

TE Vwgh Erkenntnis 2011/5/12 2008/04/0087

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.05.2011

Index

E6j;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

61989CJ0243 Kommission / Dänemark;

61994CJ0087 Kommission / Belgien ;

62000CJ0019 SIAC Construction VORAB;

62001CJ0448 EVN VORAB;

62007CJ0213 Michaniki VORAB;

BVergG 2006 §126 Abs1;

BVergG 2006 §126;

BVergG 2006 §127;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7;

BVergG 2006 §129;

BVergG 2006 §69 Z1;

BVergG 2006 §75 Abs6 Z5;

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 127 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X Gesellschaft m.b.H. in Y, vertreten durch Mag. Christiane Ultes, Rechtsanwältin in 1090 Wien, Garelligasse 3, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 24. April 2008, Zl. VKS - 2643/08, betreffend Vergabenachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Stadt Wien (Magistrat der Stadt Wien, MA 54 - Zentraler Einkauf) in 1030 Wien, Am Modenapark 1-2, und 2. Z Gesellschaft m.b.H. in Q), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der römisch zehn Gesellschaft m.b.H. in Y, vertreten durch Mag. Christiane Ultes, Rechtsanwältin in 1090 Wien, Garelligasse 3, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 24. April 2008, Zl. VKS - 2643/08, betreffend Vergabenachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Stadt Wien (Magistrat der Stadt Wien, MA 54 - Zentraler Einkauf) in 1030 Wien, Am Modenapark 1-2, und 2. Z Gesellschaft m.b.H. in Q), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Begründung

I.römisch eins.

1. Vergabeverfahren:

Den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides zufolge führte die erstmitbeteiligte Partei als öffentliche Auftraggeberin (im Folgenden: Auftraggeberin) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Auftrages zur Lieferung von Papierhandtüchern und WC-Papier.

Die ausgeschriebenen Leistungen waren in drei Lose (Positionen) geteilt, wobei Teilangebote positionsweise zugelassen waren. Das Ende der Angebotsfrist war der 12. November 2007, 10.00 Uhr.

Punkt 17 der Ausschreibung(sunterlagen) lautete wie folgt:

1. "(17)Absatz 17,Zuschlagskriterium ist das wirtschaftlich günstigste Angebot bezüglich der nachstehenden Kriterien:

1. 1.Ziffer eins

60 % Preis

2. 2.Ziffer 2

40 % Gebrauchstauglichkeit

Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Priorität.

Dem Angebot müssen daher sämtliche Nachweise und Daten beigelegt werden, um eine Bewertung durchführen zu können. Ein Prüfbericht einer unabhängigen staatlichen Prüfanstalt, die bei dem Toilettenpapier und bei den Papierhandtüchern die unten angeführten Werte belegen, muss im Angebot enthalten sein (fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen!)"

Das im Beschwerdefall gegenständliche Los Position 2 betraf die Ausschreibung von 35 Millionen Blatt Papierhandtüchern. Im Hinblick auf dieses Los wurde in der Ausschreibung ein Prüfbericht einer unabhängigen staatlichen Prüfanstalt über näher angeführte Eigenschaften ("mind. Nassbruchkraft längs; Trockenbruchkraft längs, Wasseraufnahmekapazität - Produktdatenblatt - Originalmuster (je vier Packungen)") verlangt.

Mit Schriftsatz vom 12. März 2008 teilte die Auftraggeberin der Beschwerdeführerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag für das Los Position 2 der zweitmitbeteiligten Partei (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) erteilen zu wollen.

