

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

25.01.2011

**Geschäftszahl**

2006/04/0200

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X GmbH in Y, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates der Stadt Wien vom 12. September 2006, Zl. VKS - 1880/06, betreffend Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Stadt Wien, Wiener Wohnen, vertreten durch Singer Fössl Rechtsanwälte in 1030 Wien, Apostelgasse 23), zu Recht erkannt:

**Spruch****Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Wien Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) hat im Amtsblatt der Europäischen Union vom 13. April 2006 die Ausschreibung der Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich im offenen Verfahren betreffend die Sanierung einer Wohnhausanlage bekannt gemacht. Das Vorhaben bestand aus mehreren Losen, wobei es gegenständlich um die Vergabe von Schlosserarbeiten (Loggiengeländer, Briefkästen, Stiegenhausportale) geht. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. Die Beschwerdeführerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren als Bieter, ihr Angebot hatte den zweitniedrigsten Preis.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 30. Mai 2006 teilte die Auftraggeberin unter Bekanntgabe der Stillhaltefrist mit, es sei beabsichtigt, den Zuschlag der Z. GmbH als Billigstbieterin (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zu erteilen.

Mit Nachprüfungsantrag vom 12. Juni 2006 beantragte die Beschwerdeführerin, soweit hier relevant, die Nichtigerklärung der genannten Zuschlagsentscheidung und den Ersatz der für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühr.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 30. Mai 2006 für nichtig zu erklären (Spruchpunkt 1.) und den in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag der Beschwerdeführerin auf Vernehmung eines namentlich genannten Zeugen (Spruchpunkt 3.) ab und sprach unter Spruchpunkt 5. aus, dass die Beschwerdeführerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe. Außerdem wurden mit weiteren Spruchpunkten (die aber, worauf noch eingegangen wird, vom Beschwerdepunkt der vorliegenden Beschwerde nicht erfasst sind), ein gegen eine weitere Entscheidung des Auftraggebers gerichteter Nachprüfungsantrag zurückgewiesen (Spruchpunkt 2.) und eine von der belangten Behörde bereits zuvor erlassene einstweilige Verfügung aufgehoben (Spruchpunkt 4.). Als Rechtsgrundlagen führte sie u.a. die §§ 11 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1 und 30 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz - WVRG und die §§ 106 Abs. 1, 108 Abs. 2, 129 Abs. 1 und 345 BVerfG 2006 an.

Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen ausgeführt, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen habe und daher von der Auftraggeberin auszuschneiden gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin habe dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Ausschreibungsbestimmungen bei einer Leistungsfrist von 31 Monaten "Festpreise auf Baudauer" verlangt hätten, wohingegen die Zuschlagsempfängerin, wie sich aus deren Begleitschreiben zum Angebot vom 15. Mai 2006 ergebe, veränderliche Preise angeboten habe. Ein weiterer Ausscheidungsgrund

liege nach den Ausführungen des Nachprüfungsantrages darin, dass die Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot nicht den (von der Auftraggeberin vorgegebenen) Ausschreibungsmantelbogen "SR 75" beigelegt habe, mit dem die vertraglichen Rahmenbedingungen des Auftrages, vor allem die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin anerkannt würden. Vielmehr finde sich im genannten Begleitschreiben der Zuschlagsempfängerin vom 15. Mai 2006 in der Fußzeile der Hinweis "Es gelten unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen". Bei diesen Ausschreibungswidrigkeiten handle es sich um unbehebbar Mängel, sodass die Zuschlagsempfängerin auszuschneiden und die Beschwerdeführerin an erster Stelle zu reihen gewesen wäre.

