorbringen in der OZ 5 hätte der Vorstand der Antragsgegnerin für dieses Vergabeverfahren eine Zuständigkeit der Beschlussfassung gehabt. In einer Sitzung eines Verwaltungsausschusses (offenbar eines Ausschusses der Generalversammlung der Antragsgegnerin) wäre dann das Büro der Antragsgegnerin ermächtigt worden, das Vergabeverfahren für den gegenständlichen Beschaffungsvorgang durchzuführen. In der 37. Sitzung des Vorstandes der Antragsgegnerin am 20. März 2002 wurde ein Beschluss gefasst, ein durchgeführtes offenes Verfahren für den gegenständlichen Beschaffungsvorgang betreffend die Anmietung von Standleitungen für den Daten- und Sprachverkehr sowie eines Backup-Netzes zu widerrufen, ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, und den Zuschlag dem Bestbieter zu erteilen. Nach dem weiteren Vorbringen der Antragsgegnerin wurde schlussendlich die Zeugin H*** als Angestellte der Antragsgegnerin beauftragt, eine Zuschlagsentscheidung am 6.11.2002 bekannt zu geben. Die Antragsgegnerin berief sich in ihrer Argumentation

mehrfach auf einen Anhang zur Geschäftsordnung des Vorstandes gemäß Paragraph 456 a, ASVG.

In Punkt II der OZ 5, Seite 13 dieses Schriftsatzes wurde vorgebracht, dass der gegenständliche Auftrag unzweifelhaft als Lieferauftrag zu qualifizieren wäre. Im Schriftsatz wurden weiters namens der Antragsgegnerin der Verlauf des offenen Verfahrens und der Verlauf des Verhandlungsverfahrens dargestellt. Auf den Seiten 14 bis 16 in OZ 5 wurden Gründe dargelegt, warum das Bundesvergabeamt in der Organisationsform gemäß Bundesvergabegesetz 2002 für die meritorische Bearbeitung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages unzuständig wäre. In Punkt römisch zwei der OZ 5, Seite 13 dieses Schriftsatzes wurde vorgebracht, dass der gegenständliche Auftrag unzweifelhaft als Lieferauftrag zu qualifizieren wäre. Im Schriftsatz wurden weiters namens der Antragsgegnerin der Verlauf des offenen Verfahrens und der Verlauf des Verhandlungsverfahrens dargestellt. Auf den Seiten 14 bis 16 in OZ 5 wurden Gründe dargelegt, warum das Bundesvergabeamt in der Organisationsform gemäß Bundesvergabegesetz 2002 für die meritorische Bearbeitung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages unzuständig wäre.

Den geschätzten Auftragswert bezifferte die Antragsgegnerin auf Seite fünf der OZ 5 mit EURO 1.017.419,68. Auf den Seiten 15 bis 26 wurden dann Gründe dargelegt, warum eine einstweilige Verfügung, wie beantragt, nicht erlassen werden dürfte. Auf den Seiten 26 und 27 wurde der Antrag gestellt, den Antrag auf einstweilige Verfügung zurückzuweisen, eventualiter abzuweisen.

Der messbare finanzielle Schaden der Antragsgegnerin wurde mit EURO 128.916,63 auf Seite 26 der OZ 5 beziffert, wohingegen die Antragstellerin den entgangenen Gewinn, sprich das Erfüllungsinteresse aus dem gegenständlichen Auftrag mit mindestens EURO 170.000 bezifferte, was dem Bundesvergabeamt insbesondere auch unter schlichter Prozentsatzermittlung in Relation zum geschätzten Auftragswert nicht unschlüssig erschien.

Am 16.12.2002 legte die Antragsgegnerin weiters Unterlagen mit einem Beilagenübersichtsblatt, datiert mit 16.12.2002, vor.

In der Beilagenübersicht und den 13 vorgelegten Beilagen sind unter anderem Urkunden über die Bewertung der Angebote, ein Aktenvermerk über die angebliche interne Willensbildung der Antragsgegnerin vom 6.11.2002, ein E-Mail vom 6.11.2002 über die angebliche Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin per E-Mail an die Antragstellerin und vom 11.11.2002 (angebliche Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin) enthalten.

Die Antragstellerin verfasste am 16.12.2002 gleichfalls noch eine Stellungnahme, in welcher die Antragstellerin von einer rechtsgültigen Vertretung der Antragsgegnerin im Beschaffungsverfahren (ausgehend von den eigenen Beurteilungsgrundlagen) ausging, und in welcher insbesondere der Leistungsgegenstand hinsichtlich der anzuschaffend geplanten Leistung nochmals für einen Laien verständlich beschrieben wurde. Die Antragsgegnerin stellte auch den Ablauf des Verhandlungsverfahrens nach deren Standpunkt dar. An dieser Stelle ist anzumerken, dass dies die Antragsgegnerin trotz entsprechender Fragestellung unterlassen hat.

Am 16.12.2002 wurde seitens des Bundesvergabeamtes der Bescheid OZ 7 verfasst, wobei entsprechend der übereinstimmend angenommenen Lieferauftragsqualifikation der erste Vertreter der Vorsitzenden des Senates 11 entschied.

Der Bescheid, mit dem die Einstweilige Verfügung OZ 7 erlassen wurde und insbesondere die Zuschlagserteilung untersagt wurde, wurde an die Antragstellerin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin(an diese nachrichtlich) am 16.12.2002, an die Antragsgegnerin spätestens am 17.12.2002 rechtsgültig zugestellt. Am 17.12.2002 wurde an diese drei Rechtsträger ein Berichtigungsbescheid zum EV-Bescheid zugestellt.

Die Antragstellerin stellte am 18.12.2002 den Antrag auf Akteneinsicht.

Am 18.12.2002 verfasste daraufhin das Bundesvergabeamt eine Aufforderung an die Antragsgegnerin, bekannt zu geben, welche Unterlagen von der Akteneinsicht hinsichtlich der vorgelegten Beilagen und des Schlichtungsaktes von der Akteneinsicht ausgenommen werden sollten, und eine weitere entsprechende Aufforderung betreffend die Schriftsätze und Schriftsatzbeilagen der Antragsgegnerin, da betreffend letztere die Antragsgegnerin trotz telefonischen Kontaktes in deren Mitteilungsschriftsatz vom 18.12.2002 dies nicht bekannt gab.

Bereits am 17.12.2002 teilte die das Verfahren betreuende Partneranwältin der Antragsgegnerinnenvertreterin in einem Telefonat dem Bundesvergabebeamten unter anderem mit, dass die Antragsgegnerin auf Basis der Rechtsauffassung ihrer Kanzlei am 16.12.2002 den Zuschlag erteilt hätte.

Am 18.12.2002 legte die Antragsgegnerin sowohl die behauptete Zuschlagserteilung, ein Telefax vom 16.12.2002, 22.39 Uhr, als auch einen Anhang zur Geschäftsordnung aus 2001 vor. Ein Anhang zur Geschäftsordnung eines Sozialversicherungsträgers, wie verfahrensgegenständlich, stellt gemäß § 456a ASVG ausweislich der Materialien zur Am 18.12.2002 legte die Antragsgegnerin sowohl die behauptete Zuschlagserteilung, ein Telefax vom 16.12.2002, 22.39 Uhr, als auch einen Anhang zur Geschäftsordnung aus 2001 vor. Ein Anhang zur Geschäftsordnung eines Sozialversicherungsträgers, wie verfahrensgegenständlich, stellt gemäß Paragraph 456 a, ASVG ausweislich der Materialien zur

1. 58.Ziffer 58

ASVG - Novelle sowie gemäß § 31 Abs. 9, 9a, 10 ASVG eine Rechtsverordnung dar, die gemäß Art 89 B-VG gehörig kundzumachen ist, und zwar unter Beachtung der Übergangsbestimmungen des § 593 ASVG für ältere Vorschriften in der Zeitschrift "Soziale Sicherheit", und ab 01.01.2002 im Internet, und zwar entsprechend einer Verordnung des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger jedenfalls unter der Internetadresse www.avsv.at. Der vorgelegte Anhang ist weder in der Zeitschrift "Soziale Sicherheit" noch bis 31.12.2002 im Internet gehörig kundgemacht gewesen (siehe dazu OZZ 31d, 54 und 80). ASVG - Novelle sowie gemäß Paragraph 31, Absatz 9, 9 a, 10 ASVG eine Rechtsverordnung dar, die gemäß Artikel 89, B-VG gehörig kundzumachen ist, und zwar unter Beachtung der Übergangsbestimmungen des Paragraph 593, ASVG für ältere Vorschriften in der Zeitschrift "Soziale Sicherheit", und ab 01.01.2002 im Internet, und zwar entsprechend einer Verordnung des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger jedenfalls unter der Internetadresse www.avsv.at. Der vorgelegte Anhang ist weder in der Zeitschrift "Soziale Sicherheit" noch bis 31.12.2002 im Internet gehörig kundgemacht gewesen (siehe dazu OZZ 31d, 54 und 80).

Im Zeitraum 16.12.2002 bis 19.12.2002 wurde dann seitens des tätigen Senatsvorsitzenden versucht eine Senatsberatung und allenfalls auch eine mündliche Verhandlung zu bewerkstelligen, und ergab es sich schlussendlich so, dass am 23.12.2002 eine Senatsberatung mit entsprechenden Handlungen stattfand, die gemäß § 13 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Bundesvergabebeamten (§ 145 Bundesvergabegesetz 2002) zu einer weiteren Tätigkeitspflicht der an dieser Senatsberatung teilnehmenden Mitglieder des Bundesvergabebeamten führte. Da die erstgereichte Beisitzerin auf Auftraggeberseite am 23.12.2002 genauso wie der erstgereichte Beisitzer auf Auftragnehmerseite verhindert waren, verblieb die Angelegenheit dem Bundesvergabebeamten beim Senat in der Zusammensetzung, wie gegenständlich entscheidend. Im Zeitraum 16.12.2002 bis 19.12.2002 wurde dann seitens des tätigen Senatsvorsitzenden versucht eine Senatsberatung und allenfalls auch eine mündliche Verhandlung zu bewerkstelligen, und ergab es sich schlussendlich so, dass am 23.12.2002 eine Senatsberatung mit entsprechenden Handlungen stattfand, die gemäß Paragraph 13, Absatz 3, der Geschäftsordnung des Bundesvergabebeamten (Paragraph 145, Bundesvergabegesetz 2002) zu einer weiteren Tätigkeitspflicht der an dieser Senatsberatung teilnehmenden Mitglieder des Bundesvergabebeamten führte. Da die erstgereichte Beisitzerin auf Auftraggeberseite am 23.12.2002 genauso wie der erstgereichte Beisitzer auf Auftragnehmerseite verhindert waren, verblieb die Angelegenheit dem Bundesvergabebeamten beim Senat in der Zusammensetzung, wie gegenständlich entscheidend.

Die C*** AG, in Hinkunft Mitbeteiligte (Partei) genannt, sowie auch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin wurden am 20.12.2002 zu Handlungen lt. OZ 19 aufgefordert, nachdem die Mitbeteiligte als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit einer Eingabe ihre eigene Rechtsvertretung, eine weitere Anwalts - GMBH, bekannt gegeben hatte und die Antragsgegnervvertretung namens ihrer Partei zum Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin Stellung genommen hatte.

In dieser zuletzt genannten Aufforderung des Bundesvergabebeamten OZ 19 wurden die Parteien über ihre Rechtsvertretungen aufgefordert, im wesentlichen Zeugnennamen bzw. Zeugenadressen bekannt zu geben; der Mitbeteiligten wurde aufgetragen, zur erlassenen einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen und allenfalls Interessen bekannt zu geben, die gegen deren Aufrechterhaltung sprechen würden - dies insbesondere vor dem rechtlichen Hintergrund des § 69 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 AVG und des § 116 Abs. 5 Bundesvergabegesetz 1997. Den übrigen Parteien wurde freigestellt, ergänzend betreffend Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Die Mitbeteiligte wurde hier auch aufgefordert, zu den bisherigen Schriftsätzen der anderen Parteien

Stellung zu nehmen. In dieser zuletzt genannten Aufforderung des Bundesvergabeamtes OZ 19 wurden die Parteien über ihre Rechtsvertretungen aufgefordert, im wesentlichen Zeugnennamen bzw. Zeugenadressen bekannt zu geben; der Mitbeteiligten wurde aufgetragen, zur erlassenen einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen und allenfalls Interessen bekannt zu geben, die gegen deren Aufrechterhaltung sprechen würden - dies insbesondere vor dem rechtlichen Hintergrund des Paragraph 69, Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 3, AVG und des Paragraph 116, Absatz 5, Bundesvergabegesetz 1997. Den übrigen Parteien wurde freigestellt, ergänzend betreffend Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Die Mitbeteiligte wurde hier auch aufgefordert, zu den bisherigen Schriftsätzen der anderen Parteien Stellung zu nehmen.

Die Position zur Gewährung von Akteneinsicht hinsichtlich der wechselseitigen Beilagen zu Schriftsätzen etc. lässt sich (vorgreifend auf die Verhandlung am 8.1. und 10.1.2003) wie folgt zusammenfassen, dass die Parteien des Verfahrens nichts gegen die Ausfolgung ihrer Schriftsätze an die jeweils anderen Parteien hatten. Die Antragsgegnerin und die Mitbeteiligte verwehrt sich gegen eine weitergehende Akteneinsicht der Antragstellerin, die Antragstellerin wollte die Akteneinsicht insbesondere gegenüber der Mitbeteiligten einschränken. Die Parteien willigten jedoch zumindest in die wechselseitige Ausfolgung von Abschriften der angeblichen Zuschlagsentscheidung vom 6.11.2002 an die Antragstellerin, vom 11.11.2002 an die Mitbeteiligte und den Aktenvermerk vom 6.11.2002 betreffend angebliche Zuschlagsentscheidung (in der Verhandlung am 8.1.2003) ein. Schlussendlich nahm die Antragsgegnerin am 14.1. in jenes Unterlagenkonvolut Einsicht, das die Antragstellerin am 10.1. in der Verhandlung vorgelegt hat, und teilweise in sonstige Beilagen zu Schriftsätzen der Antragstellerin. Eine Einsicht in amtsinterne Aktenvermerke, Beratungsprotokolle, senatsinterne Korrespondenz und sonstige amtsinterne Unterlagen wurde keiner der Parteien gewährt.

In weiterer Folge wurde die mündliche Verhandlung, beginnend am 8.1.2002, durch Zeugenladungen etc. vorbereitet.

Mit Eingabe OZ 27 verfasste die Antragsgegnerin eine weitere ergänzende Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vom 12.12.2002 und zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 16.12.2002. In dieser ergänzenden Stellungnahme OZ 27 wurde wiederum insbesondere zur Unzulässigkeit des meritorischen Tätigwerdens des BUNDESVERGABEAMT in dieser Sache und auch hinsichtlich der materiellen Argumente der Antragsgegnerin vorgebracht.

Mit Eingabe, eingelangt am 27.12.2002, eingebracht am 23.12.2002 verfasste die Mitbeteiligte einen Fristerstreckungsantrag. Der Mitbeteiligten wurde telefonisch eine Fristerstreckung bis 2.1.2003 gewährt.

Am 30.12.2002 nahm die Antragstellerin Stellung zur Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung, und brachte auch in der Sache weiters vor. Insbesondere wurde die Nichtigkeit der behaupteten Zuschlagserteilung gemäß § 109 Abs. 8 Bundesvergabegesetz 1997 behauptet (OZ 25 Seite 8). Mit dieser OZ wurden eine nach Auffassung der Antragstellerin von der Akteneinsicht auszunehmende Schadenskonkretisierung, ein Bestellschein der Antragsgegnerin samt Beilagen und eine Realisierungsreihenfolgenbeilage, vierseitig, offenbar hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung, vorgelegt. Diese Schriftsatzbeilagen bis auf die Schadenskonkretisierung wurden an die Antragsgegnerin am 14.1. abschriftsweise mit anderen Unterlagen ausgefolgt. Am 30.12.2002 nahm die Antragstellerin Stellung zur Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung, und brachte auch in der Sache weiters vor. Insbesondere wurde die Nichtigkeit der behaupteten Zuschlagserteilung gemäß Paragraph 109, Absatz 8, Bundesvergabegesetz 1997 behauptet (OZ 25 Seite 8). Mit dieser OZ wurden eine nach Auffassung der Antragstellerin von der Akteneinsicht auszunehmende Schadenskonkretisierung, ein Bestellschein der Antragsgegnerin samt Beilagen und eine Realisierungsreihenfolgenbeilage, vierseitig, offenbar hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistung, vorgelegt. Diese Schriftsatzbeilagen bis auf die Schadenskonkretisierung wurden an die Antragsgegnerin am 14.1. abschriftsweise mit anderen Unterlagen ausgefolgt.