2. Nachprüfungsverfahren und angefochtener Bescheid:

Gegen diese Zuschlagsentscheidung brachte die Beschwerdeführerin im Hinblick auf den Zuschlag für die

Position 2 einen Nachprüfungsantrag bei der belangten Behörde ein.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dieser Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 12. März 2008 hinsichtlich der Position 2 für nichtig zu erklären, abgewiesen (Spruchpunkt 1.), die einstweilige Verfügung vom 1. April 2008 mit sofortiger Wirkung aufgehoben (Spruchpunkt 2.) und ausgesprochen, dass die Beschwerdeführerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt 3.). Diese Spruchpunkte stützte die belangte Behörde ohne nähere Differenzierung auf die §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19 Abs. 1 und 3, 20 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z. 6, 25 Abs. 1, 31 WVRG 2007 iVm den §§ 2 Z. 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z. 1, 5, 12 Abs. 1 Z. 2, 69 Z. 1, 70 Abs. 1 Z. 4, 75 Abs. 5 Z. 5, 108 Abs. 2, 126 und 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006. Diese Spruchpunkte stützte die belangte Behörde ohne nähere Differenzierung auf die Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, Absatz eins, und 3, 20 Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, WVRG 2007 in Verbindung mit den Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer eins, 5, 12, Absatz eins, Ziffer 2, 69, Ziffer eins, 70, Absatz eins, Ziffer 4, 75, Absatz 5, Ziffer 5, 108, Absatz 2, 126 und 129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin entgegen der Festlegung in der Ausschreibung einen Prüfbericht einer unabhängigen staatlichen Prüfanstalt betreffend die angebotenen Hygienepapiere nicht vorgelegt habe. Die Zuschlagsempfängerin habe diese Prüfberichte erst nach Angebotseröffnung über Aufforderung der Auftraggeberin vorgelegt. Das Verfahren habe ergeben, dass diese beiden Prüfberichte die in den Produktbeschreibungen angeführten Artikel betreffen und noch vor Ablauf der Angebotsfrist (12. November 2007), nämlich am 2. November 2007 ausgestellt worden seien.

Nach Hinweis auf die §§ 108 Abs. 2 und 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 sowie Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186) führte die belangte Behörde aus, die Auftraggeberin habe die Nichtvorlage der geforderten Prüfberichte mit dem Angebot der Zuschlagsempfängerin als behebbaren Mangel gewertet und sei dementsprechend nach § 126 BVergG 2006 vorgegangen. Die Festlegung in Punkt 17 der Ausschreibungsbestimmungen (ein Prüfbericht ... muss im Angebot enthalten sein. Fehlt dieser Prüfbericht ...) entspreche den §§ 70 Abs. 1 Z. 4, 75 Abs. 5 Z. 5 BVergG 2006 über den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Nach § 69 Z. 1 BVergG 2006 müsse dieser zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Die Festlegung in der Ausschreibung "fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen" könne bei vergaberechtskonformer Auslegung nur so verstanden werden, dass dieser Bericht jedenfalls vor Angebotseröffnung erstellt worden sein müsse, also vorhanden sein müsse. In diesem Fall stelle die Nichtvorlage des Prüfberichtes mit dem Angebot einen verbesserungsfähigen Mangel dar. Die Zuschlagsempfängerin sei der Aufforderung der Auftraggeberin zur Vorlage der Prüfberichte fristgerecht nachgekommen und habe nachgewiesen, dass die Prüfberichte bereits vor dem Ende der Angebotsfrist vorgelegen seien. Daher gehe die belangte Behörde entsprechend der verwiesenen Rechtsprechung vom Vorliegen eines Mangels im Angebot der Zuschlagsempfängerin aus, der behebbar sei und auch rechtzeitig behoben worden sei. Durch die von der Auftraggeberin veranlasste Mängelbehebung sei eine materielle Besserstellung in der Wettbewerbssituation nicht eingetreten, sodass ein Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 nicht angenommen werden könne. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung sei daher als unbegründet abzuweisen gewesen. Nach Hinweis auf die Paragraphen 108, Absatz 2 und 129 Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 sowie Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186) führte die belangte Behörde aus, die Auftraggeberin habe die Nichtvorlage der geforderten Prüfberichte mit dem Angebot der Zuschlagsempfängerin als behebbaren Mangel gewertet und sei dementsprechend nach Paragraph 126, BVergG 2006 vorgegangen. Die Festlegung in Punkt 17 der Ausschreibungsbestimmungen (ein Prüfbericht ... muss im Angebot enthalten sein. Fehlt dieser Prüfbericht ...) entspreche den Paragraphen 70, Absatz eins, Ziffer 4, 75, Absatz 5, Ziffer 5, BVergG 2006 über den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Nach Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 müsse dieser zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Die Festlegung in der Ausschreibung "fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen" könne bei vergaberechtskonformer Auslegung nur so verstanden werden, dass dieser Bericht jedenfalls vor Angebotseröffnung erstellt worden sein müsse, also vorhanden sein müsse. In diesem Fall stelle die Nichtvorlage des Prüfberichtes mit dem Angebot einen verbesserungsfähigen Mangel dar. Die Zuschlagsempfängerin sei der Aufforderung der Auftraggeberin zur Vorlage der Prüfberichte fristgerecht