Im Anschluss an die Wiedergabe des Nachprüfungsantrages stellte die belangte Behörde den Gang des Vergabekontrollverfahrens dar und traf folgende Sachverhaltsfeststellungen:

Die für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren bedeutsamen Bestimmungen der Ausschreibung seien im sogenannten Angebotsformblatt mit der Bezeichnung "MDBD-SR 75" (im angefochtenen Bescheid auch als Angebotsdeckblatt bezeichnet) enthalten. Demnach seien Festpreise auf Baudauer, die mit 31 Monaten festgelegt sei, anzubieten. Alternativ- und Änderungsangebote seien nicht zugelassen. Im genannten Angebotsformblatt sei festgehalten, dass die ÖNORM B 2110 in ihrem Abschnitt 5.2. ("Vertragsbestandteile") gelte, allerdings ergänzt um "die Bestimmungen dieses Angebotsformblattes". Dem vollständigen Angebot der Zuschlagsempfängerin sei auch dieses Angebotsformblatt in unterfertigter Form beigelegt. Die letztgenannte Feststellung stütze die belangte Behörde einerseits auf das Angebotseröffnungsprotokoll der Auftraggeberin vom 15. Mai 2006 und andererseits darauf, dass dieses Angebotsformblatt gemeinsam mit den übrigen Angebotsunterlagen ordnungsgemäß mit einer Lochstanze der Auftraggeberin gelocht worden sei. Daher sei die Behauptung im Nachprüfungsantrag, dass dem Angebot der Zuschlagsempfängerin das Angebotsformblatt gefehlt habe, aktenwidrig.

Zutreffend sei, dass die Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot ein Begleitschreiben vom 15. Mai 2006 angeschlossen habe, das folgenden für den vorliegenden Fall bedeutsamen Satz beinhalte:

"Zu o.g. Angebotsunterlagen möchten wir wie nachstehend angeführt festhalten:

Bezugnehmend auf die Baudauer von ca. 31 Monaten, erlauben wir uns an die festgelegten Vorgaben des Bundesvergabegesetzes und ÖNormen zu halten."

Zu diesem Begleitschreiben sei die Zuschlagsempfängerin von der Auftraggeberin mit Telefax vom 16. Mai 2006 um Rücksprache ersucht worden, woraufhin die Zuschlagsempfängerin mit aktenkundigem Schreiben vom 17. Mai 2006 wie folgt geantwortet habe:

"Bezugnehmend auf Ihr Fax vom 16.5.2006 erlauben wir uns festzuhalten, dass wir auf Grund der unüblichen Baudauer mit Festpreisen dieses Schreiben beigelegt haben, um diesen Umstand abermals zu betonen. Wir stehen zu unserem Angebot ohne Einschränkung und garantieren Ihnen abermals die Festpreise bis Ende der Baudauer."