In einer ergänzenden Stellungnahme OZ 27 der Antragsgegnerin wurde wiederum insbesondere zur Unzulässigkeit des meritorischen Tätigwerdens des Bundesvergabeamt in dieser Sache und auch hinsichtlich der materiellen Argumente der Antragsgegnerin vorgebracht.

Am 30.12.2002 holte der Senatsvorsitzende beim Leiter der Abteilung 5 der Sektion II des BMSG Erkundigungen ein. Diese Abteilung ist jedenfalls für Bescheinigungen nach § 434 Abs. 2 ASVG zuständig. In dieser Besprechung ergaben sich keine verbindlichen Auskünfte, die dem Kenntnisstand des Senates wesentlich widersprechen. Am 7.1.2003 gab diese Abteilung des BMSG jedenfalls auch die Internetadresse www.avsv.at bekannt. Am 30.12.2002 holte der Senatsvorsitzende beim Leiter der Abteilung 5 der Sektion römisch zwei des BMSG Erkundigungen ein. Diese Abteilung

ist jedenfalls für Bescheinigungen nach Paragraph 434, Absatz 2, ASVG zuständig. In dieser Besprechung ergaben sich keine verbindlichen Auskünfte, die dem Kenntnisstand des Senates wesentlich widersprechen. Am 7.1.2003 gab diese Abteilung des BMSG jedenfalls auch die Internetadresse www.avsv.at bekannt.

Mit Eingabe von 2.1.2003 legte die Mitbeteiligte vorerst einmal die Ankündigung der Zuschlagserteilung der Antragsgegnerin vom 16.12.2002, 22:39 Uhr, und weiters das Telefax über die behauptete Zuschlagserteilung vom 16.12.2002, 22:39 Uhr vor; weiters einen Firmenbuchauszug der Mitbeteiligten vom 2.1.2003.

Überdies machte die Mitbeteiligte Zeugen namhaft, beantwortete Fragen lt. OZ 19 und stellte einen Antrag auf Akteneinsicht. In einem weiteren Schriftsatz der Mitbeteiligten vom 2.1.2003 (OZ 29) wurde vorerst unterstrichen, dass das Bundesvergabeamt für die Erlassung der einstweiligen Verfügung mangels grundsätzlicher Zuständigkeit, sowie aufgrund des bereits erteilten Zuschlages unzuständig wäre. Es wurde auch Vorbringen in der Sache erstattet. Weiters wurde gerügt, dass die Mitbeteiligte kein rechtliches Gehör vor Erlassung der einstweiligen Verfügung erhalten hätte. Argumente dahin, warum Mitbeteiligte vor Erlassung der einstweiligen Verfügung gehört hätten werden sollen, obwohl der Gesetzgeber im Bundesvergabegesetz 2002 bei gleicher Interessenslage ausdrücklich im Verfügungsverfahren nur den Antragsteller und den öffentlichen Auftraggeber als Parteien bezeichnet, und warum es dann im Bereich des Bundesvergabegesetzes 1997 anders sein soll, wurden nicht angeboten.

Mit Datum 3. Jänner 2003 legte dann die Mitbeteiligte mit OZ 30 die ihr zur Verfügung stehende angebliche Zuschlagsentscheidung vom 11.11.2002 in Form eines Papierausdrucks vor.

Das Bundesvergabeamt übermittelte am 3.1.2003 die bis dahin eingelangten und den jeweils anderen Parteien noch unbekannten Schriftsätze mit inhaltlichem Vorbringen an die Parteien.

Mit Schriftsatz (OZ 31) vom 7. Jänner, gemäß § 13 Abs. 5 AVG am 8. Jänner 2003 eingelangt legte die Antragstellerin Urkunden über ihre Vertretung im Vergabeverfahren vor. Dieser Schriftsatz wurde in der Verhandlung am 8.1.2003 an die anderen Parteien ausgefolgt, die Beilagen am 14.1.2003 an die Antragsgegnerin. Mit Schriftsatz (OZ 31) vom 7. Jänner, gemäß Paragraph 13, Absatz 5, AVG am 8. Jänner 2003 eingelangt legte die Antragstellerin Urkunden über ihre Vertretung im Vergabeverfahren vor. Dieser Schriftsatz wurde in der Verhandlung am 8.1.2003 an die anderen Parteien ausgefolgt, die Beilagen am 14.1.2003 an die Antragsgegnerin.

Am 8.1.2003 um 13 Uhr 58 wurde mit der mündlichen Verhandlung begonnen. In dieser wurden insbesondere der leitende Angestellte; jener Stellvertreter des leitenden Angestellten, der am 16.12.2002 die angebliche Zuschlagserteilung unterfertigt hatte; der zweite Obmannstellvertreter, welcher am 16.12.2002 die angebliche Zuschlagserteilung unterfertigt hatte; und die Zeugin H***, also jene Angestellte, welche das E-Mail am 6.11.2002 (angebliche Zuschlagsentscheidung) an die Antragstellerin geschickt hatte, alle aus der Sphäre der Antragsgegnerin, einvernommen.

In der Verhandlung am 10.1.2003 wurden wiederum aus der Sphäre der Antragsgegnerin der Leiter der Abteilung Betriebswirtschaft und Einkauf, der für das gegenständliche Beschaffung operativ zuständig gewesen ist, und der im gegenständlichen Beschaffungsverfahren stark eingebundene Mitarbeiter, Herr. G***, einvernommen. Weiters dann auch noch der Zeuge L***, der für den Senat insbesondere hinsichtlich Zuordnung des gegenständlichen Auftrages zu einem Lieferauftrag Aufschluss geben konnte.

Die Antragstellerin legte in der Verhandlung ein umfangreiches Unterlagenkonvolut vor, welches die Antragsgegnerin am 14.1.2003 in Abschrift vollständig ausfolgt erhielt.

Es war weder am 8.1.2003 in der mündlichen Verhandlung noch am 10.1.2003 eine eindeutige Äußerung der Parteien zur Frage der Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur bei der Übermittlung der angeblichen Zuschlagsentscheidungen vom 6.11.2002 und 11.11.2002 zu erzielen. Am 9.1.2003 setzte sich der Senatsvorsitzende mit Hrn. Mag. N*** von der RTR GmbH, die auch für die Unterstützung der Telekom Kontroll Kommission zuständig ist, in Verbindung, und erhob dort, dass man auf einem E-Mail-Ausdruck nicht ersehen könnte, ob dieses E-Mail mit einer sicheren elektronischen Signatur gemäß § 4 Abs.1 Signaturgesetz versandt worden wäre. Es war weder am 8.1.2003 in der mündlichen Verhandlung noch am 10.1.2003 eine eindeutige Äußerung der Parteien zur Frage der Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur bei der Übermittlung der angeblichen Zuschlagsentscheidungen vom 6.11.2002 und 11.11.2002 zu erzielen. Am 9.1.2003 setzte sich der Senatsvorsitzende mit Hrn. Mag. N*** von der RTR GmbH, die

auch für die Unterstützung der Telekom Kontroll Kommission zuständig ist, in Verbindung, und erhob dort, dass man auf einem E-Mail-Ausdruck nicht ersehen könnte, ob dieses E-Mail mit einer sicheren elektronischen Signatur gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Signaturgesetz versandt worden wäre.

Zur Feststellung eines derartigen Umstandes mangels Erweislichkeit auf andere Weise müsste man weitergehende Prüfungen vornehmen.

In der Verhandlung am 8.1.2003 stellte die in der Verhandlung ebenfalls anwesende juristische Mitarbeiterin der Antragsgegnerin Kopiervorlagen betreffend den von den vernommenen Zeugen bereits mehrfach erwähnten Vorstandsbeschluss vom 20.3.2002 einerseits und betreffend Vollmachtserteilung an die Antragsgegnerinnenvertretung andererseits zur Verfügung.

Der Vorstandsbeschluss lässt sich in den entscheidungswesentlichen Teilen, und wie in der Verhandlung am 29.1.2003 auch festgestellt, wie folgt beschreiben:

1. a)Litera a

Auf dem ersten Blatt auf dem Briefpapier der Antragsgegnerin ist ersichtlich, dass der Vorstand der Antragsgegnerin am 20.3.2002 zu Punkt III/11 der Tagesordnung, der offenbar den verfahrensgegenständlichen Beschaffungsvorgang betrifft, behandelt hat. Auf diesem Blatt ist insbesondere in Druckschrift ersichtlich: "Vorstand zur Beschlussfassung".

Darunter befindet sich offenbar ein Stempelaufdruck:

"Bewilligt am 20. MRZ. 2002." Über diesem Stempelaufdruck befindet sich eine unleserliche Paraphe.

1. b)Litera b

Auf dem zweiten Blatt wird vorerst insbesondere festgehalten, dass aus gewissen Gründen das Verfahren, gemeint offenbar das offene Vergabeverfahren, widerrufen wird. Es wird dann der Antrag gestellt, das entsprechende Verfahren und die Vergabe an den Bestbieter mit jährlichen Kostengrenzen durchführen zu können.

Dem Bundesvergabeamt wurden seitens der Antragsgegnerin keine Unterlagen zur Verfügung gestellt, aus denen überprüfbar wäre, ob die Beschlusserfordernisse gemäß § 438 ASVG eingehalten wurden. Wie sich in der Verhandlung am 29.1.2003 ergeben hat, hat der leitende Angestellte der Antragsgegnerin auf der ersten Seite dieses Vorstandsbeschlusses über dem Stempelaufdruck seine Paraphe gezeichnet. Dem Bundesvergabeamt wurden seitens der Antragsgegnerin keine Unterlagen zur Verfügung gestellt, aus denen überprüfbar wäre, ob die Beschlusserfordernisse gemäß Paragraph 438, ASVG eingehalten wurden. Wie sich in der Verhandlung am 29.1.2003 ergeben hat, hat der leitende Angestellte der Antragsgegnerin auf der ersten Seite dieses Vorstandsbeschlusses über dem Stempelaufdruck seine Paraphe gezeichnet.

Aus den Aussagen der am 8. und 10.1.2003 vernommenen Zeugen ergibt sich, dass hier das Büro (im Sinne des § 434 Abs.1 ASVG) der Antragsgegnerin ein derartiges Vorgehen beantragt hatte und der Vorstand der Antragsgegnerin das Vorhaben offenbar bewilligte. Aus den Aussagen der am 8. und 10.1.2003 vernommenen Zeugen ergibt sich, dass hier das Büro (im Sinne des Paragraph 434, Absatz eins, ASVG) der Antragsgegnerin ein derartiges Vorgehen beantragt hatte und der Vorstand der Antragsgegnerin das Vorhaben offenbar bewilligte.

Die am 8.1.2003 vorgelegte Vollmachtsurkunde mit der Vollmachtserteilung der Antragsgegnerin an die Antragsgegnerinnenvertretung umfasst textmäßig jedenfalls auch die Vertretung der Antragsgegnerin in behördlichen Verfahren und wurde sowohl vom Obmann als auch vom leitenden Angestellten der Antragsgegnerin unterfertigt.

Am 14.1.2003 nahm die Antragsgegnerin Akteneinsicht, und zwar nach einer Bekanntgabe von Aktenbestandteilen durch die Antragstellerin, die an die Antragsgegnerin zur Einsicht jedenfalls ausgefolgt werden durften.

Am 14.1.2003 legte die Antragstellerin E-Mails vom 22., 23., 26 und 28. August 2002 vor, da in der Verhandlung am 10.1.2003 vom Senat irrtümlich vom Vorhandensein des E-Mails vom 23.8.2002 in den Unterlagen der Antragsgegnerin, vorgelegt am 16.12.2002, ausgegangen wurde.

Auch diese E-Mails wurden von der Antragsgegnerin am 14.1.2003 im Wege der Akteneinsicht kopiert.

Am 16.1.2003 brachte die Antragsgegnerin einen Schriftsatz ein, mit dem Einwendungen gegen das Protokoll erhoben wurden.

Dabei wurde zB gerügt, dass die Zeugen vom 8.1.2003 und vom 10.1.2003 mündlich Anträge auf Ausfolgung von Protokollsabschriften gemäß § 14 Abs. 6 AVG gestellt hätten, und die Protokollierung dieser Anträge unterlassen worden wäre. Kein Senatsmitglied hat diese mündlichen Anträge gehört, ausgenommen jenen des Zeugen G***, der am 10.01.2003 nach Befragen durch den Senatsvorsitzenden eine Protokollsabschrift wollte. Dabei wurde zB gerügt, dass die Zeugen vom 8.1.2003 und vom 10.1.2003 mündlich Anträge auf Ausfolgung von Protokollsabschriften gemäß Paragraph 14, Absatz 6, AVG gestellt hätten, und die Protokollierung dieser Anträge unterlassen worden wäre. Kein Senatsmitglied hat diese mündlichen Anträge gehört, ausgenommen jenen des Zeugen G***, der am 10.01.2003 nach Befragen durch den Senatsvorsitzenden eine Protokollsabschrift wollte.

Die schriftlichen Anträge gemäß § 14 Abs. 6 AVG des leitenden Angestellten der Antragsgegnerin, dessen Stellvertreter und der Zeugin, die das E-Mail am 6.11.2002 versandt hatte, wurden von der Antragsgegnerinnenvertreterin am 10.1.2003 in der Verhandlung direkt überreicht. Die schriftlichen Anträge gemäß Paragraph 14, Absatz 6, AVG des leitenden Angestellten der Antragsgegnerin, dessen Stellvertreter und der Zeugin, die das E-Mail am 6.11.2002 versandt hatte, wurden von der Antragsgegnerinnenvertreterin am 10.1.2003 in der Verhandlung direkt überreicht.

Die Einwendung gegen das Protokoll wegen eines angeblich durch die Antragsgegnerin gestellten, aber nicht protokollierten Antrages ist durch das Verhandlungsprotokoll vom 8.1.2003 Seite 5 widerlegt.

Am 17.1.2003 wurde ein Firmenbuchauszug hinsichtlich der Antragsgegnerinnenvertreterin, einer GmbH gemacht. Diese hat ihren Sitz in Wien, früher in Klagenfurt. Die in den Verhandlungen am 8.1.2003 und am 10.1.2003 anwesende Rechtsanwältin ist Geschäftsführerin dieser Anwaltsgesellschaft. Eine Zweigniederlassung in Klagenfurt (§ 3 Z 6 Firmenbuchgesetz) scheint in diesem Firmenbuchauszug nicht auf, am Briefpapier aber eine Klagenfurter Adresse. Am 17.1.2003 wurde ein Firmenbuchauszug hinsichtlich der Antragsgegnerinnenvertreterin, einer GmbH gemacht. Diese hat ihren Sitz in Wien, früher in Klagenfurt. Die in den Verhandlungen am 8.1.2003 und am 10.1.2003 anwesende Rechtsanwältin ist Geschäftsführerin dieser Anwaltsgesellschaft. Eine Zweigniederlassung in Klagenfurt (Paragraph 3, Ziffer 6, Firmenbuchgesetz) scheint in diesem Firmenbuchauszug nicht auf, am Briefpapier aber eine Klagenfurter Adresse.

Am 17.1.2003 wurde seitens des tätigen Senatsvorsitzenden zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen mit der Antragsgegnerin direkt Kontakt aufgenommen, und wurden nach Abklärung der Einwilligung zur Faxübermittlung die Niederschriften vom 8.1. und vom 10.1.2003, soweit jeweils relevant, an die bislang vernommenen Zeugen ausgeschickt. Diese Zeugen verfassten, offenbar vorbereitet durch die Antragsgegnerin, neun Telefaxeingaben vom 31.1.2003, mit welchen die Beweiskraft der Verhandlungsniederschriften entwertet werden soll. Am 3.2.2003 langten beim Bundesvergabeamt schriftliche Gleichschriften dieser Einwendungen ein, allerdings nur sieben Stück.

