



N/0099-BVA/10/2011-41

Betreff: Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren „Storage; Ersatz von zwei Stagesystemen CX3-80 durch aktuelle Technologie sowie die teilweise Erneuerung der Fiber-Channel-Infrastruktur“

B E S C H E I D

A .

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10, bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzenden sowie Dr. Walter Fuchs als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Ulrich E. Zellenberg als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Storage; Ersatz von zwei Stagesystemen CX3-80 durch aktuelle Technologie sowie die teilweise Erneuerung der Fiber-Channel-Infrastruktur“ der Auftraggeberin Universität Wien, Raum- und Ressourcenmanagement, vertreten durch X*** Rechtsanwalts-Partnerschaft eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, vom 6. Oktober 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I .

Der Antrag der A*** auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 71 Abs. 1 AVG 1971

II .

Der Antrag der A*** auf „*Nichtigerklärung der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin gemäß dem Mail vom 26.9.2011; in eventu auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zur Zl. 11-AS-H03-IP140042-21 veröffentlicht am 28.4.2011 auf*

der Website der Universität Wien <http://univie.vemap.com> wird **zurückgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 320 BVergG 2006

III.

Der Antrag der A***, „*die Beschwerdegegner zur Zahlung der Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung zu verurteilen und die Gebühren zu Händen des einschreitenden Rechtsanwalts bei sonstiger Exekution auf dessen Konto zu überweisen*“, wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG 2006

B.

Das Bundesvergabeamt hat durch den Vorsitzenden des Senates 10, Mag. Hubert Reisner als einzelnes Mitglied gemäß § 306 Abs 1 BVergG im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe „Storage; Ersatz von zwei Stagesystemen CX3-80 durch aktuelle Technologie sowie die teilweise Erneuerung der Fiber-Channel-Infrastruktur“ des Auftraggebers Universität Wien, Raum- und Ressourcenmanagement, vertreten durch X*** Rechtsanwalts-Partnerschaft eingeleitet über Antrag der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwalt, vom 6. Oktober 2011 wie folgt entschieden:

Der Antrag, „*für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch zwei Monate, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bei sonstiger Nichtigkeit zu untersagen, sowie die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und die Aussetzung der Ausscheidensentscheidung zu verfügen*“, wird **abgewiesen**.

Rechtsgrundlage: § 328 BVergG

B e g r ü n d u n g

Die Universität Wien, im Nachprüfungsverfahren vertreten durch X^{***}, Rechtsanwalts-Partnerschaft, Währinger Straße 2-4, 1090 Wien, führt zur Aktenzahl 11-AS-H03-IP140042 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip über den Ersatz von zwei Storage-Systemen CX3-80 durch aktuelle Technologie sowie die teilweise Erneuerung der Fiber-Channel-Infrastruktur. Vergeben wird der Auftrag von der Abteilung Raum- und Ressourcenmanagement der Universität Wien. Es handelt sich um einen Lieferauftrag. Die CPV-Codes für den Gegenstand der Ausschreibung lauten 30200000 – Computeranlagen und Zubehör, ergänzende Gegenstände 48000000 – Softwarepakete und Informationssysteme. Der geschätzte Auftragswert beträgt €600.000 zuzüglich des geschätzten Auftragswerts der Optionen von in Summe ca €100.000 jeweils ohne Umsatzsteuer. Die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union wurde am 28. April 2011 abgesandt. Nach Berichtigung der Ausschreibung war das Ende der Angebotsfrist am 27. Juni 2011, 14.00 Uhr. Die Angebotsöffnung erfolgte am 27. Juni 2011, 14.30 Uhr, im Beisein von Bietern. Bis zum festgelegten Abgabetermin langten 14 Haupt- und Alternativangebote ein. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin erfolgte am 26. September 2011. (Unterlagen des Vergabeverfahrens; Auskünfte der Auftraggeberin).

Am 6. Oktober 2011 brachte die A^{***} vertreten durch Y^{***}, Rechtsanwalt, in der Folge Antragstellerin genannt, per Boten einen Nachprüfungsantrag ein. Der Bote gab den Nachprüfungsantrag um 14.50 Uhr ab. Darin beantragte sie wie im Spruch unter A. II. und III. wiedergegeben die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, in eventu der Ausschreibung und den Ersatz der Pauschalgebühr. Daneben beantragte sie die im Spruch unter B. wiedergegebene einstweilige Verfügung. Diesen Antrag brachte sie in einer textgleichen Fassung um 15.17 Uhr desselben Tages per E-Mail ein. Diesem E-Mail war der Antrag als Dateianlage im Format pdf angeschlossen. Aus den Dateiinformationen der pdf-Datei ergibt sich, dass sie am 6. Oktober 2011, 15.14 Uhr, von einem Benutzer namens „user02“ mit einem Programm namens „*PDFCreator Version 1.2.0*“ erstellt wurde. Der Text des übermittelten Nachprüfungsantrags lässt sich als Text und nicht als Grafik kopieren.

Die Anträge im eingebrachten Nachprüfungsantrag lauten:

„Es wird daher gestellt der

ANTRAG

auf Nichtigerklärung der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin gemäß dem Mail vom 26.9.2011;

in eventu

auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zur Zahl 11-AS-H03-IP140042-21 veröffentlicht am 28.04.2011 auf der Website der Universität Wien <http://univie.vemap.com>;

sowie

zur Absicherung der Rechte der Beschwerdeführerin insbesondere zur Verhinderung, dass der Zweck des Nachprüfungsverfahrens durch zwischenzeitige Handlungen des Auftraggebers, insbesondere der angekündigten Zuschlagserteilung unterlaufen wird, sowie zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens wird höflichst unter Bezugnahme auf das gesamte bisherige Vorbringen, welches auch einen integrierenden Bestandteil zur EV bildet,

beantragt

raschest möglich zu erlassen die nachstehende

EINSTWEILIGE VERFÜGUNG

für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch zwei Monate, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bei sonstiger Nichtigkeit zu untersagen,

sowie

die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und

*die Aussetzung der Ausscheidensentscheidung **zu verfügen.***

*Weiters wird **beantragt** die Beschwerdegegner zur Zahlung der Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung zu verurteilen und die Gebühren zu Händen des einschreitenden Rechtsanwaltes bei sonstiger Exekution auf dessen Konto zu überweisen.“*

Mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2011 nahm die Auftraggeberin Stellung. Vorerst erteilte sie allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auch in der Stellungnahme führte sie im Wesentlichen aus, dass der Antragstellerin mit E-Mail vom 26. September 2011 mitgeteilt worden sei, dass ihr Angebot ausgeschieden und der Auftrag nach Ablauf der Stillhaltefrist am 6. Oktober 2011 an die Firma B*** vergeben werde. Der Antragstellerin sei einerseits die Ausscheidensentscheidung und andererseits die Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG bekannt gegeben worden. Sie habe jedoch lediglich die Ausscheidensentscheidung angefochten, nicht jedoch die Zuschlagsentscheidung. Die Rechtsstellung der Antragstellerin würde sich daher selbst durch eine Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung nicht

verbessern, weil die Auftraggeberin in jedem Fall auf Basis der bekanntgegebenen und anfechtungsfesten Zuschlagsentscheidung den Zuschlag erteilen dürfe. Es fehle der Antragstellerin daher nicht nur an jeglichem Rechtsschutzinteresse an der Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung, sondern es fehle ihr daher insbesondere auch an einem Rechtsschutzinteresse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der Antrag sei daher abzuweisen. Auch inhaltlich komme dem Nachprüfungsantrag keine Berechtigung zu.

Am 11. Oktober 2011 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 12. Oktober 2011 brachte die Antragstellerin einen neuerlichen Schriftsatz ein. Darin beantragte sie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und führte im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin durch ein unabwendbares Ereignis, nämlich ein Versehen der Sekretariatsmitarbeiterin bei der Abfertigung (Kuvertierung des Schriftsatzes des Nachprüfungsantrages mit dem Begehren auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung und der Zuschlagsentscheidung) an der rechtzeitigen Vornahme einer befristeten Prozesshandlung gehindert worden sei. Sie erleide dadurch den Rechtsnachteil des Ausschlusses von der vorzunehmenden Prozesshandlung, nämlich den Verlust des Rechts auf Beantragung der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung im gegenständlichen Vergabeverfahren. Die Versäumung sei nicht auf ein Verschulden des Parteienvertreters oder auf ein Versehen minderen Grades der Sekretariatsmitarbeiterin zurückzuführen. Die Antragstellerin habe die Beantragung der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung innerhalb der Frist des § 321 Abs 1 BVergG versäumt. Dabei handle es sich um eine verfahrensrechtliche Frist. Daher sei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig. Von der Versäumung der Frist habe die Antragstellerin erst durch den Schriftsatz der Auftraggeberin vom 10. Oktober 2011 Kenntnis erlangt, sodass der Wiedereinsetzungsantrag auch rechtzeitig sei. Der Rechtsnachteil bestünde darin, dass sie den Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung und damit den primärrechtlichen Vergaberechtsschutz nicht mehr nachholen könne. Die Antragstellerin sei durch ein unabwendbares Ereignis an der Stellung des Antrags auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gehindert worden. Auf Grund der Weisung des einschreitenden Parteienvertreters seien die letzten