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, im gegebenen Zusammenhang sei zu beurteilen, ob die Zuschlagsempfängerin im genannten Begleitschreiben vom 15. Mai 2006 von den in der Ausschreibung verlangten Festpreisen für die Baudauer von 31 Monaten abgegangen sei. Es sei daher der Erklärungswert dieses Begleitschreibens zu ermitteln. Anzumerken sei, dass dieses Begleitschreiben im unterfertigten Angebotsformblatt der Zuschlagsempfängerin gar nicht erwähnt werde. Unter Hinweis auf § 106 Abs. 1 BVergG 2006, wonach der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden dürfe, ging die belangte Behörde davon aus, dass ein Bieter, der sich an einem Vergabeverfahren beteilige und damit Kosten auf sich nehme, an der Erlangung des Auftrages interessiert sei und daher ein für die Zuschlagserteilung geeignetes Angebot legen werde. Daher könne einem Bieter nicht unterstellt werden, ein Angebot derart zu gestalten, dass es ausgeschieden werde. § 108 Abs. 2 BVergG 2006 enthalte vielmehr die Fiktion, dass jeder Bieter die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kenne und dass er die angebotenen Leistungen zu diesen Bestimmungen erbringen wolle. Diese Fiktion gelte auch für das Angebot der Zuschlagsempfängerin. Weil sich aber aus dem genannten Begleitschreiben der Zuschlagsempfängerin vom 15. Mai 2006 ein "möglicher Widerspruch" mit der genannten Absicht der Zuschlagsempfängerin, ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen, ergeben könnte, habe die Auftraggeberin zutreffend Aufklärung gemäß § 126 Abs. 1 BVergG 2006 verlangt. Das Ergebnis dieser Aufklärung ergebe sich aus dem zitierten Antwortschreiben der Zuschlagsempfängerin vom 17. Mai 2006. Auf dessen Grundlage stehe fest, dass die Zuschlagsempfängerin die in der Ausschreibung verlangten Festpreise für die vorgegebene Baudauer angeboten habe. Da somit durch das Antwortschreiben vom 17. Mai 2006 Klarheit über die von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Festpreise hergestellt worden sei, erübrige sich eine Auseinandersetzung mit den in diesem Begleitschreiben genannten ÖNORMEN. Vor dem Hintergrund des genannten Aufklärungsschreibens vom 17. Mai 2006 sei es ohne Bedeutung, ob der von der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung beantragte Zeuge hätte bestätigen können, dass die Zuschlagsempfängerin "ausschließlich zu veränderlichen Preisen anbieten wollte", weil dieses Aufklärungsschreiben belegt, dass (tatsächlich) Festpreise angeboten worden seien. Die Vernehmung dieses Zeugen habe daher unterbleiben können.

Sodann ging die belangte Behörde auf das zweite Argument des Nachprüfungsantrages ein. Die Beschwerdeführerin vertrete den Standpunkt, dass die Zuschlagsempfängerin mit dem genannten Begleitschreiben vom 15. Mai 2006 auch deshalb eine Ausschreibungswidrigkeit ihres Angebotes bewirkt habe,

weil in diesem Schreiben nicht die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin, sondern die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Zuschlagsempfängerin zum Inhalt des Angebotes gemacht worden seien. Zwar finde sich, so die belangte Behörde in ihren Feststellungen, im genannten Begleitschreiben der Zuschlagsempfängerin der Hinweis "Es gelten unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen!". Dieser Hinweis sei aber kleingedruckt als letzte Zeile auf dem Firmenpapier der Zuschlagsempfängerin und von dieser nicht unterschrieben. Auch gebe es in den übrigen Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin, insbesondere in deren unterfertigtem Angebotsformblatt SR 75, keinen Hinweis darauf, dass die Zuschlagsempfängerin das Angebot nur zu ihren eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen gelegt habe. Das in Rede stehende Begleitschreiben sei, wie erwähnt, auch nicht Angebotsbestandteil, weil es in dem von der Zuschlagsempfängerin unterfertigten Angebotsformblatt SR 75 gar nicht erwähnt werde. Da es sich somit um einen bloßen Hinweis auf die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen auf einem Firmenpapier der Zuschlagsempfängerin handle, der nicht Angebotsbestandteil sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Zuschlagsempfängerin die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin durch ihre eigenen Bedingungen habe ersetzen wollen. Zusammenfassend sei daher das Angebot der Zuschlagsempfängerin auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend anzusehen.

Des Weiteren führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid aus, die Beschwerdeführerin habe mit Schriftsatz vom 25. August 2006 - erstmals - vorgebracht, der Zuschlagsempfängerin fehle auch die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit. Diesem Vorbringen sei zunächst zu entgegnen, dass gemäß § 17 Abs. 1 Z. 6 WVRG die Gründe der behaupteten Rechtswidrigkeit bereits mit dem Antrag gemäß § 13 Abs. 1 WVRG zu bezeichnen seien, sodass das genannte ergänzende Vorbringen verspätet sei. Ungeachtet dessen sei der genannte Einwand aber auch deshalb nicht zielführend, weil er auf einer von der Beschwerdeführerin vorgelegten Auskunft des Kreditschutzverbandes 1870 beruhe, die vom 24. August 2006 stamme. Demgegenüber habe die Auftraggeberin die Bonität und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin vor der Zuschlagsentscheidung (30. Mai 2006) ordnungsgemäß geprüft, diesbezüglich könne auf die in den Vergabeakten erliegende Auskunft des ANKÖ verwiesen werden. Allfällige Änderungen der finanziellen und wirtschaftlichen Situation der Zuschlagsempfängerin habe die Auftraggeberin gegebenenfalls vor der Zuschlagserteilung zu prüfen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und, ebenso wie die mitbeteiligte Auftraggeberin, eine Gegenschrift erstattet hat.