Am 20.1.2003 langten beim Bundesvergabeamt die in der Verhandlung am 10.1.2003 in Aussicht genommenen Schriftsätze mit weiteren Argumenten ein (OZ 35,36 und 37). Die Antragstellerin stellte neben einem Vorbringen in OZ 37 das im Spruch ersichtliche Feststellungsbegehren zur Nichtigkeit. Die Antragsgegnerin erstattete mit OZ 36 überdies wiederum umfangreiche Einwendungen gegen die Niederschriften vom 8. und 10.1.2003, und brachte genauso wie die Mitbeteiligte noch in der Sache vor.

Auf Basis dieser Schriftsätze und der dem Bundesvergabeamt mitgeteilten zeitlichen Möglichkeit des Zeugen O*** (T*** GmbH) zu einer Zeugeneinvernahme am 29.1.2003 wurden am 21.1.2003 die Parteienladungen für die mündliche Verhandlung am 29.1.2003 verschickt.

Am 22.1.2003 langte dann mit OZ 38 eine (amtliche) Auskunft der RTR GmbH zum Thema sichere elektronische Signatur am österreichischen Markt ein, die am 23.1.2003 zur Wahrung des Parteiengehörs, teilweise samt Schriftsätzen zusätzlich noch an die drei Verfahrensparteien ausgeschickt wurde. In dieser OZ 38, verfasst durch den bei der RTR GmbH für die Aufgaben gemäß Signaturgesetz zuständigen Mitarbeiter wird vorerst darauf hingewiesen, dass auf einem Papierausdruck eines E-Mails nicht ersichtlich ist, ob ein E-Mail mit sicherer elektronischer Signatur versandt wurde. Dazu müsste man ein fragliches E-Mail in seiner elektronischen Form mit entsprechender Software prüfen. Weiters wurde in OZ 38 mitgeteilt, dass in Österreich im November 2002 keine qualifizierten Zertifikate für E-Mails bei irgendwelchen Zertifizierungsdiensteanbietern am österreichischen Markt erhältlich waren. Zur Funktion und Organisation dieser RTR GmbH, sprich der Rundfunk und Telekom Regulierungs -GmbH wird auf das KommAustria-Gesetz BGBl. I Nr. 32/2001 und dort insbesondere auf § 5 verwiesen. Am 22.1.2003 langte dann mit OZ 38 eine (amtliche) Auskunft der RTR GmbH zum Thema sichere elektronische Signatur am österreichischen Markt ein, die am

23.1.2003 zur Wahrung des Parteienghört, teilweise samt Schriftsätzen zusätzlich noch an die drei Verfahrensparteien ausgeschickt wurde. In dieser OZ 38, verfasst durch den bei der RTR GmbH für die Aufgaben gemäß Signaturgesetz zuständigen Mitarbeiter wird vorerst darauf hingewiesen, dass auf einem Papiaausdruck eines E-Mails nicht ersichtlich ist, ob ein E-Mail mit sicherer elektronischer Signatur versandt wurde. Dazu müsste man ein fragliches E-Mail in seiner elektronischen Form mit entsprechender Software prüfen. Weiters wurde in OZ 38 mitgeteilt, dass in Österreich im November 2002 keine qualifizierten Zertifikate für E-Mails bei irgendwelchen Zertifizierungsdienstanibietern am österreichischen Markt erhältlich waren. Zur Funktion und Organisation dieser RTR GmbH, sprich der Rundfunk und Telekom Regulierungs -GmbH wird auf das KommAustria-Gesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 32 aus 2001, und dort insbesondere auf Paragraph 5, verwiesen.

Am 22.1.2003 langten dann mit den OZ 39, 41 und 42 inhaltliche Schriftsätze der drei Parteien als Replik auf die Schriftsätze der Parteien vom 20.1.2003 ein.

Zusätzlich verfasste die Antragsgegnerin eine Vertagungsbitte, der nicht Folge gegeben wurde.

Die Antragsgegnerin argumentierte im gesamten Verfahren, dass die Vergabe des gegenständlichen Auftrages eine Angelegenheit wäre, in der der Vorstand der Antragsgegnerin zu beschließen hätte, eingehend zB im Schriftsatz OZ 36 vom 20.1.2003. Zu dieser OZ 36 ist ergänzend festzuhalten, dass damit entgegen den Ausführungen auf Seite 43 dieser OZ 36 der Behörde keine Ausfertigung dieser Hauptverbandsverordnung vorgelegt wurde, wiewohl diese natürlich bei gehöriger Kundmachung von Amtswegen zu kennen ist.

Mit Schriftsatz OZ 43 reichte die Antragstellerin noch einen Erlagschein zum Nachweis der Einzahlung einer Eingabegebühr für den gestellten Feststellungsantrag ein. Dieser Schriftsatz samt Beilage wurde gleichfalls am 29.1.2003 an die Antragsgegnerin und die Mitbeteiligte in der Verhandlung ausgefolgt.

Mit Schriftsatz OZ 50 erhob die Antragsgegnerin am 28.1.2003 Einwendungen gegen die Mitteilung der Auskunft der RTR GmbH (OZ 38) und gestand in einer für den Senat eindeutigen Weise mit diesem Schriftsatz zu, dass die angeblichen Zuschlagsentscheidungen vom 6.11.2002 (an die Antragstellerin) und vom 11.11.2002 (an die Mitbeteiligte) ohne Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur gesandt worden waren.

Am 29.1.2003 wurde eine dritte mündliche Verhandlung beginnend ab 14.05 Uhr abgeführt. Der an diesem Verhandlungstag zur Einvernahme geplante Zeuge entschuldigte sich krankheitshalber. Das BUNDESSVERGABEAMT traf Tatsachenfeststellungen aus dem Akteninhalt. Der Antragstellerin und der Mitbeteiligten wurde der Schriftsatz OZ 50 mit einer Replikationsmöglichkeit in der Verhandlung ausgefolgt. Die Parteien erstatteten in der Verhandlung jeweils noch Vorbringen zur Stützung ihrer jeweiligen Standpunkte. Die Antragstellerin legte eine eidesstättige Erklärung des Hrn. L***, eines Mitarbeiters der Antragstellerin vor, in der dieser Zeuge erklärt, dass nach seinem Kenntnisstand das E-Mail vom 6.11.2002 ohne sichere elektronische Signatur geschickt wurde. Die Parteien verzichteten nach einer Erklärung des Schlusses des Ermittlungsverfahrens und Zurückweisung der bislang offenen Beweisangebote auf Einwendungen gegen die Verhandlungsniederschrift vom 29.1.2003. Zuvor wurde noch von den am 29.1.2003 durch zwei Konzipienten aus der Sphäre der Antragsgegnerinnenvertretung und eine juristische Mitarbeiterin der Antragsgegnerin vertretene Antragsgegnerin durch eben einen Rechtsanwaltsanwärter folgender Ablehnungsantrag zu Protokoll gegeben:

"Auf Ablehnung des Vorsitzenden des Senates gemäß § 104 BVergG 1997, da es Gründe gibt, die die Unbefangenheit des Vorsitzenden bezweifeln lassen:"Auf Ablehnung des Vorsitzenden des Senates gemäß Paragraph 104, BVergG 1997, da es Gründe gibt, die die Unbefangenheit des Vorsitzenden bezweifeln lassen:

1. 1.Ziffer eins

Es wurde vom Vorsitzenden eine einstweilige Verfügung nach der Zuschlagserteilung erlassen, welche demnach rechtswidrig ist.

2. 2.Ziffer 2

Es wurde vom Vorsitzenden trotz Kenntnis der Vollmacht versucht, der Antragsgegnerin (der vertretenen) direkt den Bescheid über die einstweilige Verfügung zuzustellen

3. 1.Ziffer eins

Das gegenständliche Verfahren betrifft auch die Frage, ob der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist. Würde der Senat den Nachprüfungsantrag zurückweisen, wäre evident, dass die einstweilige Verfügung rechtswidrig erlassen wurde, da die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorab zu prüfen gewesen wären.

Es ist daher evident, dass die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Unbefangenheit des Senatsvorsitzenden im Bezug auf die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, welcher in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung steht, nicht gegeben ist, was sich auch durch die nunmehrigen Feststellungen hinsichtlich der Frage der Vertretungsbefugnis der Y*** Rechtsanwalts GmbH zeigt. Eventualiter wird dieser Antrag auch auf § 148 BVergG 2002 gestützt."Es ist daher evident, dass die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Unbefangenheit des Senatsvorsitzenden im Bezug auf die Frage der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages, welcher in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung steht, nicht gegeben ist, was sich auch durch die nunmehrigen Feststellungen hinsichtlich der Frage der Vertretungsbefugnis der Y*** Rechtsanwalts GmbH zeigt. Eventualiter wird dieser Antrag auch auf Paragraph 148, BVergG 2002 gestützt."

Nach diesem Ablehnungsantrag, der bundesvergabeamtsintern an den Bundesvergabeamtsvorsitzenden weitergeleitet wurde, teilte der Vorsitzende des Bundesvergabeamtes dem Senatsvorsitzenden am 4.2.2003 mit, dass der Senatsvorsitzende seitens des Bundesvergabeamtsvorsitzenden nicht für befangen erachtet wird.

Hinsichtlich der weiter oben bereits erwähnten Zeugeneingaben fand nach dem 31.1.2003 unter Zwischenschaltung des Bundesvergabeamtes noch ein Schriftsatzwechsel statt. Am 3.2.2003 begehrte die Antragsgegnerin eine Fristerstreckung, um ihre Auffassung noch darlegen zu können, dass aufgrund der Zeugeneinwendungen zu den Verhandlungsniederschriften vom 8.1. und 10.1.2003 die Relevanz aller Einwendungen gegen die Niederschriften noch darzulegen sei. Dabei ging die Antragsgegnerin aber nicht darauf ein, dass die Antragstellerin die Ordnungsmäßigkeit der Niederschriften im Verfahren, wie der Antragsgegnerin bekannt, bestätigt hat; und die Mitbeteiligte keine Einwendungen gegen die Verhandlungsniederschriften erstattete. Sohin bot die Antragsgegnerin keine schlüssigen Gründe dafür an, warum auch zB die Antragstellerin neben der Behörde Wahrnehmungsfehler hinsichtlich wesentlicher Verhandlungsgeschehnisse gehabt haben soll.

Am 4.2.2003 erstattete die Antragsgegnerin nochmals einen Schriftsatz, der ihren Standpunkt zu einer gültigen internen Willensbildung und zu einer gültigen Mitteilung der Zuschlagsentscheidung unterstreichen sollte, und worin auch anderes Vorbringen erstattet wurde. Der Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 4.2.2003 wurde vom Bundesvergabeamt ohne Fristsetzung am 4.2.2003 an die beiden anderen Parteien übermittelt. Die Antragstellerin und die Mitbeteiligte replizierten am 4.2.2003 nicht inhaltlich auf die Schriftsätze der Antragsgegnerin vom 3.2.2003, und weiters auch nicht auf den Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 4.2.2003.

Am 6.2.2003 am Nachmittag stellte die Antragstellerin erneut einen Antrag, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, und damit einerseits die Zuschlagserteilung zu untersagen und andererseits die Zuschlagsentscheidung auszusetzen. Dieser Antrag wurde am 6.2.2003 an die Antragsgegnerin mit der Aufforderung zur Stellungnahme bis 10.2.2003, 15.00 Uhr weitergeleitet; sowie an die Mitbeteiligte im Sinne der amtswegigen Wahrheitsermittlung mit der Möglichkeit, hiezu bis zum gleichen Zeitpunkt Stellung zu nehmen. Es wurde auch ausdrücklich freigestellt, ergänzende Unterlagen bis dahin vorzulegen, obwohl auf Grund des bisherigen Verfahrens ohnehin insbesondere antragsgegnerinnenseits alle relevanten Unterlagen schon beim Bundesvergabeamt vorliegen mussten.

Über diesen Verfahrensgang, der sich eindeutig im Wesentlichen aus den den Parteien (durch Mitteilung oder Feststellung von Akteninhalt in der Verhandlung) bekannten Teilen des Verhandlungsaktes samt Beilagen und Beiakten ergibt, ist noch folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt zusätzlich festzustellen:

Am 6.11.2002 schickte Frau H*** ein E-Mail ohne Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur an die Antragsgegnerin, das folgenden Wortlaut hat:

G*** - WAN für die B*** GKK - Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung Page 1

Von: H***

An: L***@A***.at

Datum: Mi, Nov 6,2002 9:20

Betreff: WAN für die B*** GKK - Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Sehr geehrter Herr L***,

Ich bedauere Ihnen mitteilen zu müssen, dass wir Ihnen im Verhandlungsverfahren "WAN für die B*** GKK" den Zuschlag nicht erteilen zu können.

In der Bestbieterreihung ist ihr Angebot an zweiter Stelle gereiht.

An erster Stelle liegt das Angebot der C***.

Dieses Angebot war preislich und technisch höher zu bewerten als ihr Angebot.

Wir hoffen auf Ihr Verständnis und erwarten uns, dass diese Entscheidung keine negativen Auswirkungen auf zukünftige Geschäftsbeziehungen haben wird.

Freundliche Grüße

H***

B*** Gebietskrankenkasse

per Mausclick! www.B***gkk.at: Die besten Seiten für

Versicherte,

Vertragspartner und Dienstgeber."

Am 11.11.2002 schickte Hr. G*** ein E-Mail ohne Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur an die Mitbeteiligte, welches folgenden Wortlaut hat:

G*** - WAN für die B***GKK - Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung Page 1

Von: G***

An: M***@C***.at

Datum: Mo, Nov 11,2002 12:55

Betreff: WAN für die B***GKK - Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Sehr geehrter Herr M***!

Ich freue mich Ihnen mitteilen zu dürfen, dass im oben angeführten Vergabeverfahren die Zuschlagsentscheidung zugunsten Ihres Unternehmens gefallen ist.

Der Auftrag kann nach Ablauf der Stillhaltefrist und wenn vom zweitgereihten Bieter keine Rechtsmittel gegen diese Entscheidung ergriffen werden, frühestens am 22.11.2002 erteilt werden.

Zur weiteren Abstimmung ersuche ich Sie mich telef. zu kontaktieren.

Freundliche Grüße

G***

B*** Gebietskrankenkasse

e-mail: G***@B***gkk.at

Am 6.11.2002 besprachen vor Absenden des E-Mails durch Frau H*** der leitende Angestellte, ein Stellvertreter desselben, nämlich Herr Dr. E***, und die weiteren Angestellten der Antragsgegnerin, Hr. G*** und Hr. F*** das gegenständliche Beschaffungsverfahren und die anstehende Zuschlagsentscheidung, worüber folgender Aktenvermerk angefertigt wurde, der nicht unterschrieben ist, der allerdings in der dem Bundesvergabeamt vorliegenden Form noch eine handschriftliche Anmerkung trägt:

BW **/** 6. November 2002

Aktenvermerk

Zuschlagsentscheidung

In einem Gespräch zwischen D***, E***, I*** und F*** wird festgelegt, dass der Auftrag WAN an die C*** AG vergeben werden soll.

F*** wird beauftragt die Absage an die S*** durchzuführen.

BETRIEBSWIRTSCHAFT

F***

Die handschriftliche Anmerkung über dem Datum "6. November 2002" auf diesem Aktenvermerk bedeutet:

"Frau H*** bitte sofort Zuschlagsentscheidung mitteilen."

Unmittelbar unter diesem Datum ist noch eine handschriftliche Paraphe ersichtlich.

Auf der Homepage der Antragsgegnerin unter www.***.at sind insbesondere nachstehende Bestimmungen der Satzung der Antragsgegnerin, hier wiedergegeben ab §§ 6 bis 9 ersichtlich, wobei diese jedenfalls auch für den Zeitraum November 2002 lauten: Auf der Homepage der Antragsgegnerin unter www.***.at sind insbesondere nachstehende Bestimmungen der Satzung der Antragsgegnerin, hier wiedergegeben ab Paragraphen 6 bis 9 ersichtlich, wobei diese jedenfalls auch für den Zeitraum November 2002 lauten:

Verlautbarungen

(§ 453 Abs. 1 Z 2 ASVG)(Paragraph 453, Absatz eins, Ziffer 2, ASVG)

§ 6. (1) Die Satzung, die Krankenordnung, der Anhang zur Geschäftsordnung des Vorstandes § 456a Abs. 3 ASVG) und ihre Änderungen werden nach § 455 ASVG im Internet verlautbart. Paragraph 6, (1) Die Satzung, die Krankenordnung, der Anhang zur Geschäftsordnung des Vorstandes (Paragraph 456 a, Absatz 3, ASVG) und ihre Änderungen werden nach Paragraph 455, ASVG im Internet verlautbart.

