jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Beschluss 2007/6/27 2005/04/0111

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 27.06.2007

Index

E3L E06302000;
E3L E06303000;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 Abs1 litb;
AVG §68 Abs1;
BVergG 2002 §163 Abs1;
BVergG 2002 §163;
BVergG 2002 §174 Abs2;
BVergG 2002 §175 Abs2;
BVergG 2002 §184 Abs2;
BVergG 2002 §20 Z42;
BVergG 2002 §67;
BVergG 2002 §92 Abs2;
BVergG 2002 §94 Abs1;
BVergG 2002 §94 Abs4;
BVergG 2002 §98 Z8;
B-VG Art119a Abs5;
B-VG Art14b;
B-VG Art17;
VwGG §33 Abs1;
VwGG §34 Abs1;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Papst, in der Beschwerdesache der P GmbH in K, vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in 1010 Wien,

Johannesgasse 15, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2. Mai 2005, Zl. 17 N-18/05-26, betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002 (mitbeteiligte Partei: B Baugesellschaft mbH & Co KG in K, vertreten durch Dr. Hans-Jörg Zink, Dr. Georg Petzer, Dr. Herbert Marschitz und Dr. Peter Petzer, Rechtsanwälte in 6330 Kufstein, Unterer Stadtplatz 24), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden erklärt und das Verfahren eingestellt.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2. Mai 2005 wurde auf Antrag der mitbeteiligten Partei die Zuschlagsentscheidung der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt in 1200 Wien (AUVA) vom 9. März 2005 zu Gunsten der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren "Rehabilitationszentrum Häring, Baumeister- und Ausbauarbeiten" gemäß § 174 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99/2002 idF BGBl. II Nr. 56/2005 (BVergG 2002), für nichtig erklärt.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die AUVA habe den gegenständlichen Auftrag mit Vergabebekanntmachung im ABl. EG vom 4. Dezember 2004, 2004/S237- 204019, sowie im amtlichen Lieferungsanzeiger, L191564, ausgeschrieben.

Die Ausschreibungsbestimmungen sind auszugsweise im angefochtenen Bescheid wie folgt wiedergegeben:

"Punkt 8 'Form des Angebots, Datenträgeraustausch' der Angebotsbestimmungen lautet:

'(1) Ein Angebot gilt nur dann als ausschreibungsgemäß, wenn es auf den Vordrucken des Ausschreibers bzw. nach den nachfolgend angeführten Datenträgeraustausch-Bestimmungen erstellt wurde. Die Eintragungen des Bieters sind in dunkler, kopierfähiger Farbe vorzunehmen, wobei Rot und Grün unzulässig sind. Das gebundene Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis darf nicht geöffnet oder verändert werden. Es muss unbedingt eine rechtsverbindliche Telefax-Nummer des Bieters auf dem Deckblatt angegeben werden (§ 22 Abs. 5 BVergG)!

(2) Ein Datenträgeraustausch ist nur dann zulässig, wenn durch den Ausschreiber ein Datenträger mit dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis ausgegeben wird. Eine formelle Vereinbarung über den Datenträgertausch ist nicht vorgesehen. Macht der Bieter gemäß den nachstehenden Bedingungen vom Datenträgeraustausch Gebrauch, ist das gebundene Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis, abgesehen vom Deck- und Schlussblatt und den Formblättern, nicht auszufüllen.

(3) Ein gültiges Angebot, bei dem das Auspreisen und Ausfüllen des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses entfällt, liegt vor, wenn nachfolgende Teile des Angebotes rechtzeitig abgegeben werden:

1. das ausgefüllte Angebotsdeck- und Schlussblatt inkl. Angabe einer rechtsverbindlichen Telefax-Nummer des Bieters und die ausgefüllten Formblätter

2.

rechtsgültige Fertigung

3.

das in den übrigen Teilen nicht ausgefüllte gebundene Original-Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis

4. der maschinenlesbare Datenträger laut ÖNORM B 2063, Ausgabe 1996, mit allen Kontrollsummen und der damit übereinstimmende rechtsgültig gefertigte Kurztext-Ausdruck

5. sonstige in der Ausschreibung bedungene Beilagen

(4) Über die Gültigkeit des Inhaltes des Angebotes wird nachstehende Regelung vereinbart:

1. Auftragsinhalt wird das gesamte Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis (so nur ein Teil davon - in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Auftraggebers - angeboten wird, nur dieser) und die vom Bieter im Angebots-Datenträger - und im Kurztext-Ausdruck davon - angegebenen bzw. ausgefüllten Bieterlücken und Preise.

2. Im ausschreibungsgemäßen Angebot werden andere Abweichungen des Angebots-Datenträgers und des Ausdrucks davon - vom Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis nicht anerkannt.