Im Hinblick auf die vom Verwaltungsgerichtshof von Amts wegen wahrzunehmende Frage der Zuständigkeit der belangten Behörde wurden die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens mit Verfügung vom 2. Dezember 2010 auf den Umstand hingewiesen, dass aus dem Vergabeakt, konkret aus einer darin enthaltenen europaweiten Bekanntmachung, hervorgeht, dass der gegenständliche Auftrag am 12. Juni 2006 (also scheinbar vor Erlassung des angefochtenen Bescheides) vergeben worden sei, dass aber den Akten ein Feststellungsantrag gemäß § 27 Abs. 1 WVRG nicht entnommen werden könne. Die belangte Behörde teilte in ihrer Stellungnahme vom 13. Dezember 2010 mit, nach ihrem Protokoll sei ein solcher Antrag nicht gestellt worden. Die Beschwerdeführerin führte im Schriftsatz vom 20. Dezember 2010 aus, der Auftrag an die Zuschlagsempfängerin (die als juristische Person mittlerweile auf Grund eines Konkursverfahrens aufgelöst worden sei) sei erst am 26. September 2006 erteilt worden, und legte dazu eine Kopie des (von der Zuschlagsempfängerin gegengezeichneten) Auftragsschreibens vor. Bei der genannten europaweiten Bekanntmachung habe es sich nach der Vermutung der Beschwerdeführerin um ein Versehen der Auftraggeberin gehandelt, weil mit dieser Bekanntmachung auch weitere Aufträge kundgemacht worden seien, wobei man offenbar vergessen habe, dass der gegenständliche Auftrag infolge des noch anhängigen Nachprüfungsverfahrens am 12. Juni 2006 noch nicht erteilt worden sei. Die mitbeteiligte Auftraggeberin hat sich in diesem Zusammenhang nicht geäußert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die hier maßgebenden Bestimmungen des BVergG 2006 lauten:

"Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

...

Allgemeine Regelungen für Angebote

Allgemeine Bestimmungen

106. (1) Der Bieter hat sich bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

...

Inhalt der Angebote

§ 108.

...

(2) Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 126. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung, oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. ...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

..."

Die im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides maßgebenden Rechtsvorschriften des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes - WVRG, LGBl. Nr. 25/2003, lauten auszugsweise:

"3. Abschnitt

Nachprüfungsverfahren

Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates

§ 11. (1) Der Vergabekontrollsenat ist auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes zuständig.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung ist der Vergabekontrollsenat zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2002 und die hierzu ergangenen Verordnungen zuständig

1. ...

2. zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 20) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) Unbeschadet des § 27 ist der Vergabekontrollsenat zuständig, nach der Zuschlagserteilung festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 oder die hierzu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. ...

Arten der Nachprüfungsverfahren

§ 13. (1) (Nichtigerklärungsverfahren) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 20 Z 13 lit. a des Bundesvergabegesetzes 2002 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 99/2002) des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigerklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 20 Z 13 lit. b des Bundesvergabegesetzes 2002 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 99/2002) können nur gemeinsam mit den ihnen jeweils nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidungen angefochten werden.

(2) (Feststellungsverfahren) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass

1. ...

2. wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 oder die hierzu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder

...