(2) Andere amtliche Verlautbarungen, insbesondere solche, durch die Versicherten oder Dienstgebern Verpflichtungen auferlegt werden, erfolgen ebenfalls im Internet.

(3) Die Form sonstiger Verlautbarungen beschließt der Vorstand der Kasse im Einzelfall.

Vorläufige Verfügung des Obmannes

(§ 453 ASVG)(Paragraph 453, ASVG)

§ 7. (1) Angelegenheiten, die in den Wirkungsbereich der Generalversammlung oder des Vorstandes fallen, sind bei Gefahr im Verzug Paragraph 7, (1) Angelegenheiten, die in den Wirkungsbereich der Generalversammlung oder des Vorstandes fallen, sind bei Gefahr im Verzug

1. 1.Ziffer eins
zur Abwendung eines der Kasse drohenden Schadens oder
2. 2.Ziffer 2
zur Sicherung eines der Kasse entgehenden Vorteils

vorläufig durch Verfügung des Obmannes zu regeln, wenn der in Betracht kommende Verwaltungskörper nicht rechtzeitig zusammentreten kann.

(2) Die Verfügungen sind vom Obmann im Einvernehmen mit seinen Stellvertretern zu treffen, bei ihrer Abwesenheit oder ihrer Verhinderung auch ohne deren Mitwirkung. In allen diesen Fällen hat der Obmann die zuständigen Verwaltungskörper einzuberufen und von ihnen die nachträgliche Genehmigung einzuholen.

Büro

§ 8. (1) Die unmittelbare Durchführung der Aufgaben der Kasse obliegt dem Büro nach den Beschlüssen und Weisungen des Vorstandes. Paragraph 8, (1) Die unmittelbare Durchführung der Aufgaben der Kasse obliegt dem Büro nach den Beschlüssen und Weisungen des Vorstandes.

(2) Der leitende Angestellte hat für die ordnungsgemäße Durchführung der Bürogeschäfte und Weisungen (Abs. 1) durch die Dienstnehmer der Kasse zu sorgen. (2) Der leitende Angestellte hat für die ordnungsgemäße Durchführung der Bürogeschäfte und Weisungen (Absatz eins,) durch die Dienstnehmer der Kasse zu sorgen.

(3) Der leitende Angestellte und seine Stellvertreter sind berechtigt, an den Sitzungen der Verwaltungskörper und ihrer Ausschüsse mit beratender Stimme teilzunehmen. Sie sind mit Ausnahme ihre Person betreffende Angelegenheiten für ihren Zuständigkeitsbereich berechtigt, an Prüfungen der Kontrollversammlung teilzunehmen. Mit Zustimmung der

Vorsitzenden der Verwaltungskörper kann der leitende Angestellte auch andere Angestellte den Sitzungen der Verwaltungskörper beiziehen.

(4) Der leitende Angestellte hat sich bei Gefahr im Verzug zunächst an den Obmann zu wenden. Kann eine Weisung des Vorstandes oder eine Verfügung des Obmannes bzw. seiner Stellvertreter nicht rechtzeitig eingeholt werden, hat der leitende Angestellte alles zu veranlassen, was zur Wahrnehmung der Interessen der Kasse unumgänglich notwendig ist. Er hat darüber dem Obmann unverzüglich zu berichten.

(5) Der leitende Angestellte ist berechtigt, alle für die Kasse einlangenden Sendungen entgegenzunehmen.

(6) Bei Abwesenheit oder Verhinderung des leitenden Angestellten gehen seine Rechte und Pflichten auf seine Stellvertreter in der vom Obmann zu bestimmenden Reihenfolge über. Der Vorstand kann die Aufgaben des leitenden Angestellten und seiner Stellvertreter zweckentsprechend verteilen. Abs. 2 wird davon nicht berührt.(6) Bei Abwesenheit oder Verhinderung des leitenden Angestellten gehen seine Rechte und Pflichten auf seine Stellvertreter in der vom Obmann zu bestimmenden Reihenfolge über. Der Vorstand kann die Aufgaben des leitenden Angestellten und seiner Stellvertreter zweckentsprechend verteilen. Absatz 2, wird davon nicht berührt.

Form rechtsverbindlicher Akte

(§ 453 Abs. 1 Z 2 ASVG)(Paragraph 453, Absatz eins, Ziffer 2, ASVG)

§ 9. (1) Schriftliche Ausfertigungen der Kasse in allen Angelegenheiten, die der BeschlussfassungParagraph 9, (1) Schriftliche Ausfertigungen der Kasse in allen Angelegenheiten, die der Beschlussfassung

- -Strichaufzählung
der Generalversammlung oder
- -Strichaufzählung
des Vorstandes

bedürfen, müssen, um rechtsverbindlich zu sein, sowohl vom Obmann als auch vom leitenden Angestellten unterzeichnet sein.

(2) Schriftliche Ausfertigungen der Kontrollversammlung müssen, um rechtsverbindlich zu sein, sowohl vom Vorsitzenden der Kontrollversammlung als auch vom leitenden Angestellten unterzeichnet sein.

(3) Schriftliche Ausfertigungen der Kasse in allen Angelegenheiten, in denen der Vorstand einzelne seiner Obliegenheiten

- einem Ausschuss aus Mitgliedern der Generalversammlung oder dem Obmannübertragen hat, müssen, um rechtsverbindlich zu sein, sowohl vom Obmann als auch vom leitenden Angestellten unterzeichnet sein.

(4) Schriftliche Ausfertigungen der Kasse in allen Angelegenheiten, in denen der Vorstand die Besorgung bestimmter laufender Angelegenheiten dem Büro der Kasse übertragen hat, müssen, um rechtsverbindlich zu sein, vom leitenden Angestellten oder einem von diesem beauftragten anderen Angestellten unterzeichnet sein, sofern die Ausfertigung nicht mittels elektronischer Datenverarbeitungsanlagen hergestellt wird (§ 357 Abs. 2 ASVG).(4) Schriftliche Ausfertigungen der Kasse in allen Angelegenheiten, in denen der Vorstand die Besorgung bestimmter laufender Angelegenheiten dem Büro der Kasse übertragen hat, müssen, um rechtsverbindlich zu sein, vom leitenden Angestellten oder einem von diesem beauftragten anderen Angestellten unterzeichnet sein, sofern die Ausfertigung nicht mittels elektronischer Datenverarbeitungsanlagen hergestellt wird (Paragraph 357, Absatz 2, ASVG).

Die beiden angeblichen Zuschlagsentscheidungen und der Aktenvermerk vom 6.11.2002 wurden an die Parteien zur Gewährleistung eines zweckmäßigen Verhandlungsablaufes am 8.1.2003 in der Verhandlung ausgefolgt.

Der Vorstandsbeschluss vom 20.3.2002, wie beschrieben, wurde bis zum 29.1.2003 nicht gehörig im Internet kundgemacht.

Der qualitative Leistungsschwerpunkt der Leistung(-en), die die Antragsgegnerin gegenständlich beschaffen will, liegt darin, Datenleitungen zur Verfügung zu haben insb. zwischen ihren eigenen Dienststellen, die prozentuell sehr hoch verfügbar sein sollen. Datenleitungen sind vor und üblicher Weise auch nach dem Verlegen bewegliche körperliche

Sachen, und sohin Waren. Der Antragsgegnerin kam es schwerpunktmäßig gerade nicht auf das Verlegen dieser Datenleitungen an, sondern war die Antragsgegnerin bereit, ein laufendes Entgelt für die Zur-Verfügung-Stellung prozentuell hoch verfügbarer Datenleitungen zu bezahlen, was mit anderen Worten einen Mietsachverhalt bedeutet.

Die Bundesvergabekontrollkommission verständigte am 3.12.2002 per Telefax die Antragstellerin und die Antragsgegnerin davon, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird, und dass die Sperrfrist gemäß § 109 Abs. 8 BVergG 1997 für die Zuschlagserteilung zwei Wochen nach Zustellung der gegenständlichen Mitteilung enden würde. Die Bundesvergabekontrollkommission verständigte am 3.12.2002 per Telefax die Antragstellerin und die Antragsgegnerin davon, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird, und dass die Sperrfrist gemäß Paragraph 109, Absatz 8, BVergG 1997 für die Zuschlagserteilung zwei Wochen nach Zustellung der gegenständlichen Mitteilung enden würde.

Die Antragsgegnerinnenvertretung hatte jedenfalls den Willen, die Antragsgegnerin in diesem Verfahren zu vertreten.

Die Tatsachengrundlagen für die Rechtsausführungen zum Ablehnungsantrag ergeben sich aus dem geschilderten Verfahrensgeschehen, das dem Verhandlungsakt korrespondiert. Die Antragsgegnerin übermittelte am 16.12.2002 22.39 Uhr eine angebliche Zuschlagserteilung per Telefax an die Mitbeteiligte, wobei dieses Telefax durch den

1. 2.Ziffer 2

Obmannstellvertreter der Antragsgegnerin und Herrn Dr. E*** als einem Vertreter des leitenden Angestellten der Antragsgegnerin, einer Gebietskrankenkasse gemäß ASVG, erfolgte.

Am 23.12.2002 fand eine Senatsberatung statt, bei der die erstgereihten Senatsmitglieder verhindert waren. In dieser Beratung wurde jedenfalls ein Beschluss gefasst, der die Pflicht der in diesem Bescheid ersichtlichen Mitglieder begründete, den Fall weiterhin zu betreuen.

Herr T*** ist Obmann(des Vorstandes) der Antragsgegnerin, Herr J*** dessen 2.Stellvertreter. Herr Mag. D*** ist leitender Angestellter der Antragsgegnerin, Herr Dr. E*** einer dessen Stellvertreter, ohne dass im Verfahren eine Vertreterreihe der Vertreter der leitenden Angestellten festgestellt werden konnte (§ 8 Abs.6 der Satzung der Antragsgegnerin). Herr T*** ist Obmann(des Vorstandes) der Antragsgegnerin, Herr J*** dessen 2.Stellvertreter. Herr Mag. D*** ist leitender Angestellter der Antragsgegnerin, Herr Dr. E*** einer dessen Stellvertreter, ohne dass im Verfahren eine Vertreterreihe der Vertreter der leitenden Angestellten festgestellt werden konnte (Paragraph 8, Absatz 6, der Satzung der Antragsgegnerin).

Die Antragstellerin ist Gesamtrechtsnachfolgerin der "S*** GmbH".

B. Beweismittel und Beweiswürdigung

Der geschilderte Verhandlungsverlauf ergibt sich nachprüfbar aus dem Verhandlungsakt. Die in diesem Bescheid textmäßig beschriebenen Dokumente wurden unwidersprochen in der mündlichen Verhandlung ausgefolgt; bzw. hinsichtlich der Vollmachtsurkunde zu Gunsten der Antragsgegnerinnenvertretung und hinsichtlich des Vorstandsbeschlusses mit Datum 20.3.2002 in der mündlichen Verhandlung am 29.1.2003 im Sinne des Unmittelbargrundsatzes beschrieben. Die angebliche Zuschlagserteilung am 16.12.2002, 22:39 Uhr per Telefax (zu Gunsten der Mitbeteiligten) und die Unterfertigung dieses Telefax durch den zweiten Obmann- Stellvertreter sowie einen Vertreter des leitenden Angestellten ergibt sich aus den eindeutigen Aussagen der Zeugen aus der Sphäre der Antragsgegnerin, genauso wie der Umstand, dass für die Vertretung des leitenden Angestellten bei der Antragsgegnerin entgegen § 8 Abs. 6 ihrer Satzung keine Vertretungsreihenfolge vorgesehen ist. Der geschilderte Verhandlungsverlauf ergibt sich nachprüfbar aus dem Verhandlungsakt. Die in diesem Bescheid textmäßig beschriebenen Dokumente wurden unwidersprochen in der mündlichen Verhandlung ausgefolgt; bzw. hinsichtlich der Vollmachtsurkunde zu Gunsten der Antragsgegnerinnenvertretung und hinsichtlich des Vorstandsbeschlusses mit Datum 20.3.2002 in der mündlichen Verhandlung am 29.1.2003 im Sinne des Unmittelbargrundsatzes beschrieben. Die angebliche Zuschlagserteilung am 16.12.2002, 22:39 Uhr per Telefax (zu Gunsten der Mitbeteiligten) und die Unterfertigung dieses Telefax durch den zweiten Obmann- Stellvertreter sowie einen Vertreter des leitenden Angestellten ergibt sich aus den eindeutigen Aussagen der Zeugen aus der Sphäre der Antragsgegnerin, genauso wie der Umstand, dass für die Vertretung des leitenden Angestellten bei der Antragsgegnerin entgegen Paragraph 8, Absatz 6, ihrer Satzung keine Vertretungsreihenfolge vorgesehen ist.

Die nicht erfolgte Kundmachung des Vorstandsbeschlusses vom 20.3.2002 im Internet ergibt sich aus der auch in der Verhandlung vom 29.1.2003 geschilderten amtlichen Nachschau im Internet.

Die Feststellung der Tatsachen für die Zuordnung zu einem Auftragsstypus ergibt sich aus dem Parteivorbringen und den Aussagen des Zeugen I*** am 10.1.2003.

Die Feststellungen zum abgeführten Schlichtungsverfahren und der Verständigungen vom 3.12.2002 durch die BVKK ergeben sich aus dem Akt der BVKK S-99/02, aus dem u.a. am 29.1.2003 in der Verhandlung entsprechend festgestellt wurde.

Der nachdrückliche Wille der Antragsgegnerinnenvertretung zur Vertretung der Antragsgegnerin ergibt sich aus der im Verfahren erfolgten Erstattung einer Vielzahl teilweise umfangreicher Schriftsätze und der vom Senat wahrgenommenen engagierten Vertretung.

Die Tatsache, dass die oben wiedergegebenen E-Mails vom 6.11. und 11.11.2002 ohne Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur gesendet wurden, ergibt sich aus dem Schriftsatz der Antragsgegnerin (OZ 50) mit einem ausdrücklichen Zugeständnis namens der Antragsgegnerin, aus der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 29.1.2003 vorgelegten eidesstattigen Erklärung, aus dem Schreiben des Hrn. Mag. N*** namens der RTR GmbH (OZ 38) sowie aus der Argumentation der Mitbeteiligten in deren Schriftsatz vom 20.1.2003 und dem Vorbringen der Mitbeteiligten in der Verhandlung am 29.1.2003, dass auch nach dem Bundesvergabegesetz 2002 eine E-Mail-Übermittlung ohne sichere elektronische Signatur für eine Zuschlagsentscheidung ausreichen solle. Im Sinne einer logischen Beweiswürdigung reicht für den erkennenden Senat aber bereits das Zugeständnis der Antragsgegnerin in der OZ 50 zur Feststellung dieser Tatsache hin.

Die Feststellung hinsichtlich der weiteren Pflicht zur Senatstätigkeit der in diesem Bescheid ersichtlichen Mitglieder des Bundesvergabeamtes ergibt sich aus den Wahrnehmungen der Hinderungsgründe des erkennenden Senatsvorsitzenden gelegentlich des Bemühens, möglichst rasch im Dezember 2002 einen entscheidenden Senat korrekt einzuberufen.

Die Feststellung des Obmannes und dessen 2. Stellvertreter sowie des leitenden Angestellten und des verfahrensmäßig relevanten Stellvertreters Dr. E*** erfolgte auf Basis der Aussage des leitenden Angestellten am 8.1.2003.

Die Gesamtrechtsnachfolge auf Antragstellerseite ergibt sich aus dem Parteivorbringen und der OZ 38.