Änderungen im gegenständlichen Schriftsatz, nämlich die ausdrückliche Beantragung der Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung nach Diktat des einschreitenden Parteienvertreters vorgenommen und für die anschließende Genehmigung diesem nochmals vorgelegt worden. Diese genehmigte Version sei sohin unterschrieben zum Handakt genommen worden. Auf Grund eines Versehens der mehrjährig im Anwaltskanzleibereich sehr erfahrenen und sonst äußerst zuverlässigen Sekretariatsmitarbeiterin Frau C*** sei dieser unterschriebene Schriftsatz, der zur Abfertigung (Kuvertierung) auf dem Schreibtisch der Frau C*** am Tag der Einbringung, das war der 6. Oktober 2011, „*zwischen gelagert*“ geworden sei, sowie dessen nicht unterschriebene, ebenfalls auf dem Schreibtisch Frau C*** abgelegte Vorgängerversion auf den Boden gefallen und beide Schriftsätze hätten sich miteinander vermengt. Frau C*** habe die Papiere sortiert, dabei aber versehentlich das unterfertigte Deckblatt der Letztversion auf den Stapel der Altversion und deren nicht unterfertigtes Deckblatt auf den Stapel der Letztversion gelegt. Dann habe sie den Stapel mit dem unterschriebenen Deckblatt, also die Vorgängerversion ohne Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, kuvertiert, diese für die elektronische Einbringung eingescannt und diese Version an den Boten zur persönlichen Überreichung beim Bundesvergabeamt übergeben. Der einschreitende Parteienvertreter habe nach Unterfertigung die Kanzlei für einen Termin bis abends verlassen müssen, sodass Frau C*** diesen gar nicht mehr hätte befassen können, wenn ihr der Irrtum aufgefallen wäre, was allerdings nicht der Fall gewesen sei. Dadurch habe es dazu kommen können, dass der sonst in vielen Teilen die Zuschlagsentscheidung bekämpfende Schriftsatz vom 5. Oktober 2011, eingebracht am 6. Oktober 2011, ohne die entsprechende Passage an das Bundesvergabeamt gelangt sei. Es sei daher zur Übermittlung der Entwurfsfassung und nicht wie vom Parteienvertreter gewollt, der von ihm genehmigten Fassung des gegenständlichen Schriftsatzes gekommen. Die geeignete, jahrelang verlässliche und ordentliche Mitarbeiterin des Parteienvertreters, Frau C***, habe bisher sämtliche ihr anvertrauten Arbeiten, darunter natürlich die hier gegenständliche Abfertigung von Poststücken, sehr erfolgreich und ohne jede Beanstandung erledigt. Frau C*** zeichne sich durch hohes Engagement und besondere Zuverlässigkeit aus, wobei ihr auch ein derartiges Versehen noch nie unterlaufen sei. Eine wie oben geschilderte Fehlleistung hätte eigentlich auch einem sorgfältigen Menschen passieren können und sei sohin lediglich als leicht fahrlässig und für die

Wiedereinsetzung als unschädlich zu werten. Aber auf das Verschulden der Frau C*** komme es letztlich nicht an, sondern würde nur ein Kontroll- und Überwachungsverschulden des Parteienvertreters der Wiedereinsetzung im Wege stehen. Es bedürfe keiner näheren Erörterung, dass die ständige Weisung gelte, dass die unterfertigte Letztversion abzufertigen sei. Der Parteienvertreter kontrolliere dies auch dadurch, dass die Sekretariatsmitarbeiter befragt würden, ob sie auch kontrollierten, dass nur die unterfertigte Version hinausgehe. Durch diese vorgenommene Weisung/Kontrolle des Parteienvertreters wäre nach allgemeiner Lebenserfahrung sichergestellt gewesen, dass eine solche Unzulänglichkeit wie die Abfertigung einer Vorversion durch menschliches Versagen auszuschließen sei. Im konkreten Fall aber habe Frau C*** infolge der Vermengung der Papiere darüber geirrt, welche die unterschriebene Version sei. Dieses Versehen wäre nur zu verhindern gewesen, wenn der Parteienvertreter selbst die Kuvertierung übernommen hätte. Die Überwachung rein manipulativer Vorgänge, wie der Kuvertierung oder Abfertigung würde aber einen normalen Kanzleibetrieb verunmöglichen, die Überwachungspflichten des Parteienvertreters überspannen und gehöre nicht zu den Obliegenheiten des Parteienvertreters, deren Verletzung ein die Wiedereinsetzung ausschließendes Überwachungsverschulden begründen würde. Auf Grund der dargestellten Umstände stellte die Antragstellerin den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur rechtzeitigen Vornahme der mit 6. Oktober 2011 befristeten Prozesshandlung, nämlich den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zur ZI 11-AS-H03-IP 140042-21 und der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung. Gleichzeitig stellte sie den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin sowie der Zuschlagsentscheidung gemäß dem Mail vom 26. September 2011. Darüber hinaus führte die Antragstellerin zusammenfassend aus, dass das Begehren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sich dem gesamten Antrag entnehmen lasse. Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin die Aussetzung des Verfahrens gemäß § 38 AVG über die beantragte einstweilige Verfügung bis zur Entscheidung über den gestellten Wiedereinsetzungsantrag. Diesen Antrag brachte die Antragstellerin per Fax und per E-Mail ein. Sie legte ihm eine nicht unterschriebene Letztfassung des Nachprüfungsantrags und eine eidesstattige Erklärung der Sekretariatsmitarbeiterin Frau C*** bei. Sie lautet wie folgt:

„Ich, C***, geboren am **.**.***, wohnhaft in ***** **, ***** **, erkläre an Eides statt, den Schriftsatz vom 06.10.2011 in der Vergabesache Universität Wien/ A*** nach der Unterfertigung durch Y*** (nach Umsetzung seiner Änderungswünsche) zur Abfertigung (Couvertierung für den Boten bzw. Scannen für Emailinbringung) übernommen zu haben.

Dieser unterschriebene Schriftsatz, der zur Abfertigung (Couvertierung) auf meinem Schreibtisch am Tag der Einbringung (06.10.2011) aufbewahrt wurde, sowie dessen nicht unterschriebene, ebenfalls auf dem Schreibtisch abgelegte Vorgängerversion fielen auf den Boden, weil ich den Papierstapel unabsichtlich streifte. Beide Schriftsätze vermengten sich miteinander. Ich sortierte die Papiere und nahm dann den Stapel, den ich für das zu versendende Original (mit dem von Y*** unterfertigten Deckblatt) hielt, zum Scannen und zur Übergabe an den Boten.

Wie ich erst am 11.10.2011 erfuhr, legte ich dabei aber versehentlich das unterfertigte Deckblatt der Letztversion auf den Stapel der Altversion und deren nicht unterfertigtes Deckblatt auf den Stapel der Letztversion. So wurde der Stapel mit dem unterschriebenen Deckblatt (also die Vorgängerversion ohne Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung), gescannt und elektronisch eingebracht bzw. an den Boten übergeben (Y*** hatte nach Unterfertigung die Kanzlei für einen Termin bis Abends verlassen, sodass ich diesen gar nicht mehr hätte befassen können, wenn mir der Irrtum aufgefallen wäre, was allerdings nicht der Fall war).

Ich habe die Weisung nur unterfertigte Originale abzufertigen und habe dies bisher auch stets (auch bei früheren Kanzleien) so befolgt. Y*** kontrolliert dies auch durch regelmäßige Nachfrage. Ein derartiges Versehen wie das geschilderte ist mir in meiner ganzen Laufbahn als Rechtsanwaltssekretärin noch nie passiert und bin ich sonst eine äußerst zuverlässige Kraft, sodass Y*** zu Recht davon ausgehen durfte, dass die von ihm unterfertigte und freigegebene letzte Version des Schriftsatzes zur Versendung gelangt. Ich bin bereit diesen Umstand auch vor dem Bundesvergabeamt auszusagen.“

Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist in dem Fax zweifach enthalten. Das Fax trägt auf dem ersten Wiedereinsetzungsantrag neben dem Datum, der Uhrzeit und der Seitenzahl die Faxkennung „+43402404190 Y***“, auf dem zweiten Wiedereinsetzungsantrag, der eidesstättigen Erklärung und dem beigelegten Nachprüfungsantrag die Faxkennung „+43 1 5135268 34 D***“. Die Uhrzeiten auf den zwölf Seiten des Antrags auf Wiedereinsetzung mit der Kennung von Y*** lauten ausnahmslos 14.43 Uhr, jene auf übrigen Seiten reichen von „2:59 PM“ bis „3:04 PM“. Darin lauten die Anträge an das Bundesvergabeamt:

„Aufgrund der dargelegten Darstellungen werden folgende Anträge eingebracht:

„Es wird daher gestellt der

ANTRAG

auf Nichtigerklärung der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin, **sowie der Zuschlagsentscheidung**, gemäß dem Mail vom 26.9.2011;“

Es wird daher gestellt der

ANTRAG

auf Nichtigerklärung der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin gemäß dem Mail vom 26.9.2011;

in eventu

auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zur Zahl 11-AS-H03-1P140042-21 veröffentlicht am 23.04.2011 auf der Website der Universität Wien <http://univie.vemap.com>;

sowie

zur Absicherung der Rechte der Beschwerdeführerin insbesondere zur Verhinderung, dass der Zweck des Nachprüfungsverfahrens durch zwischenzeitige Handlungen des Auftraggebers, insbesondere der angekündigten Zuschlagserteilung unterlaufen wird, sowie zur Absicherung des Rechtsgestaltungsbegehrens wird höflichst unter Bezugnahme auf das gesamte bisherige Vorbringen, welches auch einen integrierenden Bestandteil zur EV bildet,

beantragt

raschest möglich zu erlassen die nachstehende

EINSTWEILIGE VERFÜGUNG

für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch zwei Monate, dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages bei sonstiger Nichtigkeit zu untersagen,

sowie

die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung und

*die Aussetzung der Ausscheidensentscheidung **zu verfügen.***

*Weiters wird **beantragt** die Beschwerdegegner zur Zahlung der Gebühren **binnen 14** Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung zu verurteilen und die Gebühren zu Händen des einschreitenden Rechtsanwaltes bei sonstiger Exekution auf dessen Konto zu überweisen.“*