Feststellung von Rechtsverstößen

§ 27. (1) Wird während eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß § 13 Abs. 1 in dem betreffenden Verfahren zur Vergabe von Aufträgen der Zuschlag rechtswirksam erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen widerrufen, so ist der Vergabekontrollsenat zuständig, auf Antrag jenes Unternehmers, der den Antrag gemäß § 13 Abs. 1 gestellt hat, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages, ab Kenntnis des Widerrufs der Ausschreibung oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hievon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nach dem der Zuschlag erteilt bzw. das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß § 13 Abs. 2 gestellt werden.

..."

Zur Zuständigkeit der belangten Behörde:

Im Hinblick auf den im verwaltungsgerichtlichen Verfahren von der Beschwerdeführerin vorgelegten "Auftrag-Gegenbrief", der von der Auftraggeberin (konkret von ihrem vergebenden Architekten) am 25. September 2006 und von der Zuschlagsempfängerin am 26. September 2006 unterfertigt wurde und die Durchführung von "Schlosserarbeiten" an der in der Ausschreibung genannten Adresse "auf Grund des Angebotes vom 15.05.2006" betrifft, geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass der Zuschlag gegenständlich erst am 26. September 2006 erteilt wurde. Der angefochtene Bescheid vom 12. September 2006 wurde daher vor der Zuschlagserteilung erlassen, sodass die belangte Behörde gemäß § 11 Abs. 2 Z. 2 WVRG zuständig war, inhaltlich (und ohne gesonderten Antrag im Sinne des § 27 Abs. 1 WVRG) über die Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung abzusprechen.

Anfechtungsgegenstand:

In der vorliegenden Beschwerde erachtet sich die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Stattgebung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verletzt, sodass davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde nur gegen die eingangs bezeichneten Spruchpunkte 1., 3. und 5. des angefochtenen Bescheides richtet.

In den Beschwerdegründen führt die Beschwerdeführerin aus, weshalb das Angebot der Zuschlagsempfängerin entgegen der Ansicht der belangten Behörde hätte ausgeschieden werden müssen:

Zur behaupteten Abweichung von den Festpreisen:

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Rechtsansicht der belangten Behörde, dass einem Angebot gemäß § 108 Abs. 2 BVerG 2006 prinzipiell zu unterstellen sei, ausschreibungskonform zu sein. Dem stehe entgegen, dass der Gesetzgeber in § 129 BVerG 2006 von Angeboten ausgehe, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen und daher auszuschneiden seien. Gerade dann, wenn ein Bieter separat unterfertigte Erklärungen zu seinen Angeboten abgebe, könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese ausschreibungskonform seien, sondern es müsse vielmehr deren eigenständige Bedeutung bedacht werden. Daher sei auf den objektiven Erklärungswert eines Begleitschreibens abzustellen, da ein allenfalls daraus zu entnehmender Bindungswille zu einem Ausscheiden des Angebotes zu führen habe. Die Auslegung von Willenserklärungen gemäß § 863 ABGB richte sich danach, wie diese Erklärungen unter Berücksichtigung aller Umstände verstanden werden mussten, wobei es nicht primär auf den Willen des Erklärenden, sondern vielmehr auf das Verständnis ankomme, das ein redlicher Erklärungsempfänger gewinnen durfte und gewonnen hat (Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts). Im gegenständlichen Fall seien die Bieter mit einer Ausschreibung konfrontiert gewesen, in der abweichend von der ÖNORM Festpreise für die Bauzeit von 31 Monaten verlangt worden seien. Wenn die Zuschlagsempfängerin daher festgehalten habe, sich an die ÖNORMEN halten zu wollen, so erkläre sie damit im Widerspruch zu den Angebotsbedingungen, dass sie keine Festpreise auf Baudauer anbieten wolle. Für einen redlichen Erklärungsempfänger sei dem Begleitschreiben der Zuschlagsempfängerin daher die eindeutige Erklärung zu entnehmen, sich bezüglich der Festpreise auf Baudauer nicht an die Ausschreibungsunterlagen halten zu wollen. Daher sei es nicht überzeugend, wenn sich die belangte Behörde nicht auf den Wortlaut des Begleitschreibens der Zuschlagsempfängerin, sondern auf deren Aufklärungsschreiben vom 17. Mai 2006 berufe. Da die Zuschlagsempfängerin somit in ihrem Angebot nicht die geforderten Festpreise auf Baudauer angeboten habe, hafte diesem Angebot ein Mangel an, der unheilbar sei, weil die Mängelbehebung zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Zuschlagsempfängerin geführt hätte.