C. Rechtliche Beurteilung

1. 1.Ziffer eins

Zur Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (=BVA) und der Bundes-Vergabekontrollkommission (=BVKK), jeweils in der Organisationsform nach dem 30.8.2002, sowie zu den angewendeten Rechtsvorschriften:

Gemäß § 188 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99/2002 (BVergG 2002) gilt das BVergG 2002 für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nicht. Das BVergG 1997 tritt jedoch gemäß § 188 Abs. 6 Z 3 BVergG 2002 zugleich mit dem Inkrafttreten des BVergG 2002 außer kraft. Da insoweit keine Einschränkung normiert ist, hieße das, dass für am 1. September 2002 bereits eingeleitete Vergabeverfahren weder das BVergG 2002 noch (infolge des mit 1. September 2002 normierten ausnahmslosen Außerkrafttretens) das BVergG 1997 gelte. Gemäß Paragraph 188, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2002, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 99 aus 2002, (BVergG 2002) gilt das BVergG 2002 für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nicht. Das BVergG 1997 tritt jedoch gemäß Paragraph 188, Absatz 6, Ziffer 3, BVergG 2002 zugleich mit dem Inkrafttreten des BVergG 2002 außer kraft. Da insoweit keine Einschränkung normiert ist, hieße das, dass für am 1. September 2002 bereits eingeleitete Vergabeverfahren weder das BVergG 2002 noch (infolge des mit 1. September 2002 normierten ausnahmslosen Außerkrafttretens) das BVergG 1997 gelte.

Ein derartiges Ergebnis kann dem Gesetzgeber vernünftigerweise nicht unterstellt werden. § 188 Abs. 6 Z 3 BVergG ist daher in Verbindung mit dem Abs. 1 leg. cit. dahin auszulegen, dass für die am Stichtag bereits eingeleiteten Vergabeverfahren das BVergG 1997 weiterhin zu gelten hat. Diese Weitergeltung betrifft sowohl die materiell-rechtlichen als auch die verfahrens-rechtlichen Vorschriften des BVergG 1997. In organisationsrechtlicher Form wird das Bundesvergabeamt in seiner bisherigen Rechtssprechung nach den im BVergG 2002 enthaltenen Bestimmungen tätig (siehe insbesondere die Begründung in der Entscheidung des verstärkten Senates 1 des Bundesvergabeamtes

vom 30. September 2002, GZ 01N-41/02-27, öffentlich zugänglich unter www.bva.gv.at bzw. im Rechtsinformationssystem des Bundes). Ein derartiges Ergebnis kann dem Gesetzgeber vernünftigerweise nicht unterstellt werden. Paragraph 188, Absatz 6, Ziffer 3, BVergG ist daher in Verbindung mit dem Absatz eins, leg. cit. dahin auszulegen, dass für die am Stichtag bereits eingeleiteten Vergabeverfahren das BVergG 1997 weiterhin zu gelten hat. Diese Weitergeltung betrifft sowohl die materiell-rechtlichen als auch die verfahrens-rechtlichen Vorschriften des BVergG 1997. In organisationsrechtlicher Form wird das Bundesvergabeamt in seiner bisherigen Rechtssprechung nach den im BVergG 2002 enthaltenen Bestimmungen tätig (siehe insbesondere die Begründung in der Entscheidung des verstärkten Senates 1 des Bundesvergabeamtes vom 30. September 2002, GZ 01N-41/02-27, öffentlich zugänglich unter www.bva.gv.at bzw. im Rechtsinformationssystem des Bundes).

Die Geltung des BVergG 1997 auch hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Vorschriften für Vergabeverfahren, die zwar vor dem 1. September 2002 eingeleitet wurden (z.B. durch die Ausschreibung Anfang Jänner 2002), aber die erst nach dem 1. September 2002 beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht wurden, ist aus folgenden Überlegungen geboten:

Würde man die gegenteilige Rechtsmeinung vertreten, dass die verfahrens-rechtlichen Bestimmungen des BVergG 2002 auf diese Fälle anzuwenden seien, dann müssten die Einsprüche der Bieter innerhalb von 14 Tagen rechtswirksam erhoben werden, ansonsten Präklusionsfolgen eintreten würden. Dies käme bei der Vielzahl der beim Bundesvergabeamt anhängigen Verfahren in Folge der Präklusionswirkungen einer de-facto Rechtsverweigerung gleich und wurden auch derartige Einsprüche innerhalb der ersten beiden September-Wochen 2002 in keinem einzigen Fall vorgebracht. Sohin kann auch davon ausgegangen werden, dass dies zwar eine juristisch denkmögliche Auslegung des Gesetzes ist, die aber im tatsächlichen Rechtsleben keine Bedeutung erlangt hat.

Im konkreten hat auch die Bundesvergabe-Kontrollkommission in ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 2002 ausweislich des Bescheides 01N-73/02-37 des Bundesvergabeamtes die Meinung vertreten, dass hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997 anzuwenden sei; das Bundesvergabeamt sah in diesem Bescheid keine Veranlassung sich nicht ebenfalls dieser Rechtsansicht, die auch die Antragstellerin vertritt, anzuschließen. In den Rechtsvorschriften über den vergabespezifischen Rechtsschutz, sohin in den verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 finden sich auch Bestimmungen über die Schlichtungstätigkeit der BVKK mit der Rechtsfolge einer Zuschlagsperre bei dem im § 109 Abs. 8 Z 3 vertypen Sachverhalt. Im konkreten hat auch die Bundesvergabe-Kontrollkommission in ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 2002 ausweislich des Bescheides 01N-73/02-37 des Bundesvergabeamtes die Meinung vertreten, dass hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BVergG 1997 anzuwenden sei; das Bundesvergabeamt sah in diesem Bescheid keine Veranlassung sich nicht ebenfalls dieser Rechtsansicht, die auch die Antragstellerin vertritt, anzuschließen. In den Rechtsvorschriften über den vergabespezifischen Rechtsschutz, sohin in den verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 finden sich auch Bestimmungen über die Schlichtungstätigkeit der BVKK mit der Rechtsfolge einer Zuschlagsperre bei dem im Paragraph 109, Absatz 8, Ziffer 3, vertypen Sachverhalt.

Auch der erkennende Senat hat keinen Grund, von dieser Auffassung der analogen Anwendbarkeit des § 109 Abs. 8 Bundesvergabegesetz 1997 auf den vorliegenden Fall abzugehen. Im Bundesvergabegesetz 1997 war eben die Schlichtungstätigkeit der BVKK dem Verfahren dem Bundesvergabeamt teilweise vorgeschaltet. In diesen obligatorischen bzw. fakultativen Vorschaltfällen sah das Bundesvergabegesetz 1997 in seinem zeitlichen Anwendungsbereich gemäß § 109 Abs. 8 vor, dass ein Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer Frist von 2 Wochen ab der Mitteilung erfolgen darf, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird. Auch der erkennende Senat hat keinen Grund, von dieser Auffassung der analogen Anwendbarkeit des Paragraph 109, Absatz 8, Bundesvergabegesetz 1997 auf den vorliegenden Fall abzugehen. Im Bundesvergabegesetz 1997 war eben die Schlichtungstätigkeit der BVKK dem Verfahren dem Bundesvergabeamt teilweise vorgeschaltet. In diesen obligatorischen bzw. fakultativen Vorschaltfällen sah das Bundesvergabegesetz 1997 in seinem zeitlichen Anwendungsbereich gemäß Paragraph 109, Absatz 8, vor, dass ein Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer Frist von 2 Wochen ab der Mitteilung erfolgen darf, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird.

Die BVKK hat auch im gegenständlichen Fall nach einer Erstattung einer Schlichtungseingabe ohne Zuständigkeitsrüge durch die Antragsgegnerin und einer weiteren Eingabe der Antragsgegnerin im Schlichtungsverfahren

S-99/02 eben die Mitteilung gemäß § 109 Abs. 8 (Nichtdurchführung eines Schlichtungsverfahrens) mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Zuschlagssperrfrist verfasst. Damit ergibt sich erstens, dass auch die BVKK übereinstimmend mit dem Bundesvergabeamt die Anwendbarkeit des § 109 Abs. 8 Bundesvergabegesetz 1997 BGBl. I Nr. 56/1997 idFBGBl. I Nr. 136/2002 vertritt. Daher ist damit auch der Bescheid 01N- 73/02-37 eindeutig verständlich und gemäß § 153 Bundesvergabegesetz 2002 bindend. S-99/02 eben die Mitteilung gemäß Paragraph 109, Absatz 8, (Nichtdurchführung eines Schlichtungsverfahrens) mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Zuschlagssperrfrist verfasst. Damit ergibt sich erstens, dass auch die BVKK übereinstimmend mit dem Bundesvergabeamt die Anwendbarkeit des Paragraph 109, Absatz 8, Bundesvergabegesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2002, vertritt. Daher ist damit auch der Bescheid 01N- 73/02-37 eindeutig verständlich und gemäß Paragraph 153, Bundesvergabegesetz 2002 bindend.

Der Einfachheit halber wird daher bereits an dieser Stelle die rechtliche Schlussfolgerung dargelegt, dass die Zuschlagssperrfrist gemäß § 109 Abs. 8 Z 3 Bundesvergabegesetz 1997 aufgrund der im Sachverhalt festgestellten Mitteilungen der BVKK vom 3.12.2002 am 17.12.2002 24 Uhr endete. Die am 16.12.2002, 22:39 Uhr per Telefax angeblich erfolgte Zuschlagserteilung der Antragsgegnerin an die Mitbeteiligte ist daher bereits aus diesem Grund nichtig. Der Einfachheit halber wird daher bereits an dieser Stelle die rechtliche Schlussfolgerung dargelegt, dass die Zuschlagssperrfrist gemäß Paragraph 109, Absatz 8, Ziffer 3, Bundesvergabegesetz 1997 aufgrund der im Sachverhalt festgestellten Mitteilungen der BVKK vom 3.12.2002 am 17.12.2002 24 Uhr endete. Die am 16.12.2002, 22:39 Uhr per Telefax angeblich erfolgte Zuschlagserteilung der Antragsgegnerin an die Mitbeteiligte ist daher bereits aus diesem Grund nichtig.

Mit anderen Worten lässt sich dieses Ergebnis, dass das Bundesvergabeamt in der Organisationsform gemäß Bundesvergabegesetz 2002 gegenständlich nach den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 in der entsprechenden Fassung entscheidet, damit begründen, dass die Republik Österreich gemäß den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien effektive Rechtsschutz-einrichtungen zur Verfügung zu stellen hat, dass das Bundesvergabeamt vom Gesetzgeber für öffentliche Auftragsvergaben im Einflussbereich des Bundes dazu geschaffen wurde; und dass dann, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich vorschreibt, dass am 1.9.2002 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach dem Bundesvergabegesetz 1997 fortzuführen sind, dies umso mehr für Vergabeverfahren gelten muss, bei denen der Beschaffungsvorgang vor dem 1.9.2002 bereits eingeleitet wurde, aber der Nachprüfungsantrag nach dem 1.9.2002 gestellt wurde. Diese derzeit ständige Praxis des Bundesvergabeamtes, an die auch der erkennende Senat gemäß § 153 Bundesvergabegesetz 2002 grundsätzlich gebunden ist, findet nach Auffassung des erkennenden Senates auch in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ihre Deckung, weil nach dieser Rechtssprechung auch im Zuständigkeitsbereich eine Lückenschließung, falls teleologisch geboten, möglich ist (VfGH JBl. 1992,510) und durch die aufgezeigte Praxis des Bundesvergabeamt (zB N-52/02-7 vom 16.10.2002) die Rechtslage gemäß § 188 Bundesvergabegesetz 2002 derart ausgelegt und angewendet wird, dass damit durch das Bundesvergabeamt seinem Rechtsschutzauftrag nachgekommen wird. Mit anderen Worten lässt sich dieses Ergebnis, dass das Bundesvergabeamt in der Organisationsform gemäß Bundesvergabegesetz 2002 gegenständlich nach den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 in der entsprechenden Fassung entscheidet, damit begründen, dass die Republik Österreich gemäß den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien effektive Rechtsschutz-einrichtungen zur Verfügung zu stellen hat, dass das Bundesvergabeamt vom Gesetzgeber für öffentliche Auftragsvergaben im Einflussbereich des Bundes dazu geschaffen wurde; und dass dann, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich vorschreibt, dass am 1.9.2002 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren nach dem Bundesvergabegesetz 1997 fortzuführen sind, dies umso mehr für Vergabeverfahren gelten muss, bei denen der Beschaffungsvorgang vor dem 1.9.2002 bereits eingeleitet wurde, aber der Nachprüfungsantrag nach dem 1.9.2002 gestellt wurde. Diese derzeit ständige Praxis des Bundesvergabeamtes, an die auch der erkennende Senat gemäß Paragraph 153, Bundesvergabegesetz 2002 grundsätzlich gebunden ist, findet nach Auffassung des erkennenden Senates auch in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ihre Deckung, weil nach dieser Rechtssprechung auch im Zuständigkeitsbereich eine Lückenschließung, falls teleologisch geboten, möglich ist (VfGH JBl. 1992,510) und durch die aufgezeigte Praxis des Bundesvergabeamt (zB N-52/02-7 vom 16.10.2002) die Rechtslage gemäß Paragraph 188, Bundesvergabegesetz 2002 derart ausgelegt und angewendet wird, dass damit durch das Bundesvergabeamt seinem Rechtsschutzauftrag nachgekommen wird.

Dementsprechend geht das Bundesvergabeamt in der Organisationsform gemäß Bundesvergabegesetz 2002 von der

unmittelbaren Anwendbarkeit des 5. Teiles 1. Hauptstück Bundesvergabegesetz 2002 BGBl. I 99/2002, das sind die §§ 135 bis 158 dieses Gesetzes aus. Für Beschaffungsvorgänge wie verfahrensgegenständlich, die vor dem 1.9.2002 eingeleitet wurden, bei denen aber der Nachprüfungsantrag nach dem 31.8.2002 gestellt wurde, werden aber die materiell rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 1997 BGBl. I 56/1997 idF BGBl. I 136/2001 auf Basis der Analogiegrundlage des § 188 Abs. 3 Satz 1 Bundesvergabegesetz 2002 herangezogen, und zwar inklusive des § 109 Bundesvergabegesetz 1997 idF BGBl. I 136/2001. Dementsprechend geht das Bundesvergabeamt in der Organisationsform gemäß Bundesvergabegesetz 2002 von der unmittelbaren Anwendbarkeit des 5. Teiles 1. Hauptstück Bundesvergabegesetz 2002 Bundesgesetzblatt Teil eins, 99 aus 2002,, das sind die Paragraphen 135 bis 158 dieses Gesetzes aus. Für Beschaffungsvorgänge wie verfahrensgegenständlich, die vor dem 1.9.2002 eingeleitet wurden, bei denen aber der Nachprüfungsantrag nach dem 31.8.2002 gestellt wurde, werden aber die materiell rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des Bundesvergabegesetzes 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, 56 aus 1997, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 136 aus 2001, auf Basis der Analogiegrundlage des Paragraph 188, Absatz 3, Satz 1 Bundesvergabegesetz 2002 herangezogen, und zwar inklusive des Paragraph 109, Bundesvergabegesetz 1997 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 136 aus 2001,.

Dem Einwand, dass man, wenn man schon eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamt per analogiam begründen könnte, zumindest nicht die Vorschriften über den Vergaberechtschutz durch die BVKK analog anwenden dürfte, ist entgegenzuhalten, dass methodisch hier im Rahmen einer Gesamtanalogie im Privatrechtsbereich ein sachlich für einen ähnlich gelagerten und wertungsmäßig jedenfalls gleich zu behandelnden Sachverhaltstypus (Beschaffungsvorgang vor dem 01.09.2002 eingeleitet und Nachprüfungsverfahren vor dem 01.09.2002 anhängig) geschaffenes, konsistentes Rechtsschutzsystem angewendet wird. Der Verfassungsgerichtshof hatte in der Vergangenheit wohl hinreichend Fälle zu behandeln, bei denen im Nachprüfungsverfahren die BVKK das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt mit einer Auslösung der Zuschlagssperre determinierte, so zB das Verfahren B 2037/99. Es ist aber nicht bekannt, dass der VfGH irgendwann einmal auf Antrag oder von Amtswegen ein Normprüfungsverfahren hinsichtlich der Bestimmungen über die durch die Tätigkeit der BVKK verursachte Zuschlagssperre eingeleitet gehabt hätte.