Am 14. Oktober 2011 erhob die B*** vertreten durch Z*** Rechtsanwälte in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin genannt, begründete Einwendungen. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es sich sowohl bei der Ausscheidensentscheidung als auch bei der Zuschlagsentscheidung um gesondert anfechtbare Entscheidungen handle, diese seien gemäß § 321 Abs 1 BVergG binnen zehn Tagen einzubringen. Verspätete Anträge seien jedenfalls gemäß § 322 Abs 2 BVergG zurückzuweisen. Die Antragstellerin habe es bewusst unterlassen, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gesondert oder in Verbindung mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung anzufechten. Zum Wiedereinsetzungsantrag führte sie aus, dass ein derartiges Zusammentreffen ungünstiger Umstände, wie von der Antragstellerin geschildert, zunächst unwahrscheinlich erscheine. Es handle sich weder um ein unvorhergesehenes noch um ein unabwendbares Ereignis und es liege kein Versehen vor. Durch zumutbares Verhalten hätte die Vermengung der beiden (vermeintlichen) Schriftsätze vermieden oder rückgängig gemacht werden können. Gerade bei einem derartigen Missgeschick sei es geboten, bei der „Entwirrung“ der Seiten besondere Sorgfalt aufzuwenden. Ein beruflich rechtskundiger Parteienvertreter habe seine Kanzlei so zu organisieren, dass die

erforderliche und fristgerechte Setzung von Prozesshandlungen sichergestellt sei. Dies erfordere auch eine hinreichende und wirksame Kontrolle, dass allfällige Unzulänglichkeiten ausgeschlossen werden könnten. Für den Fall, dass zwei nahezu idente Versionen eines Schriftsatzes erstellt würden und die Unterschiede derart gering und dennoch von erheblicher Bedeutung seien, erfordere eine entsprechende Kanzleiorganisation ein besonderes Maß an Sorgfalt und Wirksamkeit. Bei einem genauen Vergleich beider Schriftsätze sei erkennbar, dass sowohl die „richtige“ als auch die Vorgängerversion 19 Seiten umfasse. Beide Schriftsätze glichen sich – mit Ausnahme weniger Wörter – bis ins letzte Detail. Lediglich auf Seite 18 sei die Wortfolge „sowie der Zuschlagsentscheidung“ eingefügt worden. Sämtliche sonstigen Ausführungen seien in beiden Versionen ident. Die Antragstellerin bringe auch im „richtigen“ Schriftsatz kein inhaltliches Vorbringen gegen das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vor. Aus diesem Grund sei zu vermuten, dass die Antragstellerin – nachträglich – diese Wortfolge beigefügt und sodann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt habe. Für diese Annahme spreche auch der Umstand, dass der „richtige“ Schriftsatz erst sechs Tage nach Verfahrenseinleitung nachgereicht worden sei. Im Bewusstsein zweier identer Versionen hätte eine entsprechende Kontrolle zweifellos ungleich früher eingesetzt. Offensichtlich habe die Antragstellerin ihr Angebot unter Missachtung der Ausschreibungsbedingungen insbesondere Punkt C 1.5.3 „Performance und Ausfallsicherheit“ gelegt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragte, das Bundesvergabeamt möge den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung zurück-, in eventu abweisen, den Antrag der Antragstellerin auf Wiedereinsetzung zurück-, in eventu abweisen, den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurück-, in eventu abweisen, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sämtliche Beilagen zum Nachprüfungsantrag übermitteln, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Akteneinsicht gemäß § 17 AVG gewähren und der Antragstellerin sowie den sonstigen Mitbietern keine Akteneinsicht in das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie in die Dokumente über die Prüfung des Angebotes der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gewähren, da dadurch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verletzt würden.

Am 14. Oktober 2011 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass an keiner Stelle die Zuschlagsentscheidung ausdrücklich angefochten werde. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin lägen die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung nicht vor und habe die antragstellende Partei in ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung auch kein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis bescheinigen können. Die Vermengung der beiden Versionen und die daraus resultierende Abfertigung der Vorversion stelle kein unabwendbares Ereignis dar. Es wäre ein Leichtes gewesen, die Vorversion als solche zu kennzeichnen und dadurch die Abfertigung der Vorversion an Stelle der Letztfassung zu vermeiden. Im Übrigen wäre die Vermengung der beiden Versionen leicht zu verhindern gewesen, wenn die Vorversion vernichtet oder nicht zusammen mit der Letztfassung des Antrages lose abgelegt worden wäre. Fehler oder Irrtümer einer bisher objektiv geeigneten bewährten Kanzleikraft könnten eine Wiedereinsetzung nur dann rechtfertigen, wenn sie auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalles eine entschuldbare Fehlleistung darstellten. Es könne jedoch keinesfalls als entschuldbare Fehlleistung gewertet werden, dass sich die Kanzleimitarbeiterin Frau C***, nachdem sie die Letztversion des Antrages vom 5. Oktober 2011 mit dessen Vorversion vermengt hatte, nicht an den Vertreter der Antragstellerin oder einen anderen rechtskundigen Kanzleimitarbeiter gewandt und ihn über das Missgeschick informiert habe. Dies sei grob fahrlässig. Es liege auch ein Überwachungsverschulden der Antragstellerin vor. Es könne nur dann von der Einhaltung der notwendigen Sorgfalt gesprochen werden, wenn der Rechtsanwalt den Vorgang der Postabfertigung selbst vornehme oder überwache oder die neben der Letztversion abgelegte Vorversion ausdrücklich als solche kennzeichne oder vernichte. Die einem beruflichen Parteienvertreter obliegende Überwachungspflicht sei dadurch keineswegs überspannt. Dadurch, dass die vorletzte Version und die Letztversion nebeneinander gelegen seien, sei geradezu vorprogrammiert, dass diese beiden Versionen vermengt oder vertauscht werden könnten und die falsche Version abgefertigt werde. In diesem Fall träfen den Rechtsvertreter besondere Überwachungspflichten. Mechanische Irrtümer gälten dann nicht als Wiedereinsetzungsgründe, wenn deren Fehlergeneigtheit jedermann, insbesondere aber für berufliche Parteienvertreter erkennbar sei. Angesichts des Fehlens der konkret erforderlichen Überwachungstätigkeit des Rechtsanwaltes oder einer entsprechenden Kanzleiorganisation, nach der Entwürfe von den Endfassungen strikt

zu trennen seien, treffe die Antragstellerin ein Verschulden an der Nichtvornahme der richtigen Prozesshandlung, das über einen minderen Grad eines Versehens hinausgehe und liege daher in Ermangelung eines unvorhergesehenen und unabwendbaren Ereignisses kein Wiedereinsetzungsgrund vor. In weiterer Folge nahm die Auftraggeberin inhaltlich zum Nachprüfungsantrag Stellung.

Mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2011 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin erörterte sie die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu Wiedereinsetzungsgründen und legte dar, dass ein Wiedereinsetzungsgrund vorliege. Die Kennzeichnung des richtigen Schriftsatzes sei durch die Unterfertigung erfolgt. Die Blätter hätten offen liegen müssen, um eingescannt werden zu können. Wenn die Letztversion unterfertigt werde, sei es unvermeidbar, dass die Vorversion noch eine gewisse Zeit lang existiere. Frau C*** hätte den Vertreter der Antragstellerin nicht informieren können, da sie sich über ihren Irrtum nicht bewusst gewesen sei. Den Rechtsvertreter der Antragstellerin hätten keine besonderen Überwachungspflichten getroffen, da es ihm offen stehe, den eindeutig gekennzeichneten und zur Abfertigung bestimmten Schriftsatz durch eine bewährte Kanzleikraft abfertigen zu lassen. Er habe den Nachprüfungsantrag unter Beiziehung eines schon länger im Vergaberecht tätigen Beraters erstellt. Es habe der Antragstellerinnenvertreter vorsichtshalber auch die Zuschlagsentscheidung im Nichtigerklärungsbegehren ausdrücklich anzuführen. Dies sei die einzige Korrektur gegenüber der Vorversion gewesen.

Mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2011 nahm die Auftraggeberin zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2011 nahm die Antragstellerin zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2011 nahm die Auftraggeberin erneut zum Antrag auf Wiedereinsetzung Stellung. Darin bestritt sie das Vorliegen eines tauglichen Wiedereinsetzungsgrundes und erörterte die von der Antragstellerin vorgebrachte Rechtsprechung. Weiters führte sie im Wesentlichen aus, dass rechtskundige berufliche Parteienvertreter bei der Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten besonders

strengen Anforderungen gerecht werden müssten. Dies gelte nicht nur hinsichtlich ihres eigenen Handelns, sondern auch hinsichtlich der Tätigkeit ihrer Mitarbeiter. Der Rechtsvertreter müsse seinen Kanzleibetrieb so organisieren, dass Unzulänglichkeiten durch menschliches Versagen aller Voraussicht nach auszuschließen seien. Der Rechtsvertreter sei seinen Organisations- und Überwachungspflichten nicht nachgekommen. Er habe sicherzustellen, dass eine Mitarbeiterin, sobald sie einen fristgebundenen, unterfertigten Schriftsatz vor dessen Abfertigung mit einem anderen Schriftsatz vermenge, einen mit dem gegenständlichen Fall betrauten Mitarbeiter konsultiere und sicherstelle, dass der unterfertigte Schriftsatz wieder richtig zusammengestellt werde. Es handle sich um eine gravierende Fehlleistung in der Erfüllung der dem Rechtsvertreter obliegenden Überwachungskontrolle. Die Mitarbeiterin hätte den Rechtsvertreter über das Missgeschick informieren müssen. Es gehe nicht an, dass sie Schriftsätze selbständig zusammenstelle und diese dann ohne nachfolgende Kontrolle durch einen Anwalt ausfertige. Er hätte die Vorversion auch für die Kanzleimitarbeiterin erkennbar als solche kennzeichnen und vernichten lassen müssen. Es sei auch fahrlässig, Vor- und Letztversion auf demselben Schreibtisch abzulegen. Es liege daher ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden an der Nichtvornahme der richtigen Prozesshandlung vor. Es liege weder ein unvorhergesehenes noch ein unabwendbares Ereignis vor, weshalb auch die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand nicht gewährt werden könne.