Im vorliegenden Beschwerdefall ist unstrittig, dass nach der Ausschreibung (Angebotsformblatt SR 75) "Festpreise" auf Baudauer anzubieten waren, wobei die Leistungsfrist in diesem Angebotsformblatt mit 31 Monaten vorgegeben war. Alternativ- und Abänderungsangebote waren nicht zugelassen. Nach den Feststellungen der belangten Behörde, denen die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht mehr entgegen

tritt, hat die Zuschlagsempfängerin dieses Angebotsformblatt unterfertigt dem Angebot angeschlossen, sodass, wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, gemäß § 108 Abs. 2 BVergG 2006 mit der Unterfertigung dieses Angebotsformblattes die Erklärung verbunden war, die ausgeschriebene Leistung zu den Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen - gegenständlich somit zu Festpreisen auf Baudauer - zu erbringen (vgl. zu dieser Fiktion des Gesetzes das zur wörtlich im Wesentlichen identen Bestimmung des § 83 Abs. 2 BVergG 2002 ergangene hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024). Zu prüfen ist daher, ob die Zuschlagsempfängerin durch ihr Begleitschreiben vom 15. Mai 2006, in dem sie erklärt, sich u.a. an die "ÖNORMEN zu halten", die genannte gesetzliche Vermutung, sie habe ihr Angebot zu den Ausschreibungsbedingungen erstellt, widerlegt hat.

Im Erkenntnis vom 19. November 2008, Zl. 2004/04/0102, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass ein Bieter, der ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen möchte, dies klar zum Ausdruck bringen müsse. Eine solch klare Mitteilung liegt gegenständlich nicht vor: Durch den (bloßen) Hinweis der Zuschlagsempfängerin, sie werde sich "an die ÖNORMEN halten" - eine konkrete ÖNORM oder gar konkrete Bestimmung einer solchen wurde im Begleitschreiben der Zuschlagsempfängerin vom 15. Mai 2006 nicht angesprochen -, hat sie nicht klar zum Ausdruck gebracht, die in ihrem Angebot enthaltenen Preise seien keine Festpreise. Insbesondere kann nach dem Gesagten entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin (siehe auch Nachprüfungsantrag Seite 6) nicht davon ausgegangen werden, die Zuschlagsempfängerin habe sich im genannten Begleitschreiben auf die ÖNORM B 2110 Punkt 5.28.3.1. bezogen und unter Bezugnahme auf diese Bestimmung veränderliche Preise angeboten (abgesehen davon, wäre selbst im Falle einer Bezugnahme auf die letztgenannte Bestimmung, die im Nachprüfungsantrag zitiert wurde, nicht eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass veränderliche Preise angeboten werden, weil diese Vermutung nach der zitierten ÖNORM nur dann gilt, wenn der Vertrag nicht erkennen lässt, ob Festpreise vereinbart sind; im gegenständlichen Fall bringt die Ausschreibung aber, wie erwähnt, deutlich zum Ausdruck, dass nur Festpreise angeboten werden können).