nachgekommen und habe nachgewiesen, dass die Prüfberichte bereits vor dem Ende der Angebotsfrist vorgelegen seien. Daher gehe die belangte Behörde entsprechend der verwiesenen Rechtsprechung vom Vorliegen eines Mangels im Angebot der Zuschlagsempfängerin aus, der behebbar sei und auch rechtzeitig behoben worden sei. Durch die von der Auftraggeberin veranlasste Mängelbeseitigung sei eine materielle Besserstellung in der Wettbewerbssituation nicht eingetreten, sodass ein Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 nicht angenommen werden könne. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sei daher als unbegründet abzuweisen gewesen. Die Kostenentscheidung gründe sich auf die §§ 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007, die im Abs. 1 genannten Voraussetzungen lägen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründe sich auf die Paragraphen 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007, die im Absatz eins, genannten Voraussetzungen lägen nicht vor.

3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher im Wesentlichen vorgebracht wird, die belangte Behörde hätte zum Ergebnis gelangen müssen, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin ohne Einräumung der Möglichkeit der Verbesserung ihres Angebotes ausgeschieden hätte werden müssen. Die Bestimmung der Ausschreibung laute eindeutig, dass ein Prüfbericht einer unabhängigen Prüfanstalt im Angebot enthalten sein müsse, und fehle dieser Prüfbericht, werde das Angebot ausgeschlossen. Diese Bestimmung der Ausschreibung lasse keinen Spielraum für Interpretationen, sondern bedeute schlicht, dass der Prüfbericht im Angebot bei sonstigem Ausscheiden enthalten sein müsse. Der Auftraggeber könne nicht nach Willkür von den von ihm selbst aufgestellten Ausschreibungsbedingungen abgehen und von einem in der Ausschreibung normierten Ausscheidungsgrund - hier die Nichtvorlage des Prüfberichtes - nachträglich abgehen (Verweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, "Wallonische Omnibusse"). Durch die der Zuschlagsempfängerin eingeräumte Möglichkeit der Verbesserung ihres Angebotes habe die Auftraggeberin wesentliche Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter sowie das Willkürverbot verletzt. Im Übrigen sei die Ansicht der belangten Behörde, wonach eine materielle Besserstellung in der Wettbewerbssituation zugunsten der Zuschlagsempfängerin nicht eingetreten sei, unrichtig. Dadurch, dass die Auftraggeberin der Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit geboten habe, den verlangten Prüfbericht nachzureichen, sei diese erst in die Lage versetzt worden, für ihr Angebot Punkte aus der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Gebrauchstauglichkeit" zu erhalten.

4. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie ihre Auffassung wiederholt, Punkt 17 der Ausschreibungsbedingungen könne nur so verstanden werden, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin erst dann auszuschneiden gewesen wäre, wenn im relevanten Zeitpunkt der Angebotseröffnung (§ 69 Z. 1 BVergG 2006) ein derartiger Prüfbericht noch nicht vorhanden gewesen wäre. Aus der genannten Festlegung könne jedoch nicht zwingend abgeleitet werden, dass bereits das Unterlassen der Vorlage eines bereits vorhandenen Prüfberichtes mit dem Angebot zur Ausscheidung desselben führen müsse. 4. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie ihre Auffassung wiederholt, Punkt 17 der Ausschreibungsbedingungen könne nur so verstanden werden, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin erst dann auszuschneiden gewesen wäre, wenn im relevanten Zeitpunkt der Angebotseröffnung (Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006) ein derartiger Prüfbericht noch nicht vorhanden gewesen wäre. Aus der genannten Festlegung könne jedoch nicht zwingend abgeleitet werden, dass bereits das Unterlassen der Vorlage eines bereits vorhandenen Prüfberichtes mit dem Angebot zur Ausscheidung desselben führen müsse.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Nichtvorlage des Prüfberichtes mit dem Angebot behebbar oder unbehebbar?

Im Beschwerdefall geht es alleine um die Frage, ob das Angebot der Zuschlagsempfängerin durch die Auftraggeberin gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 ausgeschieden hätte werden müssen, weil der in der Ausschreibung verlangte Prüfbericht dem Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht beigelegt war. Dabei stellt sich die entscheidungswesentliche Frage, ob dieser (nach den Festlegungen der Ausschreibung) unstrittig gegebene Mangel behebbar oder unbehebbar war. Im Beschwerdefall geht es alleine um die Frage, ob das Angebot der Zuschlagsempfängerin durch die Auftraggeberin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006

ausgeschlossen hätte werden müssen, weil der in der Ausschreibung verlangte Prüfbericht dem Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht beigelegt war. Dabei stellt sich die entscheidungswesentliche Frage, ob dieser (nach den Festlegungen der Ausschreibung) unstrittig gegebene Mangel behebbar oder unbehebbar war.

Die Beschwerdeführerin legt die entscheidende Festlegung der Ausschreibung (Punkt 17) dahin aus, nach der Ausschreibung sei ohne Einschränkung verlangt, dass der verlangte Prüfbericht bereits im Angebot enthalten sein müsse und im Falle des Fehlens dieses Prüfberichtes das Angebot ohne weitere Möglichkeit einer Verbesserung ausgeschlossen werden müsse. Die belangte Behörde versteht diese Festlegung der Ausschreibung hingegen dahin, dass es im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung von behebbaren und unbehebbaen Mängeln entscheidend darauf ankomme, ob der Prüfbericht im maßgeblichen Zeitpunkt - vorliegend im Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist (12. November 2007) - bereits bestanden habe und lediglich nicht dem Angebot beigelegt worden sei.

2. Allgemein zu behebbaren und unbehebbaen Mängeln:

Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 86/2007 (BVerG 2006), hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung unter anderem fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVerG 2006), hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung unter anderem fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, auszuschneiden. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder werden Mängel festgestellt, so ist gemäß § 126 Abs. 1 BVerG 2006, 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. Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder werden Mängel festgestellt, so ist gemäß Paragraph 126, Absatz eins, BVerG 2006, 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.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaen Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter n materiell verbessert würde (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, ZI. 2005/04/0144, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom

3. September 2008, ZI. 2007/04/0017, mit zahlreichen Beispielen und weiteren Hinweisen aus der Vorjudikatur) Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaen Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter n materiell verbessert würde vergleiche , hiezu das hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, ZI. 2005/04/0144, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 3. September 2008, ZI. 2007/04/0017, mit zahlreichen Beispielen und weiteren Hinweisen aus der Vorjudikatur).

Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel; vgl. hiezu im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit das hg. Erkenntnis vom 11. November 2009, ZI. 2009/04/0203, mit weiteren Nachweisen auf die Vorjudikatur). Im Hinblick auf vorzulegende Nachweise ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand (etwa die Leistungsfähigkeit als solche) fehlt (in diesem Fall liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall handelt es sich um einen behebbaren Mangel; vergleiche , hiezu im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit das hg. Erkenntnis vom 11. November 2009, ZI. 2009/04/0203, mit weiteren Nachweisen auf die Vorjudikatur).