Die Antragsgegnerin und die Mitbeteiligte bleiben überdies Gründe dafür schuldig, warum für vor dem 1.9.2002 eingeleitete Beschaffungsvorgänge mangels Anhängigkeit eines Nachprüfungsantrages bereits am 31.8.2002 sachlich gerechtfertigt der vergabespezifische Rechtsschutz nicht zustehen soll, für am 1.9.2002 anhängige Verfahren aber schon, und auch für Verfahren, bei denen der Beschaffungsvorgang nach dem 31.8.2002 eingeleitet wurde.

Analogien sind sowohl in der Literatur zum öffentlichen Recht (Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht 9. Auflage Rz 136, in der bereits genannten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes sowie jedenfalls auch im Privatrecht und Privatrechtvollzug (§ 7 ABGB; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Band I 12. Auflage, 27 ff), und vor allem dort mit weiteren Nachweisen anerkannt. Analogien sind sowohl in der Literatur zum öffentlichen Recht (Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht 9. Auflage Rz 136, in der bereits genannten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes sowie jedenfalls auch im Privatrecht und Privatrechtvollzug (Paragraph 7, ABGB; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht Band römisch eins 12. Auflage, 27 ff), und vor allem dort mit weiteren Nachweisen anerkannt.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof in einer Entscheidung gemäß § 85 Abs. 2 Verfassungsgerichtshofgesetz über die aufschiebende Wirkung, also bereits in einem Fall, wie demjenigen, der hier zu behandeln ist, die vertretbare Annahme der Anwendbarkeit der Verfahrensbestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 eben durch das Bundesvergabeamt festgestellt hat (Beschluss des Verfassungsgerichtshofes in der Beschwerdezahl B-1905/02 OZ 2 vom 3. Jänner 2003). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof in einer Entscheidung gemäß Paragraph 85, Absatz 2, Verfassungsgerichtshofgesetz über die aufschiebende Wirkung, also bereits in einem Fall, wie demjenigen, der hier zu behandeln ist, die vertretbare Annahme der Anwendbarkeit der Verfahrensbestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 eben durch das Bundesvergabeamt festgestellt hat (Beschluss des Verfassungsgerichtshofes in der Beschwerdezahl B-1905/02 OZ 2 vom 3. Jänner 2003).

Die bundesvergabeamtsinterne Zuständigkeit des Senates 11 gemäß Geschäftsverteilung ergibt sich aus der Qualifikation des gegenständlichen Auftrages als Lieferauftrag in Übereinstimmung mit den Parteien. Leistungsschwerpunkt ist nämlich offenbar der Erwerb von Nutzungsrechten an Datenleitungen zwischen den einzelnen Dienststellen der Antragsgegnerin gegen Entgelt, mit dem Ziel der sehr hohen Verfügbarkeit (§ 1096 ABGB).

Datenleitungen sind, wenn vielleicht auch unhandliche, so doch bewegliche körperliche Sachen. Im Beweisverfahren sind keine Anhaltspunkte hervorgekommen, die einen Leistungsschwerpunkt der Errichtung dieser Datenleitungen ergeben würden. Die bundesvergabebeamtsinterne Zuständigkeit des Senates 11 gemäß Geschäftsverteilung ergibt sich aus der Qualifikation des gegenständlichen Auftrages als Lieferauftrag in Übereinstimmung mit den Parteien. Leistungsschwerpunkt ist nämlich offenbar der Erwerb von Nutzungsrechten an Datenleitungen zwischen den einzelnen Dienststellen der Antragsgegnerin gegen Entgelt, mit dem Ziel der sehr hohen Verfügbarkeit (Paragraph 1096, ABGB). Datenleitungen sind, wenn vielleicht auch unhandliche, so doch bewegliche körperliche Sachen. Im Beweisverfahren sind keine Anhaltspunkte hervorgekommen, die einen Leistungsschwerpunkt der Errichtung dieser Datenleitungen ergeben würden.

1. 1. Ziffer eins

Die weiter oben bereits dargelegte Nichtigkeit der Zuschlagserteilung am 16.12.2002 ergibt sich auch aus nachstehenden Gründen:

1. a) Litera a

Laut Sachverhaltsfeststellungen hat der Vorstand der Antragsgegnerin am 20.3.2002 lediglich beschlossen, das Büro dürfe nach Abführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag an den Bestbieter erteilen. Damit wird lediglich eine Vorgangsweise gemäß § 53 Bundesvergabegesetz 1997 beschlossen, nämlich die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip. Gerade aber nicht, welcher Unternehmer den Zuschlag erhalten soll. Laut Sachverhaltsfeststellungen hat der Vorstand der Antragsgegnerin am 20.3.2002 lediglich beschlossen, das Büro dürfe nach Abführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag an den Bestbieter erteilen. Damit wird lediglich eine Vorgangsweise gemäß Paragraph 53, Bundesvergabegesetz 1997 beschlossen, nämlich die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip. Gerade aber nicht, welcher Unternehmer den Zuschlag erhalten soll.

2. b) Litera b

Aus § 434 Abs. 1 ASVG ergibt sich, dass der Vorstand nur laufende Angelegenheiten im Wege einer Rechtsverordnung an das Büro der Antragsgegnerin delegieren dürfe. Eine derartige Übertragung ist eine Rechtsverordnung, die gemäß § 456a ASVG im Internet kundzumachen ist. Aus Paragraph 434, Absatz eins, ASVG ergibt sich, dass der Vorstand nur laufende Angelegenheiten im Wege einer Rechtsverordnung an das Büro der Antragsgegnerin delegieren dürfe. Eine derartige Übertragung ist eine Rechtsverordnung, die gemäß Paragraph 456 a, ASVG im Internet kundzumachen ist.

Der Beschluss des Vorstandes der Antragsgegnerin vom 20.3.2002 wurde im Kalenderjahr 2002 nicht im Internet kundgemacht. Keinesfalls auch unter der Internetadresse www.avsv.at gemäß der Internetkundmachungsverordnung des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger - diese Verordnung abgedruckt in der Sozialen Sicherheit, Dezember 2001, Seite 989, Nr.198/2001. Wie die Antragsgegnerin in ihrem Verfahrensvorbringen teilweise selbst zugesteht, handelt es sich bei dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang um keine "laufende Angelegenheit" gemäß §§ 434 Abs. 1 und 456a Abs. 3 ASVG idGF. Vielmehr liegt nach Auffassung des erkennenden Senates eine Angelegenheit vor, die aufgrund ihrer wertmäßigen Beschaffenheit (geschätzter Auftragswert über EURO 1 Million) zwingend einer Beschlussfassung des Vorstandes der Antragsgegnerin auch hinsichtlich Auswahl des konkreten Vertragspartners obliegt, weil eben kein von der Organisationseinheit Büro eigenständig zu betreuendes Tagesgeschäft vorliegt. Der Beschluss des Vorstandes der Antragsgegnerin vom 20.3.2002 wurde im Kalenderjahr 2002 nicht im Internet kundgemacht. Keinesfalls auch unter der Internetadresse www.avsv.at gemäß der Internetkundmachungsverordnung des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger - diese Verordnung abgedruckt in der Sozialen Sicherheit, Dezember 2001, Seite 989, Nr.198 aus 2001,. Wie die Antragsgegnerin in ihrem Verfahrensvorbringen teilweise selbst zugesteht, handelt es sich bei dem gegenständlichen Beschaffungsvorgang um keine "laufende Angelegenheit" gemäß Paragraphen 434, Absatz eins und 456 a Absatz 3, ASVG idGF. Vielmehr liegt nach Auffassung des erkennenden Senates eine Angelegenheit vor, die aufgrund ihrer wertmäßigen Beschaffenheit (geschätzter Auftragswert über EURO 1 Million) zwingend einer Beschlussfassung des Vorstandes der Antragsgegnerin auch hinsichtlich Auswahl des konkreten Vertragspartners obliegt, weil eben kein von der Organisationseinheit Büro eigenständig zu betreuendes Tagesgeschäft vorliegt.

Wollte man den Vorstandsbeschluss vom 20.3.2002 als Delegationsbeschluss gemäß § 434 Abs. 1 ASVG ansehen, wäre dieser inhaltlich gesetzwidrig, weil hier dem Büro mehr als nur eine laufende Angelegenheit übertragen wird. Das Bundesvergabeamt hätte daher mit Verordnungsprüfungsantrag vorzugehen. Da aber keine Internetkundmachung

dieses Vorstandsbeschlusses im Kalenderjahr 2002 erfolgte, hat das Bundesvergabeamt diesen Vorstandsbeschluss keinesfalls als Rechtsverordnung zu beachten (§ 135 Bundesvergabegesetz 2002 als Bestimmung des 5. Teiles 1. Hauptstück dieses Gesetzes und sohin als organisationsrechtliche Bestimmung des Bundesvergabegesetzes 2002). Wollte man den Vorstandsbeschluss vom 20.3.2002 als Delegationsbeschluss gemäß Paragraph 434, Absatz eins, ASVG ansehen, wäre dieser inhaltlich gesetzwidrig, weil hier dem Büro mehr als nur eine laufende Angelegenheit übertragen wird. Das Bundesvergabeamt hätte daher mit Verordnungsprüfungsantrag vorzugehen. Da aber keine Internetkundmachung dieses Vorstandsbeschlusses im Kalenderjahr 2002 erfolgte, hat das Bundesvergabeamt diesen Vorstandsbeschluss keinesfalls als Rechtsverordnung zu beachten (Paragraph 135, Bundesvergabegesetz 2002 als Bestimmung des 5. Teiles 1. Hauptstück dieses Gesetzes und sohin als organisationsrechtliche Bestimmung des Bundesvergabegesetzes 2002).

Da der Vorstand der Antragsgegnerin selbst keine Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a Bundesvergabegesetz 1997 idF BGBl. I 136/2001 vornahm, liegt auch deshalb gemäß § 53a Abs. 2 ein nichtiger Zuschlag am 16.12.2002 vor, weil eben keine gültige Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a mitgeteilt wurde. Die Festlegung der vier Angestellten der Antragsgegnerin am 6.11.2002 (siehe den im Sachverhalt wiedergegebenen Aktenvermerk aus der Sphäre der Antragsgegnerin) ist kein Vorstandsbeschluss. Da der Vorstand der Antragsgegnerin selbst keine Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 53 a, Bundesvergabegesetz 1997 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 136 aus 2001, vornahm, liegt auch deshalb gemäß Paragraph 53 a, Absatz 2, ein nichtiger Zuschlag am 16.12.2002 vor, weil eben keine gültige Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 53 a, mitgeteilt wurde. Die Festlegung der vier Angestellten der Antragsgegnerin am 6.11.2002 (siehe den im Sachverhalt wiedergegebenen Aktenvermerk aus der Sphäre der Antragsgegnerin) ist kein Vorstandsbeschluss.

Zur Entscheidungsklarheit ist hier aus der Entscheidung des Bundesvergabeamt N-56/01-7, N-57/01-8 vom 9.7.2001 zu zitieren: "Eine wirksame Zuschlagsentscheidung kann daher nur vorliegen, wenn nach Vorliegen dieser Entscheidung ohne weiteres eine wirksame Erklärung an den Bieter abgegeben werden kann, dass sein Angebot angenommen wird. Dies setzt voraus, dass Zuschlagserteilung bzw. Vertragsabschluss nicht von der Zustimmung anderer Stellen abhängig ist. Ob dies der Fall, ist nach den diesbezüglichen internen organisationsrechtlichen Vorgaben beim Auftraggeber zu beurteilen. Demnach liegt eine wirksame Zuschlagsentscheidung nur dann vor, wenn alle jene Organe, die nach der internen Organisation des Auftraggebers über den Vertragsabschluss zu entscheiden haben, die Zuschlagsentscheidung genehmigt haben. Nur die Bekanntgabe einer solchen wirksamen Zuschlagsentscheidung erfüllt die gesetzlichen Anforderungen des § 53 a Abs. 1 und 2 BVergG." Zur Entscheidungsklarheit ist hier aus der Entscheidung des Bundesvergabeamt N-56/01-7, N-57/01-8 vom 9.7.2001 zu zitieren: "Eine wirksame Zuschlagsentscheidung kann daher nur vorliegen, wenn nach Vorliegen dieser Entscheidung ohne weiteres eine wirksame Erklärung an den Bieter abgegeben werden kann, dass sein Angebot angenommen wird. Dies setzt voraus, dass Zuschlagserteilung bzw. Vertragsabschluss nicht von der Zustimmung anderer Stellen abhängig ist. Ob dies der Fall, ist nach den diesbezüglichen internen organisationsrechtlichen Vorgaben beim Auftraggeber zu beurteilen. Demnach liegt eine wirksame Zuschlagsentscheidung nur dann vor, wenn alle jene Organe, die nach der internen Organisation des Auftraggebers über den Vertragsabschluss zu entscheiden haben, die Zuschlagsentscheidung genehmigt haben. Nur die Bekanntgabe einer solchen wirksamen Zuschlagsentscheidung erfüllt die gesetzlichen Anforderungen des Paragraph 53, a Absatz eins und 2 BVergG."

Diese Ausführungen aus dem Bescheid des alten Bundesvergabeamtes (N-56, 57/01-7) erhellen eindeutig, dass gegenständlich mangels Vorstandsbeschlussfassung über die Auswahl des Vertragspartners keine bekämpfbare Zuschlagsentscheidung vorliegt; wobei diese zitierten Rechtsausführungen aus dem Vorbescheid im Einklang mit der privatrechtlichen Kommentarliteratur (Apathy in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB Rz 1, 3f zu § 867 ABGB) stehen. Diese Ausführungen aus dem Bescheid des alten Bundesvergabeamtes (N-56, 57/01-7) erhellen eindeutig, dass gegenständlich mangels Vorstandsbeschlussfassung über die Auswahl des Vertragspartners keine bekämpfbare Zuschlagsentscheidung vorliegt; wobei diese zitierten Rechtsausführungen aus dem Vorbescheid im Einklang mit der privatrechtlichen Kommentarliteratur (Apathy in Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB Rz 1, 3f zu Paragraph 867, ABGB) stehen.

1. a) Litera a

Aufgrund einer Angelegenheit, die der Vorstandsbeschlussfassung oblag, hätten gemäß § 9 Abs. 1 der Satzung der Antragsgegnerin der Obmann und der leitende Angestellte die Zuschlagsentscheidung unterfertigen müssen, um

diese rechtsverbindlich zu machen. Weder Frau H*** laut E-Mail vom 06.11.2002 noch Hr. G*** laut E-Mail vom 11.11.2002 bekleiden derartige Positionen. Überdies wurden diese beiden E-Mails, wie im Sachverhalt wiedergegeben und als Zuschlagsentscheidungen behauptet, mit E-Mail ohne Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur übersandt. Sohin wurde auch das für eine gültige Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a Bundesvergabegesetz 1997 BGBl. I 136/2001 zwingende Formerfordernis nicht eingehalten. Daher liegen auch mangels verbindlicher Fertigung der Zuschlagsentscheidungen und mangels schriftlicher Übermittlung im Sinne des § 53a leg. cit. keine gültigen und gültig bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidungen vor. Aufgrund einer Angelegenheit, die der Vorstandsbeschlussfassung oblag, hätten gemäß Paragraph 9, Absatz eins, der Satzung der Antragsgegnerin der Obmann und der leitende Angestellte die Zuschlagsentscheidung unterfertigen müssen, um diese rechtsverbindlich zu machen. Weder Frau H*** laut E-Mail vom 06.11.2002 noch Hr. G*** laut E-Mail vom 11.11.2002 bekleiden derartige Positionen. Überdies wurden diese beiden E-Mails, wie im Sachverhalt wiedergegeben und als Zuschlagsentscheidungen behauptet, mit E-Mail ohne Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur übersandt. Sohin wurde auch das für eine gültige Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 53 a, Bundesvergabegesetz 1997 Bundesgesetzblatt Teil eins, 136 aus 2001, zwingende Formerfordernis nicht eingehalten. Daher liegen auch mangels verbindlicher Fertigung der Zuschlagsentscheidungen und mangels schriftlicher Übermittlung im Sinne des Paragraph 53 a, leg. cit. keine gültigen und gültig bekannt gegebenen Zuschlagsentscheidungen vor.