Abgesehen davon hat die Auftraggeberin, weil sie auf Grund des genannten Begleitschreibens der Zuschlagsempfängerin zumindest von einer Unklarheit hinsichtlich des Angebotes ausgehen durfte, von der Zuschlagsempfängerin eine verbindliche schriftliche Aufklärung im Sinne des § 126 Abs. 1 BVergG 2006 verlangt. Dass die Zuschlagsempfängerin spätestens durch ihr Aufklärungsschreiben vom 17. Mai 2006 klargestellt hat, Festpreise auf Baudauer anzubieten, wird auch in der Beschwerde nicht bestritten.

Die belangte Behörde ist somit zutreffend davon ausgegangen, die Zuschlagsempfängerin habe die in der Ausschreibung verlangten Festpreise angeboten, ein diesbezüglicher Mangel des Angebotes der Zuschlagsempfängerin liegt daher entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht vor.

Soweit die Beschwerde mit Blick auf Spruchpunkt 3. und den dort abgewiesenen Beweis Antrag einwendet, die belangte Behörde wäre durch Vernehmung des Zeugen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Zuschlagsempfängerin "veränderliche Preise erwirken wollte", so hat dem die belangte Behörde bereits zutreffend entgegnet, dass es nicht auf die Absicht der Zuschlagsempfängerin, sondern auf den nach außen hin zum Ausdruck kommenden objektiven Erklärungswert ihrer Willensäußerungen ankommt. Der Verwaltungsgerichtshof hat nämlich schon wiederholt bei der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen, somit hinsichtlich der Willenserklärungen des Auftraggebers, den objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für maßgebend erachtet (vgl. etwa das Erkenntnis vom 19. November 2008, Zl. 2007/04/0018, mit Verweis auf die Vorjudikatur). Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich ist, gilt auch für die Auslegung der Willenserklärung des Bieters. Da jedenfalls der objektive Erklärungswert des genannten Aufklärungsschreibens der Zuschlagsempfängerin vom 17. Mai 2006 eindeutig und zweifelsfrei ergab, dass die Zuschlagsempfängerin ihre Leistungen zu Festpreisen auf Baudauer anbiete, kam es auf die Erforschung allfälliger Absichtsäußerungen der Zuschlagsempfängerin gegenüber dem benannten Zeugen nicht an.

#### Zur Ausschreibungswidrigkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen:

Entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde vertritt die Beschwerde die Meinung, die Zuschlagsempfängerin habe durch den im Begleitschreiben vom 15. Mai 2006 enthaltenen Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) stillschweigend ihre eigenen AGB zum Gegenstand ihres Angebotes gemacht und sei damit von der Ausschreibung abgewichen.

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass das aktenkundige, von der Zuschlagsempfängerin unterfertigte Angebotsformblatt SR 75 unter Punkt 1. folgende Erklärung enthält:

"Ich (Wir) biete(n) die Ausführung der beschriebenen Leistung(en) unter Berücksichtigung der 'Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen' (Drucksorte VD 307) ... an."

Wie bereits die belangte Behörde festgestellt hat, enthält das Begleitschreiben der Zuschlagsempfängerin vom 15. Mai 2006 in der Fußzeile (und zwar im Anschluss an die Firmenadresse, Telefonnummer, E-Mailadresse, Bankverbindung usw.) auch den kleingedruckten Hinweis "Es gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen!". Dabei handelt es sich offensichtlich um einen Vordruck auf dem Unternehmenspapier. Der Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin dieses Unternehmenspapier mit der genannten Fußzeile für das Begleitschreiben vom 15. Mai 2006 verwendet hat, bringt im Sinne der zitierten Judikatur nicht klar zum

Ausdruck, dass die Zuschlagsempfängerin damit ein Angebot auf der Basis ihrer eigenen AGB, somit ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen wollte (vgl. abermals das zitierte Erkenntnis Zl. 2004/04/0102, in dem der Bieter die eigenen AGB versehentlich sogar angeschlossen, und nicht bloß - wie hier - erwähnt hat).