Mit Schriftsatz vom 25. Oktober 2011, beim Bundesvergabebeamten am 27. Oktober 2011 eingelangt, replizierte die Antragstellerin. Sie führte im Wesentlichen aus, dass mit dem Fehler während der Postabfertigung der Antragstellerinnenvertreter nicht habe rechnen müssen. Bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand werde rechtlich nicht differenziert, welches formale Gebrechen der Schriftsatz aufweise. Entscheidend sei ausschließlich, ob ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis den Wiedereinsetzungswerber an der fristgerechten Handlung gehindert habe. Wiedereinsetzungstauglich seien daher selbstverständlich auch Schriftsätze, die nicht nur ohne die Unterschrift des Rechtsvertreters, sondern überhaupt nicht fristgerecht bei der Behörde einlangten. Die diesbezügliche Differenzierung der Auftraggeberin sei daher entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut und auch verfehlt, weil sie inhaltlich davon ausgehe, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der

Zuschlagsentscheidung verspätet gestellt und somit „nachgereicht“ worden sei. Der Fehler sei im Zuge der Kuvertierung und Postaufgabe unterlaufen. Es habe weder zwei unterfertigte Versionen eines Schriftsatzes gegeben, noch habe der Antragstellervertreter damit rechnen können, dass nach Kontrolle und Freigabe des richtigen Schriftsatzes ein Missgeschick zur Kuvertierung und Versendung des Vorgängerexemplars führe, das sich gemeinsam mit dem gesamten Akt am Arbeitsplatz der Mitarbeiterin befunden habe. Manipulative Umstände, wie die Postaufgabe, gehörten zu jenen Aufgaben, die ein Rechtsanwalt einer bewährten Kanzleikraft überlassen dürfe. Daher gebe es keine Nachfragepflichten, wenn dabei Fehler unterliefen. Der Antragstellervertreter sei sämtlichen Sorgfalts- und Überwachungspflichten nachgekommen. Hätte die Mitarbeiterin den Fehler bemerkt, hätte sie selbstverständlich Rücksprache gehalten. Die Vorversion sei dadurch gekennzeichnet gewesen, dass sie nicht unterschrieben gewesen sei. Sie habe sich zudem nicht im Akt sondern auf dem Schreibtisch der Mitarbeiterin befunden. Frau C*** sei ein solches Missgeschick noch nie passiert und sie gelte als äußerst zuverlässige Kraft. Die Postaufgabe sei nicht durch den Rechtsanwalt selbst durchzuführen. Es bestünde daher keine Kontrollpflicht für den Fall, dass einer Angestellten ein Papierstapel zu Boden falle. Frau C*** sei völlig klar gewesen, welche Version des Schriftsatzes zur Versendung gelangen sollte, nämlich die unterschriebene, zuletzt geringfügig geänderte. Frau C*** seien auch nicht mehrere Ausfertigungen eines Schriftsatzes übergeben worden, sondern lediglich die Letztversion, die kontrolliert unterschrieben gewesen sei. Die Auftraggeberin gehe auch vom Sachverhalt ab, wenn sie unterstelle, dass der Antragstellervertreter lediglich das Rubrum unterfertigt habe, ohne die von ihm diktierten Korrekturen zu überprüfen. Nochmals sei darauf verwiesen, dass Frau C*** Rücksprache mit dem Antragstellervertreter gehalten hätte, wenn sie den Eindruck gewonnen hätte, die beiden Schriftsätze vermengt zu haben. Dies sei auch im Kanzleibetrieb geregelt.

Am 27. Oktober 2011 wurde Frau C*** im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt zu dem Wiedereinsatzgrund vernommen. Darin gab sie an:

*„An der Erstellung des Schriftsatzes OZ 1 wurde mehrere Tage gearbeitet. Am Tag der Verwendung wurde auch den ganzen Tag daran gearbeitet und immer wieder Korrekturen daran vorgenommen. Schließlich druckte ich eine Fassung für den Versand aus. Da kam Y*** diktierte noch eine Korrektur, die ich sofort schrieb. Diese Letztfassung druckte ich auch noch einmal aus und legte sie ab, sodass sie die andere Fassung auf meinem Schreibtisch teilweise überdeckte. Y*** sah die Letztfassung auf*

*dem Pult neben dem benachbarten Schreibtisch noch einmal durch, währenddessen bereitete ich den Versand per E-Mail auch an den Mandanten vor. Y*** gab mir den unterschriebenen Schriftsatz zurück. Da ich noch am Computer schrieb, legte ich ihn auf meinen Schreibtisch. Dort lag noch die Vorgängerversion. Der unterschriebene Schriftsatz überlappte die Vorgängerversion. Der Bote wartete bereits. Ich stand auf, um die Letztfassung einzuscannen. Hinter meinem Schreibtisch ist sehr wenig Platz. Dabei streifte ich an dem Papierstapel an, sodass er auf den Boden fiel. Die Papierstapel waren aufgefächert. Nach einer Kontrolle war ich mir sicher, sie richtig wieder zusammengesetzt zu haben. Danach scannte ich den Schriftsatz ein und übergab ihn dem Boten. Y*** war nicht mehr im Raum und nicht mehr in der Kanzlei. In der Kanzlei gibt es keine Konzipienten. Es gibt einen juristischen Mitarbeiter, der glaublich in der gegenständlichen Sache lediglich kleinere Recherchearbeiten gemacht hat. Y*** verließ die Kanzlei kurz nach 14.30 Uhr. Das war, bevor ich den Schriftsatz dem Boten gegeben habe. Bei den Schriftsatzfassungen, die auf meinem Schreibtisch lagen, waren die Beilagen nicht dabei. Sie befanden sich in einem Unterordner im Handakt. Ich übergab den Schriftsatz glaublich um 14.40 Uhr.*

*Ich bin seit Dezember 2010 bei Y*** beschäftigt. Zuvor war ich eineinhalb bis zwei Jahre bei einem anderen Rechtsanwalt beschäftigt.*

Die beiden Fassungen der Schriftsätze lagen auf dem Handakt. Der Handakt besteht außen aus einer Flügelmappe.“

Über Ersuchen des Vertreters der Auftraggeberin wurde in der mündlichen Verhandlung mit einer Hängeregistratur als Handakt und zweifarbig unterschiedlichen Papierstapeln versucht, das Hinunterfallen der Schriftsätze nachzustellen. Bei mehreren Versuchen fielen die Papierstapel nicht zu Boden. Die Versuche nahm Frau C*** vor. Frau C*** gab dazu an, dass sie konkret nicht mehr wisse, wie es zum Hinunterfallen der Papierstapel gekommen sei, sie aber jedenfalls zu Boden fielen. Über Befragen des Vertreters der Auftraggeberin gab Frau C*** an, dass bei der Erstellung der letzten Version des Schriftsatzes nur kleine Ausbesserungen vorzunehmen gewesen seien. Es sei sicherlich nicht nur ein Wort gewesen. Ob diese Ausbesserungen an mehr als einer Stelle im Schriftsatz vorzunehmen gewesen seien, sei ihr nicht mehr erinnerlich. Es seien den ganzen Tag über immer wieder Ausbesserungen an diesem Schriftsatz vorzunehmen gewesen. Der Antragstellervertreter habe die Letztfassung des Schriftsatzes etwa fünf Minuten kontrolliert, bevor er ihn ihr zurückgegeben habe. Sie habe ihn auf den Schreibtisch gelegt. Es gebe ein Kanzleihandbuch, in dem die Tätigkeiten der Kanzlei geregelt seien.

Über Befragen des Vertreters der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gab Frau C*** an, dass insgesamt drei Mitarbeiter in der Kanzlei mit Sekretariatsaufgaben betraut seien. Weiters gab sie an:

„Am 6. Oktober 2011 waren allerdings nur zwei Mitarbeiterinnen in der Kanzlei. Alle Mitarbeiterinnen wurden zur gleichen Zeit eingestellt. Ich habe an meinem vorherigen Arbeitsplatz einen Anwaltssekretariatskurs bei der Rechtsanwaltskammer absolviert. Der Bote ist juristischer Mitarbeiter

*der Kanzlei. Er wurde erst kürzlich eingestellt. Glaublich war er zumindest für Y*** zuvor noch nicht beim Bundesvergabeamt. Die Fahrtroute und Fahrtzeit hatte er vorbereitet. Der Bote heißt E***. Der Handakt ist nicht hinuntergefallen. Beim Wiederherstellen der Schriftsätze wurde auf Inhalte nicht geachtet. Y*** hatte einen Außentermin. Ich weiß allerdings nicht mehr, wo und wann er begann. Nach jeder Ausbesserung wurde ein neuer Ausdruck gemacht. Dieser erfolgte auf Briefpapier. Es gibt in der Kanzlei Y*** allerdings kein zuvor bedrucktes Briefpapier, sondern erfolgt der Ausdruck des Briefkopfes im Wege von Dokumentvorlagen oder Textbausteinen. Mir hat ausschließlich Y*** Anweisungen gegeben. Ich habe auch nicht anderweitig mitbekommen, dass andere Personen an diesem Schriftsatz gearbeitet hätten.“*

Über Befragen des Senates gab Frau C*** an, dass die Arbeit an dem Mail während der Abfertigung nur ganz kurz gedauert habe. Sie habe die nicht endgültige Version aufgehoben, weil sie sich einerseits nicht sicher gewesen sei, ob der Antragstellerinnenvertreter Änderungen vornehmen wolle, und andererseits sollte der Schriftsatz nicht unkontrolliert in der Kanzlei liegen bleiben.

Über Vorhalt, dass der einzige Unterschied zwischen der vorletzten und der letzten Version des Schriftsatzes in dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung bestehe, und dieser Passus zwischen Anführungszeichen stehe, gab Frau C*** an, dass sie normalerweise solche Anführungszeichen nicht in einem Text schreibe. Dieser Tag sei allerdings sehr hektisch gewesen, sodass sie sich so genau nicht mehr erinnern könne.

Über Befragen des Antragstellervertreeters, ob er an diesem Tag vor der Letztkorrektur noch ein Telefonat geführt habe, gab sie an, dass sie das so genau nicht mehr wisse. Vorgängerversionen seien vernichtet worden. Auf die Frage, ob der Ausdruck angeordnet gewesen sei, gab sie an, dass sie diesen von sich aus hergestellt habe, weil sie nicht gewusst habe, ob der Antragstellervertreter handschriftliche Korrekturen auf dem Ausdruck oder ein Diktat vornehmen wollte. Über Befragen durch den Senat gab sie an, dass sie den vorletzten Ausdruck angefertigt und auf den Kalender gelegt habe, von dort habe sie ihn wieder auf ihren Schreibtisch zurückgenommen. Der Antragstellervertreter gab an, dass er den Schriftsatz zusammen mit einem Kollegen bearbeitet habe. Die Änderungen habe er auf Anraten dieses Kollegen vorgenommen. Er habe die Änderungen telefonisch besprochen, sie handschriftlich notiert und Frau C*** diktiert. Während des Telefonats mit dem Kollegen habe er den Schriftsatz elektronisch geöffnet gehabt. Der Kollege habe diese Fassung, die beim Bundesvergabeamt ursprünglich eingelangt sei,

elektronisch zur Verfügung gehabt. Über Befragen gab Frau C*** an, dass sie sich nicht erinnern könne, ob der Antragstellervertreter bei dem Diktat der letzten Korrekturen einen Zettel in der Hand gehalten habe. Er sei hinter ihr gestanden. Trotz der beengten Platzverhältnisse sei noch genügend Platz gewesen.