Mangels wirksam gefertigter und mangels gültig übermittelter Zuschlagsentscheidung, die überdies auch antragsgegnerintern nicht bis zum 6.11.2002 gültig durch das entsprechende Organ beschlossen wurde, fehlt es an einer bekämpfbaren Zuschlagsentscheidung. Der diesbezügliche Nichtigkeitsantrag war daher zurückzuweisen. Überdies würde auch § 9 Abs. 4 der Satzung, der ohnehin nach Senatsauffassung nicht einschlägig ist, zu keinem anderen Ergebnis führen, da Zuschlagsentscheidungen in diesem Beschaffungsvorgang keine Ausfertigungen nach § 357 Abs. 2 ASVG sind. Überdies würde auch Paragraph 9, Absatz 4, der Satzung, der ohnehin nach Senatsauffassung nicht einschlägig ist, zu keinem anderen Ergebnis führen, da Zuschlagsentscheidungen in diesem Beschaffungsvorgang keine Ausfertigungen nach Paragraph 357, Absatz 2, ASVG sind.

1. a) Litera a

Da sich aus § 53a Bundesvergabegesetz 1997 idFBGBl. I 136/2001 im Absatz 2 eine Nichtigkeit des Zuschlages mangels Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Abs. 1 dieser Bestimmung ergibt, und weder der Antragstellerin noch der Mitbeteiligten eine Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a Abs. 1 leg. cit. bekannt gegeben wurde, ist der angebliche Zuschlag vom 16.12.2002, 22 Uhr 39 auch deshalb nichtig. Da sich aus Paragraph 53 a, Bundesvergabegesetz 1997 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 136 aus 2001, im Absatz 2 eine Nichtigkeit des Zuschlages mangels Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Absatz eins, dieser Bestimmung ergibt, und weder der Antragstellerin noch der Mitbeteiligten eine Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 53 a, Absatz eins, leg. cit. bekannt gegeben wurde, ist der angebliche Zuschlag vom 16.12.2002, 22 Uhr 39 auch deshalb nichtig.

1. b) Litera b

Eine privatrechtliche gewillkürte Bevollmächtigung des Büros der Antragsgegnerin scheidet schon allein deshalb aus, da das Büro zwar Organ und Amt der Antragsgegnerin ist, aber nicht rechtsfähig und sohin auch nicht privatrechtlich geschäftsfähig, was Voraussetzung für einen gewillkürten Vertreter ist (Koziol /Welser, Bürgerliches Recht Bd I, 181). Überdies wäre eine gewillkürte Stellvertretung gegenständlich als Umgehung der Delegationsbeschränkungen der §§ 434 und 456a ASVG nichtig. Eine privatrechtliche gewillkürte Bevollmächtigung des Büros der Antragsgegnerin scheidet schon allein deshalb aus, da das Büro zwar Organ und Amt der Antragsgegnerin ist, aber nicht rechtsfähig und sohin auch nicht privatrechtlich geschäftsfähig, was Voraussetzung für einen gewillkürten Vertreter ist (Koziol /Welser, Bürgerliches Recht Bd römisch eins, 181). Überdies wäre eine gewillkürte Stellvertretung gegenständlich als Umgehung der Delegationsbeschränkungen der Paragraphen 434 und 456 a ASVG nichtig.

1. c) Litera c

Ergänzend zur Begründung zu den Punkten b) und e) sei ausgeführt:

Ausweislich des Inhaltsverzeichnisses der Zeitschrift "Soziale Sicherheit" für ****, Seiten *** bis *** hat die Antragsgegnerin 2001 in diesem Publikationsorgan keinen Anhang zur Geschäftsordnung des Vorstandes

kundgemacht. Und sohin keinesfalls denjenigen, der von der Antragsgegnerin am 18.12.2002 vorgelegt wurde. Daher darf dieser Anhang von der Behörde mangels ordnungsmäßiger Kundmachung gar nicht als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden, zumal jedenfalls bis 31.12.2002 auch keine Internetkundmachung unter www.avsv.at oder auf der Homepage der Antragsgegnerin erfolgte, wie eben die amtliche Internetschau ergab. Der letzte, von der Behörde aufgefundene, in der "Sozialen Sicherheit" verlaubliche Anhang betreffend die Antragsgegnerin findet sich eben im Heft Oktober/November **** auf den Seiten *** bis *** In dieser letzten Kundmachung ist ersichtlich, dass Verträge, die das Hundertfache der monatlichen ASVG - Höchstbeitragsgrundlage übersteigen, teilweise nicht einmal der Beschlussfassung eines Generalversammlungsausschusses obliegen, sondern der Vorstandsbeschlussfassung. In diesem Anhang sind insgesamt die Beschlusskompetenzen sehr stark nach Wichtigkeit und Betragsgrenzen verteilt, und entscheidet das Krankenkassenbüro nur in tendenziell geringwertigen Angelegenheiten selbst. Dies wird insb. durch § 7 dieser Verordnung bestätigt. Würde man die Büroentscheidung laut wiedergegebenem Aktenvermerk vom 6.11.2002 vor dem Hintergrund eines Anhanges zur Geschäftsordnung des Vorstandes der Antragsgegnerin prüfen, bleibt das Ergebnis gleich. Ausweislich des Inhaltsverzeichnisses der Zeitschrift "Soziale Sicherheit" für ****, Seiten *** bis *** hat die Antragsgegnerin 2001 in diesem Publikationsorgan keinen Anhang zur Geschäftsordnung des Vorstandes kundgemacht. Und sohin keinesfalls denjenigen, der von der Antragsgegnerin am 18.12.2002 vorgelegt wurde. Daher darf dieser Anhang von der Behörde mangels ordnungsmäßiger Kundmachung gar nicht als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden, zumal jedenfalls bis 31.12.2002 auch keine Internetkundmachung unter www.avsv.at oder auf der Homepage der Antragsgegnerin erfolgte, wie eben die amtliche Internetschau ergab. Der letzte, von der Behörde aufgefundene, in der "Sozialen Sicherheit" verlaubliche Anhang betreffend die Antragsgegnerin findet sich eben im Heft Oktober/November **** auf den Seiten *** bis *** In dieser letzten Kundmachung ist ersichtlich, dass Verträge, die das Hundertfache der monatlichen ASVG - Höchstbeitragsgrundlage übersteigen, teilweise nicht einmal der Beschlussfassung eines Generalversammlungsausschusses obliegen, sondern der Vorstandsbeschlussfassung. In diesem Anhang sind insgesamt die Beschlusskompetenzen sehr stark nach Wichtigkeit und Betragsgrenzen verteilt, und entscheidet das Krankenkassenbüro nur in tendenziell geringwertigen Angelegenheiten selbst. Dies wird insb. durch Paragraph 7, dieser Verordnung bestätigt. Würde man die Büroentscheidung laut wiedergegebenem Aktenvermerk vom 6.11.2002 vor dem Hintergrund eines Anhanges zur Geschäftsordnung des Vorstandes der Antragsgegnerin prüfen, bleibt das Ergebnis gleich.

Auch der hier nicht heranziehbare, aber von der Antragsgegnerin vorgelegte "Anhang" aus 2001 würde im Übrigen auf eine Verteilung der Beschlusskompetenzen je nach Betragsgrenze des Beschlussgegenstandes hindeuten.

Der Anhang zur Vorstandsgeschäftsordnung der AA*** GKK, abgedruckt in der Sozialen Sicherheit ****, Seiten *** bis ***, verteilt die Beschlusskompetenzen auf die Organe nach § 434 Abs.1 ASVG sehr stark nach Aspekten der finanziellen Bedeutung, und beschränkt ausdrücklich die Vergabeentscheidungskompetenz des Büros in § 4 Pkt.2.f) jedenfalls mit der sechsfachen monatlichen Höchstbeitragsgrundlage. Der Anhang zur Vorstandsgeschäftsordnung der AA*** GKK, abgedruckt in der Sozialen Sicherheit ****, Seiten *** bis ***, verteilt die Beschlusskompetenzen auf die Organe nach Paragraph 434, Absatz eins, ASVG sehr stark nach Aspekten der finanziellen Bedeutung, und beschränkt ausdrücklich die Vergabeentscheidungskompetenz des Büros in Paragraph 4, Pkt.2.f) jedenfalls mit der sechsfachen monatlichen Höchstbeitragsgrundlage.

Dadurch ist für den erkennenden Senat in rechtlicher Hinsicht erwiesen, dass auch nach der Auslegung anderer Vollzugsorgane eine Leistung mit einem geschätzten Auftragswert, wie hier, nicht unter Stützung auf § 434 Abs. 1 ASVG auf das Organ Büro zur selbständigen Auswahl des Vertragspartners übertragen werden kann. Der gegenständlich zu vergebende Auftrag ist keine "bestimmte laufende Angelegenheit" im Sinne dieser Bestimmung, weil er eben finanziell zu bedeutsam ist, um vom hierarchisch untersten Organ der Antragsgegnerin entschieden zu werden. Unter Berücksichtigung der Verordnung BGBl. II Nr.475/2001 betrug die monatliche Höchstbeitragsgrundlage im Jahr 2002 EURO 109 x 30 = EURO 3.270.-, soweit man überhaupt diesen valorisierten Betrag heranziehen darf und nicht ohnehin den niedrigeren, zum Zeitpunkt der jeweiligen Kundmachung des Geschäftsordnungsanhanges gültigen Betrag. Dadurch ist für den erkennenden Senat in rechtlicher Hinsicht erwiesen, dass auch nach der Auslegung anderer Vollzugsorgane eine Leistung mit einem geschätzten Auftragswert, wie hier, nicht unter Stützung auf Paragraph 434, Absatz eins, ASVG auf das Organ Büro zur selbständigen Auswahl des Vertragspartners übertragen werden kann. Der gegenständlich zu vergebende Auftrag ist keine "bestimmte laufende Angelegenheit" im Sinne dieser Bestimmung, weil er eben finanziell zu bedeutsam ist, um vom hierarchisch untersten Organ der Antragsgegnerin entschieden zu

werden. Unter Berücksichtigung der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr.475 aus 2001, betrug die monatliche Höchstbeitragsgrundlage im Jahr 2002 EURO 109 x 30 = EURO 3.270.-, soweit man überhaupt diesen valorisierten Betrag heranziehen darf und nicht ohnehin den niedrigeren, zum Zeitpunkt der jeweiligen Kundmachung des Geschäftsordnungsanhanges gültigen Betrag.

Nach Auffassung des Senates kann für den Standpunkt der Antragsgegnerin auch § 8 der weiter oben wiedergegebenen Satzung nicht herangezogen werden. Die Absätze 1) und 2) dieser Norm definieren das Büro bei Vorstandsbeschlüssen nur als Hilfsapparat und sohin Amt des Selbstverwaltungskörpers, ohne dadurch zB Entscheidungsbefugnisse des Büros über die Auswahl des Vertragspartners für den gegenständlichen Auftrag zu begründen. Durch die beiden Absätze wird das Büro nur unterstützendes Hilfsorgan für das entscheidende Organ "Vorstand". Nach Auffassung des Senates kann für den Standpunkt der Antragsgegnerin auch Paragraph 8, der weiter oben wiedergegebenen Satzung nicht herangezogen werden. Die Absätze 1) und 2) dieser Norm definieren das Büro bei Vorstandsbeschlüssen nur als Hilfsapparat und sohin Amt des Selbstverwaltungskörpers, ohne dadurch zB Entscheidungsbefugnisse des Büros über die Auswahl des Vertragspartners für den gegenständlichen Auftrag zu begründen. Durch die beiden Absätze wird das Büro nur unterstützendes Hilfsorgan für das entscheidende Organ "Vorstand".

1. g) Litera g

Zur Nichtanwendung nicht gehörig kundgemachter Verordnungen wie eben den Delegationsbeschlüssen des Vorstandes gemäß §§ 434, und 456a ASVG ist klarzustellen, dass diese Vorgangsweise für das Bundesvergabeamt geboten erscheint, um die gleichen Beurteilungsmaßstäbe an einen Sachverhalt anzulegen wie die ordentlichen Gerichte, für welche Bundesvergabeamt -Bescheide mitunter relevant sind, zB gemäß § 184 BVergG 2002. Der Gesetzgeber hat dies in § 135 BVergG 2002, also einer Bestimmung des 5. Hauptstückes, 1. Teil BVergG 2002 bereits so vorgesehen. Zur Nichtanwendung nicht gehörig kundgemachter Verordnungen wie eben den Delegationsbeschlüssen des Vorstandes gemäß Paragraphen 434,, und 456a ASVG ist klarzustellen, dass diese Vorgangsweise für das Bundesvergabeamt geboten erscheint, um die gleichen Beurteilungsmaßstäbe an einen Sachverhalt anzulegen wie die ordentlichen Gerichte, für welche Bundesvergabeamt -Bescheide mitunter relevant sind, zB gemäß Paragraph 184, BVergG 2002. Der Gesetzgeber hat dies in Paragraph 135, BVergG 2002, also einer Bestimmung des 5. Hauptstückes, 1. Teil BVergG 2002 bereits so vorgesehen.

1. 1. Ziffer eins

Die Zurückweisung des Nichtigerklärungsantrages betreffend Zuschlagsentscheidung wurde bereits in Punkt 2. dieser Begründung dargelegt.

An dieser Stelle ist dem insbesondere von der Mitbeteiligten vorgebrachten und allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes relevanten Argument entgegenzutreten, dass (auch) nach dem Bundesvergabegesetz 2002 keine sichere elektronische Signatur für die Zuschlagsentscheidung gefordert wäre. § 100 des neuen Gesetzes ist nämlich zusammen mit § 22 Abs. 2 desselben zu lesen. Nach letzterer Bestimmung hat der Auftraggeber bei der Übermittlung von Dokumenten im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung eine sichere elektronische Signatur zu verwenden. Mit der Zuschlagsentscheidung sucht sich der Auftraggeber aufgrund der Angebotsbewertung seinen gewünschten Vertragspartner aus, diese Entscheidung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Angebotsbewertung. Die Zuschlagsentscheidung unterfällt daher der qualifizierten Übermittlungsart nach § 22 Abs. 2 des neuen Bundesvergabegesetzes 2002 bei dessen zeitlicher Anwendbarkeit. Daher kann man richtiger Weise auch aus dem neuen Gesetz auch keine Argumente für die Beurteilung einer nach § 53a Bundesvergabegesetz 1997 zu prüfenden Zuschlagsentscheidung herleiten. Vielmehr dokumentiert die neue Rechtslage, dass das Schriftformerfordernis im alten § 53a auch nur bei Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur bei einer elektronischen Übermittlung eingehalten war (§ 4 Abs.1 Signaturgesetz), zumal eine derartige Sicherheitsvorkehrung auf Grund der Bedeutung der Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren wegen der notwendigen Authentizitätsprüfung geradezu geboten ist. An dieser Stelle ist dem insbesondere von der Mitbeteiligten vorgebrachten und allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes relevanten Argument entgegenzutreten, dass (auch) nach dem Bundesvergabegesetz 2002 keine sichere elektronische Signatur für die Zuschlagsentscheidung gefordert wäre. Paragraph 100, des neuen Gesetzes ist nämlich zusammen mit Paragraph 22, Absatz 2, desselben zu lesen. Nach letzterer Bestimmung hat der Auftraggeber bei der Übermittlung von Dokumenten im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung eine sichere elektronische Signatur zu verwenden. Mit der

Zuschlagsentscheidung sucht sich der Auftraggeber aufgrund der Angebotsbewertung seinen gewünschten Vertragspartner aus, diese Entscheidung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Angebotsbewertung. Die Zuschlagsentscheidung unterfällt daher der qualifizierten Übermittlungsart nach Paragraph 22, Absatz 2, des neuen Bundesvergabegesetzes 2002 bei dessen zeitlicher Anwendbarkeit. Daher kann man richtiger Weise auch aus dem neuen Gesetz auch keine Argumente für die Beurteilung einer nach Paragraph 53 a, Bundesvergabegesetz 1997 zu prüfenden Zuschlagsentscheidung herleiten. Vielmehr dokumentiert die neue Rechtslage, dass das Schriftformerfordernis im alten Paragraph 53 a, auch nur bei Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur bei einer elektronischen Übermittlung eingehalten war (Paragraph 4, Absatz eins, Signaturgesetz), zumal eine derartige Sicherheitsvorkehrung auf Grund der Bedeutung der Zuschlagsentscheidung im Vergabeverfahren wegen der notwendigen Authentizitätsprüfung geradezu geboten ist.