3. Alternativangebote sind - so zugelassen - auf eigenem Datenträger und mit rechtsgültig gefertigtem Langtext-Ausdruck davon vorzulegen.

4. Weicht die Anzahl der Positionsnummern ab bzw. sind die Positionsnummern zwischen dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis, dem Angebots-Datenträger - und des Ausdrucks davon - unvollständig oder unrichtig (nicht mit den Positionsnummern des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses ident), wird das Angebot ausgeschieden.

5. Bei Widersprüchen oder Unklarheiten, einschließlich technischer Probleme beim Einlesen des Datenträgers wird vereinbart, dass der fehlerhafte oder unlesbare Datenträger vom Bieter innerhalb einer vom Ausschreiber festgesetzten, angemessenen Frist durch einen mangelfreien ersetzt wird.

6. Hat der Bieter sein Angebot auf dem Vordruck des Ausschreibers abgegeben, ist die Abgabe eines Datenträgers nicht erforderlich.

(5) Der Angebots-Datenträger muss, abgesehen vom Dateninhalt und von der Diskette/CD-ROM (Hardware) der gleiche sein, wie der Ausschreibungs-Datenträger: Das Diskettenformat und die Formatierung des Angebots-Datenträgers müssen dem Ausschreibungs-Datenträger entsprechen (3'/2 Zoll, 720 KB oder 1,44 MB bzw. CD-ROM). Mittels aufgeklebter Etikette sind am Angebots-Datenträger die gleichen Kennzeichen wie beim ausgegebenen Datenträger, zuzüglich des Namen des Bieters, anzubringen."

(Ausschreibungsunterlagen)

Punkt 9 'Ausscheiden bei Rechenfehlern, Vorreihung' der Angebotsbestimmungen lautet:

'(1) Rechnerisch fehlerhafte Angebote werden ausgeschieden, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindernd - 2 % oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist zulässig.'

(Ausschreibungsunterlagen)

Punkt 11 'Änderungen im Leistungsverzeichnis', erster Absatz

der Angebotsbestimmungen lautet:

'(1) der Bieter darf den Originaltext des Leistungsverzeichnisses keinesfalls durch eigene Anmerkungen ändern oder ergänzen. Erachtet es der Bieter dennoch für nötig, ergänzende Bemerkungen anzuführen, so müssen dieselben in einer Anlage zum Angebot gemacht werden.'

(Ausschreibungsunterlagen)"

Bei der Angebotsöffnung sei - dem alleinigen Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises zufolge - das Angebot der mitbeteiligten Partei erstgereiht und das Angebot der Beschwerdeführerin zweitgereiht gewesen. Die Beschwerdeführerin habe einen Datenträger abgegeben. Bei der Erstellung des Angebotes habe sie die Eventualpositionen in die Gesamtsumme ihres Angebotes eingerechnet und dazu die Kennzeichnung "E" im elektronischen Leistungsverzeichnis geändert. Um dies durchführen zu können, habe die Beschwerdeführerin eine Sperre im Programm überwinden müssen. Aus Versehen seien die Eventualpositionen vor Abgabe des Angebotes nicht wieder als Eventualpositionen gekennzeichnet worden. Das von der Auftraggeberin verwendete Prüfprogramm vergleiche die Leistungsbeschreibung laut Ausschreibung mit jener im Angebot des jeweiligen Bieters und habe im Zuge dieser Prüfung einen Fehler zur berechneten Summe aufgezeigt. Die Auftraggeberin habe sodann die Gesamtsumme des Angebotes der Beschwerdeführerin korrigiert, indem sie eine Neuberechnung durchgeführt und die Summe der Eventualpositionen von der ungeprüften Angebotssumme der Beschwerdeführerin abgezogen habe. Sie habe jedoch keinerlei Berichtigungen im Angebot selbst vorgenommen. Damit sei das Angebot der

Beschwerdeführerin das Billigste gewesen und für den Zuschlag vorgeschlagen worden. Dabei sei die Auftraggeberin davon ausgegangen, dass nach Punkt 9 der Angebotsbestimmungen eine Vorreihung infolge Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig gewesen sei. Der Zuschlag im vorliegenden Vergabeverfahren sei noch nicht erteilt worden.

Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Bauauftrag (§ 3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002) einer Auftraggeberin im Vollziehungsbereich des Bundes, für welchen nach dem geschätzten Auftragswert die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG 2002 anzuwenden seien.