Über Befragen des Auftraggebervertreters gab Frau C*** an, dass sie sich nicht erinnern könne, dass sie die vorletzte Version an einen Dritten geschickt habe. Über Befragen des Vertreters der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gab Frau C*** an, dass die vorletzte Version glaublich am frühen Nachmittag, etwa bis 14.00 Uhr fertig gewesen sei.

Am 28. Oktober 2011 forderte das Bundesvergabeamt erneut zur Stellungnahme über ergänzende Beweisaufnahmen auf. Es hielt folgendes vor:

„Per Mail wurde am 6. Oktober 2011 auch eine nicht unterschriebene Version des Nachprüfungsantrags geschickt. Sie wurde – wie sich aus den Dateieigenschaften ergibt – aus einem Textdokument mit einem Programm namens ‚PDFCreator Version 1.2.0‘ von einem Benutzer namens ‚user02‘ erstellt. Erstellungs- und Veränderungsdatum sind gleichlautend ‚2011-10-06T15:14:26+02:00‘. Die Erstellung erfolgte daher erst nach der Übergabe an den Boten. Das Mail wurde – wie sich aus den Übermittlungsdaten ergibt – um 15.17 Uhr abgeschickt und langte um 15.17 Uhr am Server des BVA ein.

*Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Stellungnahme wurde am 12. Oktober 2011 dem Bundesvergabeamt per Fax und per Mail übermittelt. Das Fax war unterschrieben. Im Anhang des Mails befanden sich der Wiedereinsetzungsantrag und auch eine Version des behauptet ursprünglich einzubringenden Schriftsatzes jeweils als Word-Dokument. Aus den Dateieigenschaften des Word-Dokuments ergibt sich ein Dateierstellungsdatum für den als ursprünglich bezeichneten Schriftsatz von „Mittwoch, 12. Oktober 2011 10:00:00“ und ein Änderungsdatum von „Mittwoch, 12. Oktober 2011 14:59:55“. Als Firma ist ‚F***‘ genannt. Er wurde zuletzt von ‚User9‘ gespeichert. Der Schriftsatz, der den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand enthält, wurde am „Mittwoch, 12. Oktober 2011 13:32:00“ erstellt und am „Mittwoch, 12. Oktober 2011 14:59:55“ geändert. Er trägt auch die Firma ‚F***‘. Er wurde zuletzt von ‚Kanzlei Y***‘ gespeichert. Das Mail wurde am Mittwoch, 12. Oktober 2011, 14.59.59, gesendet und empfangen.“*

Mit Schriftsatz vom 3. November 2011 nahm die Antragstellerin dazu Stellung und schloss dieser Stellungnahme eine Kopie der vom Bundesvergabeamt abgestempelten Rubrik des Antrags vom 6. Oktober 2011 an. Inhaltlich führte sie aus:

*„Da die Versendung des Schriftsatzes vom Antragstellervertreter sowohl per E-Mail als auch per Boten an das Sekretariat aufgetragen wurde, ist auch ein E-Mail mit der Altversion an das Bundesvergabeamt versendet worden. Auch dieses E-Mail hat konsequenter Weise die Altversion zum Gegenstand, da Frau C*** nach Unterschriftsleistung durch den Antragstellervertreter die vermeintliche Altversion, jedoch tatsächliche Letztversion (mit der Benennung der Zuschlagsentscheidung als angefochtener Entscheidung) vernichtete. Zum Zeitpunkt der Couvertierung war diese ‚richtige‘ Letztversion des Schriftsatzes daher nur mehr in der EDV vorhanden.*

Gemäß dem weiteren Kanzleiablauf fertigte Frau C*** vom ‚unrichtigen‘ Schriftsatz (ohne Benennung der Zuschlagsentscheidung als angefochtener Entscheidung) am 6.10.2011 Kopien an, nämlich eine komplette nicht unterfertigte Rubrik für das BVA zur Mitgabe an den Boten, für den Handakt und für den Mandanten. Die Rubrik ist dadurch gekennzeichnet, dass sie keine Unterschrift trägt und verwendete Frau C*** hierfür die bereits vorhandene erste Seite des Altschriftsatzes, welche Seite ja keine Änderung erfahren hat. Frau C*** bemerkte aber erst, nachdem sowohl der Rote als auch der Antragstellervertreter gegen ca. 14:30 Uhr die Kanzlei verlassen hatten, dass sie das unterschriebene Original dem Boten mitgegeben hatte, ohne das Deckblatt mit der Unterschrift zu kopieren, da sie nur die Ausfertigung der nicht unterschriebenen Rubrik kopiert hatte.

Diese Kopie wurde dann eingescannt, was um 15:14 Uhr geschehen sein dürfte. Da sich die Originalausfertigung nunmehr beim Bundesvergabeamt befand und der Antragstellervertreter auf Grund seines Termins nicht mehr zur Verfügung stand, versendete Frau C*** per E-Mail die eingescannte Rubrik, die – da sie ja von der vermeintlichen unrichtigen Fassung hergestellt wurde – dieselbe Unvollständigkeit aufwies.

Tatsächlich erklärt sich also die elektronische Übermittlung der falschen Schriftsatzversion (auch in der nicht unterfertigten Fassung) mit dem ursprünglichen Versehen der Frau C***, welches sich damit verband, dass sie in der Folge auch die Kopie von der falschen Schriftsatzversion erstellte und das für die Rubrik benötigte, nicht unterfertigte Deckblatt hinzufügte.

Beweis: beiliegende Rubrik vom 6.10.2011 samt Eingangsstempel BVA
Neuerliche ZV Frau C*** pA ***** **/*, *****

Angemerkt sei, dass die Tatsache, dass auch die elektronische Übermittlung des Schriftsatzes vom Versehen der Kanzleikraft betroffen war, rechtlich keine weitere Relevanz besitzt, weil die Überbringung des Schriftsatzes durch Boten für die fristwahrende Einbringung ausreichend ist. Hätte also das ursprüngliche Versehen der Frau C*** nicht stattgefunden, wäre auch die zusätzliche Übermittlung des falschen Schriftsatzes irrelevant gewesen, weil bereits die Überbringung des richtigen Schriftsatzes durch Boten ausreichend gewesen wäre.

Faktum ist weiters, dass der Antragstellervertreter erst durch den Schriftsatz der Antragsgegnerin erfuhr, dass angeblich kein Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt worden wäre, obwohl der Antragstellervertreter dies doch so diktiert und auch unterschrieben hatte. Der Antragstellervertreter befand sich jedoch gerade auf einer Bundesheerübung, sodass er zur Verifizierung dieser Behauptung telefonisch sich an den Senatsvorsitzenden wendete, welcher bestätigte, dass im Exemplar des Bundesvergabeamtes der Antrag nicht enthalten ist und wo der Antragstellervertreter noch ausdrücklich deponierte, dass es diesen sehr wohl geben sollte und er dies raschest möglich prüfen wird.

Richtig ist, dass die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand am 12.10.2011 ebenfalls per Fax und per Mail dem BVA übermittelt wurde und in Folge der Bundesheerübung durch Rechtsanwältin D*** in Vertretung unterfertigt worden war. Da es eine pdf.-Variante des ‚richtigen‘ Schriftsatzes in Letztversion nicht gab, da ja der richtige Ausdruck durch die Verwechslung zur Vernichtung gelangte, musste die richtige Version aus der EDV ausgehoben werden.

Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit wird für jede Tätigkeit ein neuer Leistungssatz (Antrag vom 12.10.2011, E-Mail versenden, etc.) angelegt. Dabei verknüpft das Programm *** die Leistung automatisch mit einem ‚leeren‘ Word-Dokument. Der Inhalt der Letztversion wurde von der Sekretärin dort hinein kopiert weil nur das automatisch erstellte Dokument direkt aus der Leistung ohne weiteres elektronisch verschickt werden kann. Das Kopieren erspart dabei die Herstellung einer sonst notwendigen Dokumentenverknüpfung.

Zu den Uhrzeiten ist auszuführen dass per E-Mail verschickte Dateien beim Empfänger nicht als Original ankommen sondern beim Abspeichern neu erstellt werden (was auch den andren ‚User9‘ erklärt) und auch zum direkten Öffnen zuerst unter den Temporären Internetdateien als Duplikat abgespeichert werden und sich hierbei abhängig von der Betriebssystemversion und E-Mail-Programmversion Dateieigenschaften unterschiedlich verändern können, wobei diese Eigenschaften nicht auf die Originaldatei zurückzuführen sind. Ganz allgemein kann ausgesagt werden, dass Datum- und Uhrzeiteigenschaften im Windows auf Grund seiner Systemstruktur nicht verlässlich sind, da solche Dateieigenschaften auch ohne bewusstes Zutun des Benutzers jederzeit durch Öffnen, Verschieben, Versenden, Kopieren etc. verändert werden. Bereits das Schließen in Verbindung mit

der Aufforderung zum Speichern des Dokumentes bewirkt in **** bzw. Word die Änderung des ‚Änderungsdatums‘, was aus den Änderungsdaten der Dokumente vom 12.10.2011 ersichtlich wird, welche als geändert sogar noch nach der Versendung des Telefax um 14:59h aufscheinen, obwohl keine Änderung mehr tatsächlich erfolgte.

Die Letztfassung der Anträge vom 06.10.2011 wurde daher am Mittwoch den 12.10.2011 in das beigefügte und von **** neu angelegte Word-Dokument kopiert und dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beigeschlossen. Deswegen erscheint der 12.10.2011 als „Erstellungsdatum“. Zu den Word-Datumsangaben ist daher auszuführen, dass selbstverständlich sowohl die Letztversion des Schriftsatzes vom 6.10.2011, als auch der Schriftsatz auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, auf welchem schon am Vortag gearbeitet wurde, zu viel früheren Zeitpunkten erstellt worden waren. Insoweit sind diese Angaben vom dargestellten Bearbeitungsvorgang abhängig.