1. 1.Ziffer eins

Die Zurückweisung des Antrages auf Nichtigkeitserklärung des Verhandlungsverfahrens (siehe den im entsprechenden Spruchteil wiedergegebenen Antrag) ergibt sich daraus, dass das Bundesvergabeamt nach den Verfahrensbestimmungen des Bundesvergabegesetzes 1997 nur zur Nichtigkeitserklärung von Entscheidungen, nicht aber von ganzen Verhandlungsverfahren zuständig ist. Dem Bundesvergabeamt war es im übrigen hier entsprechend der Judikatur des VfGH verwehrt, den gestellten Antrag umzudeuten - VfGH 27.9.2000, 2000/04/0051.

2. 1.Ziffer eins

Die Zurückweisung des Antrages auf Nichtigkeitserklärung der Entscheidung, dass bislang abgeführte Verhandlungsverfahren (zum genauen Antragswortlaut siehe im Bescheidspruch) nicht zu widerrufen, war nach der ständigen Praxis deshalb auszusprechen, weil nach der Rechtsprechung des VfGH nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes 1997 nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers, die nichtig erklärt werden können, sind. Unterlassungen des Auftraggebers wie eben die Unterlassung des Widerrufs eines Verhandlungsverfahrens werden rechtlich eben nicht als anfechtbare Entscheidungen bewertet - siehe dazu zB Bundesvergabeamt 12N-52/02-26 vom 11. Dezember 2002, Spruchpunkt 6. samt entsprechender Begründung unter Hinweis auf den VfGH. Im Übrigen hat die Antragstellerin es auch unterlassen, entsprechend vorzubringen und unter Beweis zu stellen, worin sie eine diesbezügliche, gemäß § 434 ASVG gültige Entscheidung der Antragsgegnerin sieht, die dann zur Bewirkung der Anfechtbarkeit gültig in die Außenwelt getreten wäre. Es wurde nämlich im gesamten Verfahren kein entsprechender Vorstandsbeschluss der Antragsgegnerin behauptet, und ist auch kein solcher anderweitig existent indiziert. Die Zurückweisung des Antrages auf Nichtigkeitserklärung der Entscheidung, dass bislang abgeführte Verhandlungsverfahren (zum genauen Antragswortlaut siehe im Bescheidspruch) nicht zu widerrufen, war nach der ständigen Praxis deshalb auszusprechen, weil nach der Rechtsprechung des VfGH nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes 1997 nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers, die nichtig erklärt werden können, sind. Unterlassungen des Auftraggebers wie eben die Unterlassung des Widerrufs eines Verhandlungsverfahrens werden rechtlich eben nicht als anfechtbare Entscheidungen bewertet - siehe dazu zB Bundesvergabeamt 12N-52/02-26 vom 11. Dezember 2002, Spruchpunkt 6. samt entsprechender Begründung unter Hinweis auf den VfGH. Im Übrigen hat die Antragstellerin es auch unterlassen, entsprechend vorzubringen und unter Beweis zu stellen, worin sie eine diesbezügliche, gemäß Paragraph 434, ASVG gültige Entscheidung der Antragsgegnerin sieht, die dann zur Bewirkung der Anfechtbarkeit gültig in die Außenwelt getreten wäre. Es wurde nämlich im gesamten Verfahren kein entsprechender Vorstandsbeschluss der Antragsgegnerin behauptet, und ist auch kein solcher anderweitig existent indiziert.

3. 3.Ziffer 3

Die Feststellung der Nichtigkeit des Zuschlages stützt sich insbesondere auf die Entscheidung des VfGH vom 21.6.2001, B 2037/99. Eine derartige Feststellung liegt gegenständlich aufgrund des Rechtsschutzauftrages des Bundesvergabeamtes und der Rechtsicherheit im öffentlichen Interesse. Festgestellt wurde abweichend vom Antrag der Antragstellerin die Nichtigkeit der behaupteten Zuschlagserteilung per Telefax am 16.12.2002, 22.39 Uhr entsprechend den Verfahrensergebnissen. Diese Feststellung war auch im Parteieninteresse, wie der im Antragstellerinnenschriftsatz vom 20.1.2003 formulierte, allerdings nicht ganz exakte Antrag auf Feststellung zeigt. Aufgrund der vom Bundesvergabeamt getroffenen Feststellung der Nichtigkeit waren die darüber hinaus

gehenden Feststellungsanträge der Antragstellerin mangels Vorliegens eines entsprechenden Feststellungsinteresses schon allein deshalb zurückzuweisen. Durch die getroffene Feststellung des Bundesvergabebeamten sind ohnehin das öffentliche Interesse sowie das Antragstellerinteresse (und auch das Interesse der anderen Parteien an einer auch hinsichtlich der grundsätzlichen Zuständigkeitsfrage anfechtbaren Entscheidung) hinreichend gewahrt. Überdies wird durch eine derartige Vorgehensweise auch die Subsidiarität eines gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Feststellungsbescheides hinreichend berücksichtigt. Das Bundesvergabeamt war für den so erlassenen Feststellungsbescheid aufgrund des engsten sachlichen Zusammenhanges und mangels eines anderen Verwaltungsverfahrens mit engerem Sachzusammenhang zuständig.

4. 4.Ziffer 4

Der Antrag der Antragsgegnerinnenvertreterin, bewertet gemäß § 13 AVG als Antrag der Antragsgegnerin, vorgetragen in der mündlichen Verhandlung am 8.1.2003, auf grundsätzlichen Abspruch über die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (zum näheren Antragswortlaut siehe den entsprechenden Spruchteil) war zurückzuweisen, weil das AVG 1991 grundsätzlich keine gesonderte Zuständigkeitsentscheidung und auch keine Entscheidungen über einen Zwischenfeststellungsantrag etc. kennt. Ist aber im AVG, und soweit gegenständlich relevant, auch in sonstigen Rechtsvorschriften keine derartige Antragsmöglichkeit vorgesehen, ist eben ein derartiger Antrag als unzulässig zurückzuweisen. Der Antrag der Antragsgegnerinnenvertreterin, bewertet gemäß Paragraph 13, AVG als Antrag der Antragsgegnerin, vorgetragen in der mündlichen Verhandlung am 8.1.2003, auf grundsätzlichen Abspruch über die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes (zum näheren Antragswortlaut siehe den entsprechenden Spruchteil) war zurückzuweisen, weil das AVG 1991 grundsätzlich keine gesonderte Zuständigkeitsentscheidung und auch keine Entscheidungen über einen Zwischenfeststellungsantrag etc. kennt. Ist aber im AVG, und soweit gegenständlich relevant, auch in sonstigen Rechtsvorschriften keine derartige Antragsmöglichkeit vorgesehen, ist eben ein derartiger Antrag als unzulässig zurückzuweisen.

5. 5.Ziffer 5

Zu dem in der Verhandlung am 29.1.2003 gestellten Ablehnungsantrag hinsichtlich des tätigen Senatsvorsitzenden ist vorzubringen, dass der Vorsitzende des Bundesvergabeamtes mit E-Mail vom 4.2.2003 mitteilte, dass er keine Befangenheit erkennen kann. Sihin hat das zuständige Organ materiell über den Befangenheitsantrag entschieden. Der Senat geht mit dieser Entscheidung konform, und verweist hier auf Mayr in Rechberger, ZPO 2. Auflage Rz 6 zu § 19 JN. Wertungsmäßig eine Befangenheit begründende Umstände liegen nach Senatsauffassung im bisherigen Verfahrensverlauf nicht vor, zumal die Antragsgegnerin einerseits erst am 28.1.2003 zugestand, dass die verfahrensgegenständlichen e-mails ohne sichere elektronische Signatur versandt wurden, und andererseits die Antragsgegnerin erst am 8.1. eine Vollmachtsurkunde und ein Vorstandsbeschlussdokument vorlegte, bei dem allerdings eine Prüfung gemäß § 438 ASVG nicht möglich war. Überdies ist anzumerken, dass nicht bereits ein Ablehnungsantrag die Befangenheit begründet, sondern erst die endgültige Feststellung derselben durch die entsprechenden Grenzorgane. Würde es doch sonst an den Parteien liegen, sich seine behördlichen Entscheidungsträger auszusuchen. Zu dem kommt noch, dass die Befangenheitsfrage, wenn überhaupt, einen Vorfrage ist. Diese darf gemäß § 38 AVG vom in der Hauptsache entscheidenden Organ vorerst autonom entschieden werden, dies wenn man gegenständlich überhaupt eine gesondert bekämpfbare Entscheidung des Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes verlangen dürfte. Gegen eine Erlassung einer gesondert bekämpfbaren Entscheidung spricht, dass der Rechtsschutz ohnehin durch die Bekämpfbarkeit der Endentscheidung bei entsprechender Beschwer sicher gestellt ist. Zu dem in der Verhandlung am 29.1.2003 gestellten Ablehnungsantrag hinsichtlich des tätigen Senatsvorsitzenden ist vorzubringen, dass der Vorsitzende des Bundesvergabeamtes mit E-Mail vom 4.2.2003 mitteilte, dass er keine Befangenheit erkennen kann. Sihin hat das zuständige Organ materiell über den Befangenheitsantrag entschieden. Der Senat geht mit dieser Entscheidung konform, und verweist hier auf Mayr in Rechberger, ZPO 2. Auflage Rz 6 zu Paragraph 19, JN. Wertungsmäßig eine Befangenheit begründende Umstände liegen nach Senatsauffassung im bisherigen Verfahrensverlauf nicht vor, zumal die Antragsgegnerin einerseits erst am 28.1.2003 zugestand, dass die verfahrensgegenständlichen e-mails ohne sichere elektronische Signatur versandt wurden, und andererseits die Antragsgegnerin erst am 8.1. eine Vollmachtsurkunde und ein Vorstandsbeschlussdokument vorlegte, bei dem allerdings eine Prüfung gemäß Paragraph 438, ASVG nicht möglich war. Überdies ist anzumerken, dass nicht bereits ein Ablehnungsantrag die Befangenheit begründet, sondern erst die endgültige Feststellung derselben

durch die entsprechenden Grenzorgane. Würde es doch sonst an den Parteien liegen, sich seine behördlichen Entscheidungsträger auszusuchen. Zu dem kommt noch, dass die Befangenheitsfrage, wenn überhaupt, einen Vorfrage ist. Diese darf gemäß Paragraph 38, AVG vom in der Hauptsache entscheidenden Organ vorerst autonom entschieden werden, dies wenn man gegenständlich überhaupt eine gesondert bekämpfbare Entscheidung des Vorsitzenden des Bundesvergabeamt verlangen dürfte. Gegen eine Erlassung einer gesondert bekämpfbaren Entscheidung spricht, dass der Rechtsschutz ohnehin durch die Bekämpfbarkeit der Endentscheidung bei entsprechender Beschwerde sicher gestellt ist.

Auch die zeitliche Platzierung des Ablehnungsantrages am Ende der dritten Verhandlung trotz der vorher genauso bekannten Ablehnungsgründe hatte in die Entscheidung miteinzufließen.

1. 6.Ziffer 6

Die Zustellung dieses Bescheides an die im Verfahren aufgetretene Antragsgegnerinnenvertretung konnte vor dem Hintergrund folgender rechtlicher Überlegungen erfolgen:

Am 8.1.2003 legte die Antragsgegnerin eine Vollmachtsurkunde mit textmäßig entsprechender Bevollmächtigung an die ersichtliche Vertretung vor. Auch wenn aus dieser Urkunde nicht endgültig über ein rechtsgültiges Vertragsverhältnis zwischen dieser Anwaltskanzlei und der Antragsgegnerin geschlossen werden kann, ist dennoch mangels Erweislichkeit des Gegenteiles in diesem Verfahren mit einem anderen Haupt-Verfahrensgegenstand zumindest von einer das Außenverhältnis gültigen Vollmacht auszugehen, und kann das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer dahingestellt bleiben. Daher musste vom Bundesvergabeamt nicht weiter hinterfragt werden, ob hier ein gültiger Auftragsvertrag oder aber allenfalls mangels hinreichender Berücksichtigung des § 17 Abs. 4 Bundesvergabegesetz 2002 oder aber mangels bekannt gewordener Vorstandsbeschlussfassung mit Genehmigung der Unterfertigung der Vollmachtsurkunde am 26.11.2002 durch den Obmann und den leitenden Angestellten vielleicht nur eine Ermächtigung (interpretativ durch Konversion oder aber geltungserhaltende Reduktion) oder sonst ein Rechtsverhältnis vorlag. Der Senat geht jedenfalls von einer mit faktischem Willen der Mitarbeiter und des Vorstandsobmannes der Antragsgegnerin getragenen Verfahrensvertretung aus, die man trotz des Beschlusses des VwGH 1778/67 und des dort zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens als zumindest per vorläufiger Obmannverfügung der Antragsgegnerin (§ 453 Abs. 2 ASVG) begründete Vollmacht ansehen kann. Am 8.1.2003 legte die Antragsgegnerin eine Vollmachtsurkunde mit textmäßig entsprechender Bevollmächtigung an die ersichtliche Vertretung vor. Auch wenn aus dieser Urkunde nicht endgültig über ein rechtsgültiges Vertragsverhältnis zwischen dieser Anwaltskanzlei und der Antragsgegnerin geschlossen werden kann, ist dennoch mangels Erweislichkeit des Gegenteiles in diesem Verfahren mit einem anderen Haupt-Verfahrensgegenstand zumindest von einer das Außenverhältnis gültigen Vollmacht auszugehen, und kann das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer dahingestellt bleiben. Daher musste vom Bundesvergabeamt nicht weiter hinterfragt werden, ob hier ein gültiger Auftragsvertrag oder aber allenfalls mangels hinreichender Berücksichtigung des Paragraph 17, Absatz 4, Bundesvergabegesetz 2002 oder aber mangels bekannt gewordener Vorstandsbeschlussfassung mit Genehmigung der Unterfertigung der Vollmachtsurkunde am 26.11.2002 durch den Obmann und den leitenden Angestellten vielleicht nur eine Ermächtigung (interpretativ durch Konversion oder aber geltungserhaltende Reduktion) oder sonst ein Rechtsverhältnis vorlag. Der Senat geht jedenfalls von einer mit faktischem Willen der Mitarbeiter und des Vorstandsobmannes der Antragsgegnerin getragenen Verfahrensvertretung aus, die man trotz des Beschlusses des VwGH 1778/67 und des dort zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens als zumindest per vorläufiger Obmannverfügung der Antragsgegnerin (Paragraph 453, Absatz 2, ASVG) begründete Vollmacht ansehen kann.

1. 1.Ziffer eins

Die Tätigkeit der erkennenden Senatsmitglieder ergibt sich rechtlich aus der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamt und § 13 Abs. 3 der Geschäftsordnung sowie der Verhinderung der jeweils erstgereihten Mitglieder des Senates 11 des Bundesvergabeamtes am 23.12.2002 bei der Beschlussfassung. Die Tätigkeit der erkennenden Senatsmitglieder ergibt sich rechtlich aus der Geschäftsverteilung des Bundesvergabeamt und Paragraph 13, Absatz 3, der Geschäftsordnung sowie der Verhinderung der jeweils erstgereihten Mitglieder des Senates 11 des Bundesvergabeamtes am 23.12.2002 bei der Beschlussfassung.

2. 2.Ziffer 2

Die offenen Beweisanträge konnten am 29.1.2003 mangels weiterer Erheblichkeit zurückgewiesen werden, aus gleichem Grund war auch die Gewährung weiterer Einsicht in den Akt nicht notwendig.

3. 3.Ziffer 3

Die nach dem 29.1.2003 nach der letzten Verhandlung verfassten Parteieneingaben begründeten gleichfalls mangels entscheidungserheblicher Beweisanbote/Beweise keine Pflicht, das bereits für geschlossen erklärte Ermittlungsverfahren wieder zu eröffnen.

Schlagworte

Zurückweisungs- und Feststellungsbescheid;

Dokumentnummer

VERGT_20030207_11N_72_02_84_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