3. Fallbezogene Beurteilung:

Die im Beschwerdefall entscheidende Wortfolge der Festlegung der Ausschreibung im Punkt 17 lautet: "Ein Prüfbericht ... muss im Angebot enthalten sein (fehlt dieser Prüfbericht, wird das Angebot ausgeschlossen!)".

Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 2010, Zl. 2006/04/0139, mit weiteren Nachweisen auf die Vorjudikatur; in dieser - vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2002/04/0078 - wird auf das Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache C- 448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH, Randnr. 57, und auf das Urteil des EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction, Randnr. 41, verwiesen). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006, zu lesen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 2010, Zl. 2007/04/0136, dort in Bezug auf § 32 GewO 1994). Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 2010, Zl. 2006/04/0139, mit weiteren Nachweisen auf die Vorjudikatur; in dieser - vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2002/04/0078 - wird auf das Urteil des EuGH vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache C- 448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH, Randnr. 57, und auf das Urteil des EuGH vom 18. Oktober 2001, Rs C-19/00, SIAC Construction, Randnr. 41, verwiesen). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen, hier des BVergG 2006, zu lesen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 2010, Zl. 2007/04/0136, dort in Bezug auf Paragraph 32, GewO 1994).

In diesem Sinne besteht die Auffassung der belangten Behörde, die im Beschwerdefall maßgebliche Festlegung der Ausschreibung ist in Übereinstimmung mit § 127 BVergG 2006 und der hiezu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahin auszulegen, dass eine Verbesserung zulässig ist, zu Recht. Entscheidend ist danach, wie von der belangten Behörde angeführt, dass im vorliegend maßgeblichen Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist der fallbezogen vorzulegende Prüfbericht nicht als solcher fehlte, sondern bloß nicht vorgelegt wurde. In diesem Sinne besteht die Auffassung der belangten Behörde, die im Beschwerdefall maßgebliche Festlegung der Ausschreibung ist in Übereinstimmung mit Paragraph 127, BVergG 2006 und der hiezu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dahin auszulegen, dass eine Verbesserung zulässig ist, zu Recht. Entscheidend ist danach, wie von der belangten Behörde angeführt, dass im vorliegend maßgeblichen Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist der fallbezogen vorzulegende Prüfbericht nicht als solcher fehlte, sondern bloß nicht vorgelegt wurde.

Insoweit die Beschwerde sich auf das Urteil des EuGH vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission gegen Königreich Belgien ("Wallonische Omnibusse"), Slg. 1996, I-2071, beruft, trifft zu, dass der EuGH in diesem Urteil betont, dass das Verfahren zum Vergleich der Angebote in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren muss, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen (Randnr. 54; vgl. in diesem Sinne aus der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EuGH etwa das Urteil vom 16. Dezember 2008 in der Rechtssache C-213/07, Michaniki AE, Randnrn. 44 und 45). Berücksichtigt der Auftraggeber eine Änderung der ursprünglichen Angebote eines einzelnen Bieters, so werde dieser - so der EuGH weiter - gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletze und der Transparenz des Verfahrens abträglich sei (Randnr. 56). Der EuGH hält in diesem Urteil weiters unter Hinweis auf seine Rechtsprechung im Urteil Storebaelt fest, dass, wenn ein Auftraggeber in den Auftragsunterlagen Festlegungen getroffen hat, es der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote diesen Festlegungen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote gewährleistet ist (Randnr. 70). Jedoch ist diesem Urteil weiters zu entnehmen, dass der EuGH von einer Änderung der ursprünglichen Angebote nur dann ausgeht, wenn der Bieter ausgehend vom Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote (es handelte sich dort um ein offenes Verfahren) sein ursprüngliches Angebot (nachträglich) ändert (vgl. Randnr. 58; im dortigen Fall hat der Bieter sein ursprüngliches Angebot nachträglich "berichtigt", weil er neue Tests nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote durchgeführt hatte). Insoweit die Beschwerde sich auf das Urteil des EuGH vom 25. April 1996 in der Rechtssache C-87/94, Kommission gegen Königreich Belgien ("Wallonische Omnibusse"), Slg. 1996, I-2071, beruft, trifft zu, dass der EuGH in diesem Urteil betont, dass das Verfahren zum Vergleich der Angebote in jedem Abschnitt sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren muss, damit alle Bieter bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen (Randnr. 54; vergleiche , in diesem Sinne aus der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des EuGH etwa das Urteil vom