Eine Nachprüfung hinsichtlich der Firma ergab, dass Dokumente welche aus dem Programm **** erstellt werden, mit dieser veralteten Dateiinformatio(n) (ehemalige Kenzielpartner) erstellt werden. Händisch im Word erstellte Dokumente werden ohne Firmennamen in der Dateiinformatio(n) erstellt.

Die den elektronisch vorliegenden Dokumenten zu entnehmenden Dateidaten sind daher nicht geeignet eine Aussage über die tatsächliche Entstehung der Schriftsätze zu liefern sondern sind von Zwischenschritten der Bearbeitung der Texte abhängig. Diese Art der Bearbeitung wurde soweit wie möglich dargestellt.

Beweis: wie bisher

Zum weiteren Beweis der Richtigkeit dieses Vorbringens in technischer Hinsicht betreffend die hier dargelegte Funktionsweise des Kanzleiinformationssystems ****, insbesondere dafür, dass aus den Dateieigenschaften der am 12.10.2011 übermittelten Datei nicht auf das Entstehungsdatum des ursprünglichen, korrekten Schriftsatzes geschlossen werden kann, wird hilfsweise gestellt der Beweis Antrag auf Durchführung einer Beweisaufnahme durch einen Sachverständigen auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung.

Ferner wird die neuerliche Durchführung einer öffentlichen Verhandlung zur Aufnahme der beantragten Beweise und zur Erörterung der Umstände der Aufnahme der vom BVA übermittelten Feststellungen beantragt.

Es wird daher höflichst wiederholt dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattzugeben.“

Am 3. November 2011 brachte die Auftraggeberin auch eine Stellungnahme ein. Darin führte sie aus, dass sie sich nur insoweit äußere, als sie sich nicht erklären könne, wie dieses vom Bundesvergabeamt erhobene Ergebnis der Beweisaufnahme mit der im Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von der Antragstellerin vorgebrachten Sachverhaltsdarstellung zu vereinbaren sei.

In rechtlicher Hinsicht hat das Bundesvergabeamt erwogen:

Auftraggeberin iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Universität Wien. Sie ist öffentliche Auftraggeberin (zB BVA 20. 9. 2006, N/0068-BVA/03/2006-20, RPA-Slg 2007/3 = ZVB-LSK 2006/86; 5. 8. 2011, N/0060-BVA/04/2011-20).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Nachprüfungsantrag erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 322 Abs 1 BVergG. Es liegt kein Grund für die Unzulässigkeit des Antrags gemäß § 322 Abs 2 BVergG vor.

Zum Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – Spruchpunkt A. I.

In dem Nachprüfungsantrag, der am 6. Oktober 2011 beim Bundesvergabeamt einlangte, beantragte die Antragstellerin – soweit hier von Bedeutung – lediglich die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung in eventu der Ausschreibung. Sie unterließ es, die Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung innerhalb der Frist des § 321 Abs 1 BVergG zu beantragen. Am 12. Oktober 2011 beantragte sie die Wiedereinsetzung in die Frist zur Stellung des Antrags auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung. Die maßgebliche Bestimmung des AVG 1991 idgF lautet:

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

§ 71. (1) Gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung ist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn:

1. die Partei glaubhaft macht, daß sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft, oder
2. die Partei die Rechtsmittelfrist versäumt hat, weil der Bescheid keine Rechtsmittelbelehrung, keine Rechtsmittelfrist oder fälschlich die Angabe enthält, daß kein Rechtsmittel zulässig sei.

(2) Der Antrag auf Wiedereinsetzung muß binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden.

(3) Im Fall der Versäumung einer Frist hat die Partei die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen.

(4) Zur Entscheidung über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist die Behörde berufen, bei der die versäumte Handlung vorzunehmen war oder die die versäumte Verhandlung angeordnet oder die unrichtige Rechtsmittelbelehrung erteilt hat.

(5) Gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrages findet keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt.

(6) Die Behörde kann dem Antrag auf Wiedereinsetzung aufschiebende Wirkung zuerkennen. Ein unabhängiger Verwaltungssenat hat durch Einzelmitglied zu entscheiden.

(7) Der Wiedereinsetzungsantrag kann nicht auf Umstände gestützt werden, die die Behörde schon früher für unzureichend befunden hat, um die Verlängerung der versäumten Frist oder die Verlegung der versäumten Verhandlung zu bewilligen.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nur bei verfahrensrechtlichen Fristen in Frage (*Hengstschläger/Leeb*, AVG [2009] § 71 Rz 12). Bei der Frist des § 321 Abs 1 BVergG handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Frist (zB VwGH 1. 7. 2010, 2007/04/0148, RPA-Slg 2010/20 = wbl 2010/207 = ZfVB 2011/142 = ZVB 2010/127 [*G. Gruber/Eisner*]; RV 1171 BlgNR XXII. GP 137). Die Unterlassung des Antrags auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung innerhalb der dafür vorgesehenen Frist fügt der Antragstellerin einen Rechtsnachteil zu. Dieser besteht darin, dass die Zuschlagsentscheidung bestandsfest wird und die Auftraggeberin auf ihrer Grundlage den Zuschlag erteilen kann, wodurch die Antragstellerin alle Chancen verliert, den Zuschlag zu erhalten. Damit ist die Wiedereinsetzung zu bewilligen, wenn ein Wiedereinsetzungsgrund vorliegt (*Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ [2009], 326).

Der Wiedereinsetzungsgrund ist glaubhaft zu machen (VwGH 27. 4. 2004, 2003/05/0065, ZfVB 2005/1377). Die Wiedereinsetzungswerberin muss jene Umstände, durch die sie an der Vornahme der Prozesshandlung gehindert wurde, konkret beschreiben. Glaubhaftmachung bedeutet, dass die Antragstellerin Beweismittel anbieten muss, durch die die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens des Wiedereinsetzungsgrundes dargetan wird (VwGH 22. 1. 2003, 2002/04/0136, ZfVB 2004/535). Dazu eignen sich alle Beweismittel mit Ausnahme der eidlichen Vernehmung von Parteien (VwGH 15. 3. 2001, 2001/16/0136). Das Bundesvergabeamt hat nur das Vorliegen des geltend gemachten Wiedereinsetzungsgrundes zu prüfen, eine amtswegige Prüfung, ob andere Gründe vorliegen, ist nicht vorgesehen (VwGH 24. 2. 1994, 92/10/0392, ZfVB 1996/734 =

ZfVB 1996/755; 24. 2. 2005, 2005/16/0001). Nach Ablauf der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag kann der Wiedereinsetzungsgrund auch nicht mehr ausgewechselt werden (*Thienel/Schulev-Steindl*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁵ [2009], 328). Das Bundesvergabeamt muss nur prüfen, ob der von der Antragstellerin geltend gemachte Wiedereinsetzungsgrund glaubhaft ist.

Voraussetzung für die Wiedereinsetzung ist, dass der Rechtsvertreter der Antragstellerin durch ein unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis an der Einhaltung der Frist gehindert war und ihn kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft. Das Vorbringen des Wiedereinsetzungswerbers legt somit den Rahmen für die Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Wiedereinsetzungsantrag fest.

Den Schriftsätzen der Antragstellerin vom 12. und vom 17. Oktober 2011, der eidesstattlichen Erklärung von Frau C*** und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung zufolge verlief der 6. Oktober 2011 angesichts der Arbeit an dem Schriftsatz sowie mehrfachen Änderungen und Korrekturen in der Kanzlei des Rechtsvertreters der Antragstellerin hektisch. Frau C*** fertigte einen Ausdruck des Nachprüfungsantrags an und legte ihn auf den Kanzleikalender, der auf einem Pult neben ihrem Schreibtisch lag. Der Kanzleiakt lag auf ihrem Schreibtisch. Darin waren die Beilagen zum Nachprüfungsantrag bereits vorbereitet. Als Y*** zu ihr kam und noch eine letzte Änderung diktieren wollte, nahm sie den Ausdruck vom Kanzleikalender und legte ihn auf den Kanzleiakt. Nach dem Diktat druckte sie die Letztfassung des Nachprüfungsantrags aus und gab ihn Y***. Er sah ihn durch, unterschrieb ihn und gab ihn Frau C*** zur Abfertigung. Sie legte ihn auf den Kanzleiakt und die dort befindliche vorletzte Version des Nachprüfungsantrags, weil sie gerade ein Mail vorbereitete. Der Bote wartete. Y*** verließ die Kanzlei. Frau C*** stand auf und warf dabei beide Versionen des Nachprüfungsantrags auf den Boden. Sie hob sie auf und vertauschte die Deckblätter. Dann scannte sie die vermeintliche Letztversion für die elektronische Einbringung ein und übergab sie dem Boten, der sie zum Bundesvergabeamt brachte.

Aufgrund der Beschaffenheit der am 6. Oktober 2011 per E-Mail beim Bundesvergabeamt eingelangten Fassung des Nachprüfungsantrags und aufgrund

des Vorbringens der Antragstellerin im Schriftsatz vom 3. November 2011 ergeben sich an diesem Ablauf der Ereignisse jedoch so massive Zweifel, dass das Vorliegen der Wiedereinsetzungsgründe nicht glaubhaft erscheint.

Der als Anhang zu dem E-Mail vom 6. Oktober 2011 im Dateiformat pdf übermittelte, am 6. Oktober 2011, 15.14 Uhr, erstellte Schriftsatz lässt sich als Text bearbeiten und wurde aus einer Textverarbeitung heraus erzeugt, da die Dateikennung im Format pdf zeigt, dass die Datei mit dem Programm „*PDFCreator Version 1.2.0*“ erzeugt wurde. Wäre sie mit einem Scanner, erstellt worden, läge – technisch gesprochen – eine Graphik vor, die sich nicht unmittelbar als Text weiter verarbeiten lässt. Das verwendete Programm ist nach den Angaben auf der Homepage des Herstellers <http://de.pdfforge.org/> ein frei verfügbares, sogenanntes OpenSource-Programm, um „*PDFs aus nahezu jeder Anwendung zu erstellen*“. Es funktioniert wie ein Drucker und kann so pdf-Dokumente erzeugen. Das Dokument, das die Antragstellerin dem Bundesvergabeamt am 6. Oktober 2011 per E-Mail übermittelte, scheint daher nicht eingescannt, sondern aus einem Textdokument heraus erzeugt worden sein.