Zur Eignung der Zuschlagsempfängerin:

Unstrittig hat die Beschwerdeführerin erstmals mit Schriftsatz vom 25. August 2006 eingewendet, dass die Zuschlagsempfängerin mangels Eignung hätte ausgeschieden werden müssen. Die Beschwerdeführerin hat dazu auf die schlechte Gesamtbewertung der Zuschlagsempfängerin in der Auskunft des Kreditschutzverbandes 1870 (KSV) vom 24. August 2006 verwiesen.

Zutreffend ist zunächst der Einwand der Beschwerde, dass dieses Vorbringen entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde nicht verspätet war, weil, wie der Verwaltungsgerichtshof schon im Erkenntnis vom 27. November 2003, Zl. 2003/04/0069, ausgeführt hat, die Vergabekontrollbehörde auch auf späteres, neues Vorbringen der Partei Bedacht zu nehmen hat. Der genannte Einwand der Beschwerdeführerin bewegt sich nämlich innerhalb des geltend gemachten Beschwerdepunktes im Sinne des hier maßgebenden § 11 Abs. 2 Z. 2 WVRG (nach der Aktenlage hat sich die Beschwerdeführerin im Nachprüfungsantrag im Recht auf Zuschlagserteilung verletzt erachtet). Im gegenständlichen Beschwerdefall hat die belangte Behörde aber in einer Alternativbegründung auch dargelegt, dass die Auftraggeberin die finanzielle Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin ausreichend geprüft hat, und zwar auf Basis einer Auskunft des Auftragnehmerkatasters Österreich (ANKÖ).

Nach den Ausschreibungsunterlagen (Beilage 13.08.1., Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise) war als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit "eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft)" vorzulegen, wobei jene Nachweise, die z.B. im ANKÖ ersichtlich waren, dem Auftraggeber nicht nochmals vorgelegt werden mussten, wenn sie zum Zeitpunkt der Bewerber- oder Bieterprüfung aktuell waren.

Gegen die Feststellung der belangten Behörde, dass die Auftraggeberin seitens des ANKÖ Auskunft über die finanzielle und wirtschaftliche Situation der Zuschlagsempfängerin gehabt habe (sodass die dort ersichtlichen Nachweise nach der zitierten Ausschreibungsbeilage nicht gesondert vom Bieter vorgelegt werden mussten), wird in der Beschwerde nichts Konkretes vorgebracht.

Soweit die Beschwerde aber meint, die Auftraggeberin hätte auf das erwähnte KSV-Rating vom 24. August 2006 und ein weiteres vom 18. Mai 2006 Bedacht nehmen müssen, ist zu entgegnen, dass die Auftraggeberin die Eignung der Bieter zufolge § 69 Z. 1 BVergG 2006 zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (15. Mai 2006) beurteilen musste. Daher geht der Hinweis auf die Eignungsbewertung der Zuschlagsempfängerin durch den KSV zu den beiden genannten Zeitpunkten ins Leere (der Hinweis auf das KSV-Rating vom 18. Mai 2006 stellt im Übrigen eine Neuerung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dar). Nach den Erläuterungen zu § 69 BVergG 2006 (wiedergegeben beispielsweise bei Elsner, BVergG 2006, 3. Auflage, 2010, Rz 581) darf die Leistungsfähigkeit zwar auch nach den in dieser Bestimmung genannten Zeitpunkten nicht mehr verloren gehen, doch enthält der Einleitungssatz des § 69 keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer ständigen Überprüfung, ob nach den genannten Zeitpunkten die Eignung seitens des Unternehmers noch vorliegt oder nicht.

Nach dem Gesagten war die Beschwerde daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG unterbleiben, weil die Sache bereits Gegenstand einer Verhandlung bei der belangten Behörde (einem Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK) war.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 25. Jänner 2011

**European Case Law Identifier**

ECLI:AT:VWGH:2011:2006040200.X00