Nach Wiedergabe der angewendeten Gesetzesbestimmungen führte die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen aus, dem BVergG 2002 fehle eine Definition des Begriffes des Rechenfehlers. § 94 Abs. 4 BVergG 2002 lasse erkennen, dass ausschließlich solche Rechenfehler für eine allfällige Korrektur von Bedeutung seien, die Auswirkungen auf den Gesamtangebotspreis haben. Ein Rechenfehler im Sinne des BVergG 2002 liege dann vor, wenn Regeln der Mathematik bei der Berechnung des Angebotspreises falsch angewandt worden seien, nicht jedoch, wenn die Berechnung des Angebotspreises mathematisch korrekt erfolgt, dabei jedoch gegen andere Festlegungen der Ausschreibung verstoßen worden sei. Wie eine Gegenüberstellung von § 98 Z 8 und 11 BVergG 2002 zeige, bewirke ein Verstoß gegen Festlegungen der Ausschreibung kein rechnerisch fehlerhaftes, sondern ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot.

Im gegenständlichen Fall sei die Einrechnung der Eventualpositionen durch die Beschwerdeführerin nicht auf eine fehlerhafte Anwendung mathematischer Methoden zurückzuführen, sondern sei die Summenbildung mathematisch korrekt erfolgt. Vielmehr seien zur Bestimmung des Gesamtangebotspreises Positionen addiert worden, die nach den Festlegungen der Ausschreibung nicht zu addieren gewesen seien. Daher handle es sich vorliegend nicht um einen Rechenfehler und komme die in Punkt 9 Abs. 1 der Angebotsbestimmungen vorgesehene Regelung nicht zum Tragen. Auch ein Ausscheiden nach § 98 Z 11 BVergG 2002 komme nicht in Frage.

Die Beschwerdeführerin habe das Leistungsverzeichnis elektronisch nach den Regeln für den Datenträgeraustausch erstellt. Dabei habe sie im Sinne der ÖNORM B 2063 gesperrte Felder in dem den Angebotsunterlagen beiliegenden elektronischen Leistungsverzeichnis überschrieben. Der Leistungsverzeichnis-Datenträger habe der ÖNORM B 2063 entsprechen müssen. Nach Punkt 4.13 letzter Absatz dieser ÖNORM dürften gesperrte Felder von Bietern nicht überschrieben werden. Da die Positionssummen der Eventualpositionen mit "0" ausgefüllt worden seien, habe die Beschwerdeführerin Änderungen an dem nach der ÖNORM B 2030 erstellten Datenträger vornehmen müssen. Der von ihr abgegebene Datenträger weiche daher abgesehen von der Speicherung auf einer Diskette von dem der Ausschreibung auf CD beiliegenden Datenträger auch durch das Überschreiben gesperrter Felder (von den Vorgaben der Ausschreibung) ab. Diese Änderung elektronischer Vorgaben, die noch dazu dem gedruckten Leistungsverzeichnis entsprächen, seien einer Änderung des auf Papier vorliegenden Leistungsverzeichnisses gleichzuhalten. Darin liege daher ein Verstoß gegen Punkt 8 Abs. 5 der Angebotsbestimmungen vor und sei das Angebot ausschreibungswidrig im Sinne des § 98 Z 8 BVergG 2002.

Eine Behebung des Mangels habe jedenfalls eine Auswirkung auf die Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin. Ihr Angebot sei nämlich nach Korrektur des Mangels vom 2. auf den 1. Platz der Reihung vorgereiht worden. Zwar stehe diese Verbesserung des Angebotes nicht im Einfluss des Bieters, dennoch bewirke sie eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin. Es könne im Sinne des lauteren Wettbewerbs keinen Unterschied machen, ob der Bieter selbst zur Verbesserung verpflichtet sei oder der Auftraggeber diese Verbesserung vornehme. Daher sei das Angebot der Beschwerdeführerin auch mit einem unbehebbaren Mangel behaftet und nach § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuscheiden gewesen, zumal die in der Ausschreibung festgelegte Vorreihung nur im Falle eines - hier nicht vorliegenden - Rechenfehlers zulässig sei.

Letztlich komme dieser Rechtswidrigkeit auch entscheidende Bedeutung für den Ausgang des Vergabeverfahrens im Sinne des § 174 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 zu, weshalb dem Nachprüfungsantrag stattzugeben gewesen sei und die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

3. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. In ihrer Gegenschrift verwies die belangte Behörde darauf, dass auf Grund des angefochtenen Bescheides seitens der Auftraggeberin neuerlich eine Zuschlagsentscheidung (diesmal) zugunsten der mitbeteiligten Partei erfolgt und der dagegen gerichtete Antrag der Beschwerdeführerin auf

Nichtigerklärung mit Bescheid der belangten Behörde vom 3. Juni 2005, Zl. 17N-50/05-15, zurückgewiesen worden sei. In diesem Bescheid habe die belangte Behörde festgehalten, dass die Auftraggeberin in Bindung an die tragenden Gründe des angefochtenen Bescheides das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht ausgeschieden habe und daher die Antragslegitimation der Beschwerdeführerin vor der belangten Behörde zu verneinen sei. Weiters sei der Zuschlag zwischenzeitlich bereits der mitbeteiligten Partei erteilt worden.