Es kann dabei dahin gestellt bleiben, ob, worauf die elektronische Beschaffenheit der übermittelten Datei hindeutet, diese aus einer Textdatei der damals elektronisch in der Textverarbeitung vorhanden gewesenen Letztfassung des Nachprüfungsantrags ohne Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung erzeugt wurde oder nicht und ob der Nachprüfungsantrag, wie behauptet, überhaupt eingescannt wurde oder nicht. Fest steht, dass der als Anhang zu einem E-Mail am 6. Oktober 2011 im Dateiformat pdf übermittelte Schriftsatz keine Anwaltsunterschrift trägt und sich in diesem und nur in diesem Punkt von dem per Boten überbrachten Original unterscheidet. Dass der anwaltlich unterfertigte Nachprüfungsantrag zum Zwecke auch der elektronischen Einbringung eingescannt wurde, ist daher zweifelhaft, denn eingebracht wurde etwas anderes. Dazu kommt, dass der Antragstellervertreter, obwohl Frau C*** in der mündlichen Verhandlung ausgesagt hat, dass sie den Schriftsatz eingescannt und dann dem Boten übergeben hat, in seinem Schriftsatz vom 3. November 2011 in Widerspruch dazu behauptet, dass Frau C*** lediglich Kopien des Schriftsatzes ohne Ablichtung der ersten, die Anwaltsunterschrift tragenden Seite desselben angefertigt habe, und erst nach dem Abgang des Boten die Kopien unter Verwendung der nicht unterschriebenen ersten Seite der zweiten

Version des Schriftsatzes eingescannt habe. Aber auch dieses Vorbringen ist widersprüchlich, führt doch der Antragstellervertreter in seinem Schriftsatz aus, dass Frau C*** „nach Unterschriftsleistung durch den Antragstellervertreter die vermeintliche Altversion, jedoch tatsächliche Letztversion (mit der Benennung der Zuschlagsentscheidung als angefochtene Entscheidung) vernichtet“ habe, was die Frage aufwirft, warum gerade das nicht unterschriebene Deckblatt des Schriftsatzes nicht mit den übrigen Seiten des Schriftsatzes vernichtet wurde. Dass die Antragstellerin unterschiedliche Erklärungen anbietet und widersprüchliche Aussagen tätigt, lässt sämtliche Erklärungen fragwürdig erscheinen und steht einer Glaubhaftmachung der behaupteten Vorgänge insgesamt entgegen. Es wäre dem Antragstellervertreter zudem ein Leichtes gewesen, die Aussagen Frau C***s in der mündlichen Verhandlung richtig zu stellen, in der er anwesend war und deren Ergebnisse er auch mit der Unterfertigung der Verhandlungsschrift zur Kenntnis genommen hat.

Schließlich erweckt die am 12. Oktober 2011 vorgelegte Fassung des Nachprüfungsantrags den Eindruck, dass eine unter Anführungszeichen übermittelte Fassung des Antrags auf Nichtigerklärung per Mail übermittelt wurde, die die ursprünglich vorhandene Formulierung ersetzen sollte, aber versehentlich samt Anführungszeichen vor die ursprüngliche Formulierung kopiert wurde. Diesen Eindruck unterstreicht der Umstand, dass der unter Anführungszeichen befindliche Teil der Anträge ebenso wie der zu ersetzende Teil mit einem Strichpunkt endet, der zur weiteren Formulierung der am Ende des Nachprüfungsantrags gesammelt gestellten Anträge sprachlich und stilistisch passt.

Der geschilderte Sachverhalt erscheint daher unglaubwürdig. Das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen konnte damit nicht glaubhaft gemacht werden. Aber selbst wenn man von dem in der mündlichen Verhandlung erörterten Sachverhalt ausginge, könnte keine Rede davon sein, dass ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis vorliegt sowie dass die Partei weder ein Verschulden noch einen minderen Grad des Versehens trifft.

Die Rechtsprechung legt bei einem berufsmäßigen Parteienvertreter hohe Anforderungen an die Organisation seines Bürobetriebs (*Hengstschläger/Leeb*, AVG

[2009] § 71 Rz 49). Er hat die Fristverwaltung und die Postabfertigung zuverlässig zu organisieren. Er muss die Abläufe in seiner Kanzlei überwachen. Er hat dafür vorzusorgen, dass Unzulänglichkeiten durch menschliches Versagen aller Voraussicht nach auszuschließen sind (VwGH 21. 11. 2001, 2001/08/0011). Insbesondere stellt die behauptete Arbeitsüberlastung der Sekretärin keinen Wiedereinsetzungsgrund dar (VwGH 28. 6. 2001, 2000/16/0777, SWK 2002, R 2).

Der Begriff des minderen Grades des Versehens ist als leichte Fahrlässigkeit iSd § 1332 ABGB zu verstehen. Das Verschulden eines Kanzleibediensteten stellt für den Vertreter dann ein unvorhergesehenes oder ein unabwendbares Ereignis im Sinne der obigen Ausführungen dar, wenn der Vertreter der ihm zumutbaren und nach der Sachlage gebotenen Überwachungspflicht gegenüber den Kanzleibediensteten nachgekommen ist (VwGH 5. 4. 2001, 2001/15/0032). In solchen Fällen ist, sofern nicht ein eigenes Verschulden des Rechtsanwaltes hinzutritt, das Verschulden der sonst verlässlichen Kanzleiangestellten seinem Verschulden nicht gleichzusetzen (VwGH 17. 2. 2011, 2011/07/0081). Im Rahmen der berufsmäßigen Parteienvertretung ist die Organisation des Kanzleibetriebes vom Vertreter so einzurichten und es sind die für ihn tätigen Personen so zu überwachen, dass die erforderliche und fristgerechte Wahrung von Prozesshandlungen bzw. die Einhaltung behördlicher Termine sichergestellt wird (VwGH 25. 4. 2001, 2001/03/0080). Liegen Organisationsmängel vor, wodurch die Erreichung des oben genannten Zieles nicht gewährleistet ist, ist das Kontrollsystem in diesem Sinne unzureichend oder hat der Antragsteller das Bestehen einer solchen Aufsichtspflicht überhaupt nicht erkannt, kann nicht mehr von einem bloß minderen Grad des Versehens gesprochen werden (VwGH 3. 4. 1998, 97/19/0491, ZfVB 2000/335). Zur Organisation gehört die Überwachung ihrer Einhaltung (VwGH 19. 4. 2007, 2007/09/0019, JusGuide 2007/28/273 [VwGH]). Zwar hat sich ein Rechtsanwalt nach Übergabe sämtlicher Schriftstücke an die bisher bewährte Kanzleikraft nicht in jedem Fall noch von der tatsächlichen Durchführung der Expedierung der Sendung zu überzeugen (VwGH 16. 9. 2010, 2007/09/0069). Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht liegt ihm nur dann zur Last, wenn er gegen seine Überwachungspflicht verstoßen hat (VwGH 8. 9. 2010, 2010/08/0149, ZfVB 2011/430). Der Wiedereinsetzungsantrag ist in Hinsicht auf die Erfüllung der nach der Sachlage gebotenen Sorgfalts- und Überwachungspflicht zu substantiieren, widrigenfalls eine Beurteilung der Sachlage

dahin, dass dem Rechtsanwalt bloß ein Versehen minderen Grades zur Last liegt, nicht möglich ist (VwGH 10. 9. 2009, 2008/20/0220, ZfVB 2010/884). Handeln Angestellte des Parteienvertreter, welche typischerweise in keinem direkten Rechtsverhältnis zum Vertretenen stehen, dann kommt der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung zu Gunsten des Vertretenen in jenen Fällen zum Tragen, in denen dem Parteienvertreter kein oder nur ein milderer Grad von Überwachungsverschulden hinsichtlich seines Angestellten trifft (VwGH 16. 11. 2010, 2009/05/0011, JusGuide 2010/52/1786 [VwGH] = JusGuide 2010/52/1788 [VwGH]).

Die Rechtsprechung verpflichtet etwa einen beruflichen Parteienvertreter insbesondere in einer wegen Urlaubsabsenzen hektischen Zeit, ein unterfertigtes, aber fehlerhaftes Schriftstück nach erfolgtem Ersatz durch ein fehlerfreies sofort aus dem Verkehr zu ziehen (VwGH 23. 5. 2001, 99/06/0039).

Die Abfertigung an einem derart hektischen Tag hätte eine weitere Überwachung durch Y*** erforderlich gemacht, zumal nach allgemeiner Lebenserfahrung unter Zeitdruck und Stress die Fehleranfälligkeit steigt. Insbesondere hätte er, da er zunächst die vorletzte Version auf dem Kanzleikalender liegen sah, bemerken müssen, dass Frau C*** diese Version vom Kanzleikalender auf ihren Schreibtisch legte. Und da er beim Diktat der letzten Änderungen hinter Frau C*** stand, hätte ihm auffallen müssen, dass eine nicht endgültige Fassung des Nachprüfungsantrags auf dem Handakt auf dem Schreibtisch von Frau C*** lag. Er hätte – nicht zuletzt angesichts des geringen Zeitverlusts wegen der Nähe des Shredders zum Schreibtisch von Frau C*** – die sofortige Vernichtung der vorletzten Version anordnen müssen. Generell müsste es organisatorische Vorkehrungen geben, dass nicht autorisierte Schriftsätze nicht so in der Kanzlei aufbewahrt werden, dass es zu Verwechslungen kommen kann. Dabei handelt es sich um ein Überwachungsverschulden. Die Verwechslung der beiden Versionen des Nachprüfungsantrags war daher weder unvorhersehbar noch unabwendbar.