16. Dezember 2008 in der Rechtssache C-213/07, Michaniki AE, Randnrn. 44 und 45). Berücksichtigt der Auftraggeber eine Änderung der ursprünglichen Angebote eines einzelnen Bieters, so werde dieser - so der EuGH weiter - gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletze und der Transparenz des Verfahrens abträglich sei (Randnr. 56). Der EuGH hält in diesem Urteil weiters unter Hinweis auf seine Rechtsprechung im Urteil Storebaelt fest, dass, wenn ein Auftraggeber in den Auftragsunterlagen Festlegungen getroffen hat, es der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote diesen Festlegungen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote gewährleistet ist (Randnr. 70). Jedoch ist diesem Urteil weiters zu entnehmen, dass der EuGH von einer Änderung der ursprünglichen Angebote nur dann ausgeht, wenn der Bieter ausgehend vom Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote (es handelte sich dort um ein offenes Verfahren) sein ursprüngliches Angebot (nachträglich) ändert vergleiche , Randnr. 58; im dortigen Fall hat der Bieter sein ursprüngliches Angebot nachträglich "berichtigt", weil er neue Tests nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote durchgeführt hatte).

Die oben zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geht davon aus, dass eine Behebung eines Mangels dann nicht zulässig ist, wenn durch die Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters (nachträglich) gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. Im hg. Erkenntnis vom 25. März 2010, Zl. 2005/04/0144, präzisierte der Verwaltungsgerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend, dass ein Mangel, welcher eine inhaltliche Änderung des Angebotes hinsichtlich eines Bereiches, der für die Bewertung der Angebote relevant ist, bedeute, unbehebbar wäre. Ein nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes behebbarer Mangel stellt daher im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung des EuGH keine (materielle) nachträgliche Änderung des Angebotes dar, vielmehr bleibt dieses materiell (seinem Inhalt nach) unverändert.

Im Beschwerdefall hat die Zuschlagsempfängerin lediglich einen Nachweis nachgereicht, der im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist bereits vorgelegen ist und hat daher ihr Angebot inhaltlich nicht nachträglich geändert, sondern lediglich einen Bestandteil des Angebotes, der ursprünglich nicht vorgelegt wurde, nachgereicht. Aus diesem Grund kann nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht von einer inhaltlichen nachträglichen Änderung des Angebotes gesprochen werden, welche die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessern würde und sohin - im Sinne der obzitierten Rechtsprechung des EuGH - die Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz verletzen würde. Daran ändert auch nichts, dass der nachgereichte Prüfbericht - welcher eben zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist bereits vorgelegen ist - der Auftraggeberin eine Beurteilung im Hinblick auf die Zuschlagskriterien ermöglicht hat.

4. Da sich aus den obigen Erwägungen die Beschwerde als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 4. Da sich aus den obigen Erwägungen die Beschwerde als unbegründet erweist, war sie gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 5. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 12. Mai 2011

Gerichtsentscheidung

EuGH 62007J0213 Michaniki VORAB

EuGH 62001J0448 EVN VORAB

EuGH 62000J0019 SIAC Construction VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2008040087.X00

Im RIS seit

19.06.2011

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2011

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at