Frau C*** hätte – nicht zuletzt aufgrund der offensichtlichen und von ihr zweifellos erkennbaren Bedeutung der gleichsam in letzter Minute vorgenommenen Änderungen – den richtigen Schriftsatz nach dem Herunterfallen der Schriftsätze anhand der Änderungen, die sie wenige Minuten vor dem behaupteten Missgeschick

geschrieben hatte, identifizieren können und müssen, zumal sich die Schriftsätze inhaltlich lediglich in diesem einen Punkt, nämlich dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (!) voneinander unterscheiden. Da sich in der Textverarbeitung noch die Letztversion des Nachprüfungsantrags befunden haben muss, hätte sie den Nachprüfungsantrag auch damit vergleichen oder neuerlich ausdrucken können. Schließlich hätte sie den rechtskundigen Boten um Hilfe ersuchen können oder den Vertreter der Antragstellerin am Handy anrufen können, zumal sein Termin um 15.00 Uhr noch nicht begonnen hatte und er noch erreichbar gewesen sein musste. Insofern liegt eine den minderen Grad des Verschuldens übersteigende Fahrlässigkeit beim Zusammenstellen des Nachprüfungsantrags vor.

Angesichts der Dringlichkeit und des Umstandes, dass der Rechtsvertreter der Antragstellerin hätte sehen müssen, dass beide Versionen übereinander am Schreibtisch lagen, und der besonderen Wichtigkeit der letzten Korrektur hätte der Rechtsvertreter der Antragstellerin die Abfertigung überwachen müssen oder zumindest die sofortige Vernichtung der falschen Version veranlassen müssen. Es lag eine hektische Situation in der Kanzlei vor, weshalb ihn erhöhte Sorgfaltspflichten trafen. Er hätte nicht einfach die Kanzlei verlassen dürfen. Er musste angesichts der Hektik, der ablaufenden Frist und der beiden noch existierenden unterschiedlichen Versionen des Nachprüfungsantrags mit einer erhöhten Fehlergeneigtheit rechnen. Insgesamt trifft ihn daher ein Überwachungsverschulden (*Hengstschläger/Leeb*, AVG [2009] § 71 Rz 51).

Damit trifft den Vertreter der Antragstellerin ein nicht bloß minderer Grad des Verschuldens.

Zusätzliche Beweisaufnahmen insbesondere durch Sachverständige sind weder sofort noch in dem engen Zeitkorsett für die Entscheidung möglich. Darüber hinaus sind sie in Anbetracht der der Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen entbehrlich. Ein ausdrücklicher Abspruch über diesen Antrag ist nicht erforderlich (VwGH 28. 3. 2007, 2005/04/0200, bbl 2007/142 = RdW 2007/638 = RPA 2007, 176 [*Reisner*] = ZfVB 2008/484 = ZVB 2007/87 [*Malin*] = ZVB-LSK 2007/105; *Hengstschläger/Leeb*, AVG (2005) § 39 Rz 38).

Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags – Spruchpunkt A. II.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Nachprüfungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) Ist die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die in § 321 vorgesehene Frist, ist ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten.

(3) ...

Fristen für Nachprüfungsanträge

§ 321. (1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(2) ...

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

§ 322. (1) Ein Antrag gemäß § 320 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
2. ...
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung, und
8. ...

(2) Der Antrag ist jedenfalls in folgenden Fällen unzulässig, wenn

...

2. er nicht innerhalb der in § 321 genannten Fristen gestellt wird, oder
3. ...

Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

§ 325. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) ...

Da der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Stellung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen wird, ist der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, in eventu der Ausschreibung zu beurteilen.

Ein Rechtsschutzbedürfnis betreffend die Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung besteht nur dann, wenn die Rechtsposition des Antragstellers durch Stattgabe seines Antrags denkmöglich verbessert wird und er das beabsichtigte Ziel denkmöglich erreichen kann (idS zB VwGH 25. 3. 2010, 2005/04/0131, ZVB 2011/8 [G. Gruber/Marzi]; 22. 6. 2011, 2011/04/0007, JusGuide 2011/39/2402 [VwGH] = VIL-Slg 2011/17).

Die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Vergabeverstößen ist ohne eine der in § 341 Abs 2 BVergG genannten Feststellungen ausgeschlossen. Der dazu nötige Antrag ist gemäß § 332 Abs 5 BVergG dann unzulässig, wenn der Vergabeverstoß in einem Nachprüfungsantrag hätte geltend gemacht werden können. Unterlässt daher der Antragsteller einen ihm möglichen Nachprüfungsantrag, um den Vergabeverstoß zu beseitigen, steht ihm auch kein Feststellungsantrag mehr zur Verfügung, um dieses Versäumnis nachzuholen, und er kann keinen Schadenersatz mehr begehren (*Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² [2009] § 320 Rz 47).

Der Antragstellerin wurde am 26. September 2011 die Zuschlags- und die Ausscheidensentscheidung gemeinsam mitgeteilt. Um ihre Rechtsposition zu wahren, hätte die Antragstellerin nicht nur die Nichtigklärung der sie betreffenden Ausscheidensentscheidung sondern auch der Zuschlagsentscheidung beantragen müssen. Selbst bei Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung würde die Zuschlagsentscheidung bestehen bleiben (*Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² [2009] § 320 Rz 37). Die Auftraggeberin könnte auf Grundlage der Zuschlagsentscheidung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilen. Die Antragstellerin hat daher nicht alle ihr zur Verfügung stehenden und notwendigen Mittel ergriffen, um die Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu verhindern. Die beantragte Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung alleine ist dazu zu wenig (*Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² [2009] § 320 Rz 47). Der Antragstellerin fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis.

Schließlich kommt die Nichtigklärung einer Entscheidung gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG nur dann in Frage, wenn diese einen wesentlichen Einfluss auf den Ausgang

des Vergabeverfahrens hat (VwGH 30. 11. 2006, 2005/04/0067, VwSlg 17071 A/2006 = bbl 2007/69 = RPA-Slg 2007/1 = ZfVB 2007/1980). Es muss nur potentiell möglich sein, dass das Vergabeverfahren anders ausgeht (zB VwGH 21. 12. 2004, 2004/04/0100, VwSlg 16519 A/2004 = RdW 2005/567 = RPA 2005, 98 [*Latzenhofer*] = ZVB 2005/41 [*Pachner*] = ZVB-LSK 2005/42; BVA 31. 5. 2011, N/0029-BVA/12/2011-22, ZVB-LSK 2011/40; *Reisner* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² [2009] § 325 Rz 12). Da bei Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung die Zuschlagsentscheidung aufrecht bleibt und auch Schadenersatzansprüche aus Vergabeverstoß ausgeschlossen sind, ist es dem Auftraggeber möglich, den Zuschlag auf Grundlage der unangefochtenen Zuschlagsentscheidung zu erteilen. Die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung könnte daher am Ausgang des Vergabeverfahrens nichts ändern und auch aus diesem Grund wäre die Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung alleine unzulässig.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass ein Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung dem Antrag zu entnehmen sei, kann nicht gefolgt werden. Der Nachprüfungsantrag setzt sich inhaltlich und argumentativ lediglich mit der Ausscheidensentscheidung auseinander. § 322 Abs 1 Z 7 BVergG verlangt einen ausdrücklichen Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen Entscheidung. Dieser ausdrückliche Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung fehlt dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag. Auch wenn der Verwaltungsgerichtshof in Fällen, in denen Beschwerdepunkte nicht ausdrücklich genannt sind, erkennbare verletzte Rechte aus dem Zusammenhang der Beschwerde genügen lässt (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135, RdW 2006/344 = ZfVB 2007/71 = ZfVB 2007/169), kann dies für die Anfechtung einer Entscheidung nicht übernommen werden, da die Stattgabe, Ab- oder Zurückweisung, somit eine mögliche kassatorische Entscheidung des Bundesvergabeamtes, sich nur auf einen gestellten Antrag beziehen kann (*Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG² [2009] § 312 Rz 171). Überdies enthält der verfahrenseinleitende Nachprüfungsantrag an seinem Ende gesammelt alle Anträge an das Bundesvergabeamt, sodass ein Erschließen eines nicht gestellten Antrags aus dem Inhalt des Antrags von vornherein ausgeschlossen ist (zu Beschwerdepunkten siehe VwGH 27. 6. 2007, 2005/04/0254, 2007/04/0027).

Schließlich kann zwar die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung den Auftraggeber – wie von der Antragstellerin vorgebracht – zum „Nachdenken“ bringen, sodass er die bestandsfest gewordene Zuschlagsentscheidung von sich aus zurücknimmt. Dazu ist er jedoch nicht verpflichtet, zumal er auch keine Schadenersatzansprüche befürchten muss. Die freiwillige Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung steht ihm allerdings jederzeit offen und er ist auch ohne Entscheidung des Bundesvergabeamtes über die Ausscheidensentscheidung nicht daran gehindert (zB VwGH 29. 2. 2008, 2006/04/0011, bbl 2008/147 = ZfVB 2008/1282). Es ist nicht Zweck des Nachprüfungsverfahrens, lediglich Druck auf den Auftraggeber auszuüben oder unverbindliche Lösungen zu schaffen. Vielmehr soll das Nachprüfungsverfahren strittige Fragen bindend klären (idS EuGH 19. 6. 2003, Rs C-410/01, *Fritsch, Chiari & Partner*, Rn 33, Slg 2003, I-6413 = BVergSlg 33.13 = RPA 2003, 365 [*Latzenhofer*] = wbl 2003/239 = ZER 2004/175 = ZVB 2003/98 = ZVB-LSK 2003/114 = ZVB-LSK 2003/115 = ZVB-LSK 2003/116).

Abschließend ist anzumerken, dass angesichts der anwaltlichen Vertretung keine Manuduktionspflicht seitens des Bundesvergabeamtes besteht (zB VwGH 22. 6. 2011, 2011/04/0116, bbl 2011/180 = JusGuide 2011/30/2226 [VwGH] = JusGuide 2011/30/2227 [VwGH] = VIL-Slg 2011/19).

Ersatz der Pauschalgebühr – Spruchpunkt A. III.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG lauten:

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) ...

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ weder die beantragte einstweilige Verfügung, noch obsiegte die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag, da das

Bundesvergabebeamte den Nachprüfungsantrag zurückwies. Der Ersatz der bezahlten Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung – Spruchpunkt B.

Die Antragstellerin beantragte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die einschlägige Bestimmung des BVergG lautet:

3. Abschnitt
Einstweilige Verfügungen
Antragstellung

§ 328. (1) Das Bundesvergabeamt hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

(2) ...

Wie oben ausgeführt wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen, da der Antragstellerin die Schutzwürdigkeit fehlt. Damit fehlt es auch an den Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Wien, am 23. November 2011
Der Vorsitzende des Senates 10

Mag. Hubert Reisner