4. In der auf Grund der hg. Verfügung vom 12. März 2007, Zl. 2005/04/0111-8, erstatteten Stellungnahme führte die Beschwerdeführerin zur Frage der Gegenstandslosigkeit vor dem Hintergrund des hg. Beschlusses vom 29. März 2006, Zl. 2004/04/0191, im Wesentlichen aus, die vorliegende Beschwerde sei trotz neuerlicher Zuschlagsentscheidung im Hinblick auf Schadenersatzforderungen der Beschwerdeführerin nach § 184 Abs. 2 BVergG 2002 nicht gegenstandslos.

Die Beschwerdeführerin habe nämlich die neuerliche Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin zugunsten der mitbeteiligten Partei in einem neuerlichen Nachprüfungsverfahren vor der belangten Behörde bekämpft. Die belangte Behörde habe den Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der neuerlichen Zuschlagsentscheidung mit Bescheid vom 3. Juni 2005 zurückgewiesen und diesen Bescheid tragend auf die Auffassung gestützt, die belangte Behörde sei an den Spruch und die tragenden Gründe des angefochtenen Bescheides gebunden. Insoweit habe die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die von ihr angestrebte Wiederaufnahme dieses Nachprüfungsverfahrens nach § 69 Abs. 1 Z 3 AVG jedenfalls weiterhin ein Rechtsschutzbedürfnis, da bei einer Aufhebung des angefochtenen Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof die angesprochene Bindung wegfalle und nach einer Wiederaufnahme des Nachprüfungsverfahrens betreffend die neuerliche Zuschlagsentscheidung zumindest die Möglichkeit bestehe, dieses durch einen Überleitungsantrag als Feststellungsverfahren nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002 fortzuführen.

II. Gegenstandslosigkeit der Beschwerde

1. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid im Recht auf "Abweisung eines Antrages, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, wenn kein Verstoß gegen das BVergG 2002 vorliegt" und somit im Recht auf Unterbleiben der Nichtigerklärung der zu ihren Gunsten erfolgten Zuschlagsentscheidung verletzt.

Bei der von der Beschwerdeführerin weiters als Beschwerdepunkt geltend gemachten "Berichtigung und Vorreihung unseres rechnerisch fehlerhaften Angebotes", "Nichtausscheidung unseres Angebotes bei Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen" sowie "Erteilung des Zuschlags an den Best- bzw. Billigstbieter" handelt es sich um (privatwirtschaftliche) Akte des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren, für deren Setzung der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren keine Zuständigkeit und der Beschwerdeführerin insoweit kein subjektives Recht im Nachprüfungsverfahren zukommt (vgl. hiezu zuletzt das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, Zl. 2005/04/0202, mwN).

2. Eine Zuschlagsentscheidung kann durch die Erlassung einer weiteren Zuschlagsentscheidung im selben Vergabeverfahren zurückgenommen werden, weil der Auftraggeber durch die spätere Zuschlagsentscheidung zum Ausdruck bringt, an der früheren Zuschlagsentscheidung nicht mehr festzuhalten. Wird die spätere Zuschlagsentscheidung nicht angefochten oder nicht erfolgreich bekämpft, so kommt eine Zuschlagserteilung nur mehr auf Grund der späteren Zuschlagsentscheidung in Betracht, weshalb der früheren Zuschlagsentscheidung "der Boden entzogen" wird. In einem solchen Fall könnte somit die frühere Zuschlagsentscheidung auch durch die Aufhebung des diese Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärenden Bescheides der Vergabekontrollbehörde keine Rechtswirksamkeit mehr erlangen (vgl. insbesondere den hg. Beschluss vom heutigen Tag, Zl. 2006/04/0022, mit Verweis auf den hg. Beschluss vom 29. März 2006, Zl. 2004/04/0191, und das hg. Erkenntnis vom 26. April 2007, Zl. 2005/04/0222, sowie zur Zurücknahme bzw. Richtigstellung einer Zuschlagsentscheidung auch das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, Zl. 2005/04/0202).

Im vorliegenden Fall wurde die verfahrensgegenständliche Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Beschwerdeführerin durch die (nach der Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung durch den angefochtenen Bescheid getroffene) spätere Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der mitbeteiligten Partei zurückgenommen.

Seit Zurückweisung des gegen die spätere Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrages der Beschwerdeführerin mit Bescheid der belangten Behörde vom 3. Juni 2005 steht fest, dass eine Zuschlagserteilung auf Grund der verfahrensgegenständlichen Zuschlagsentscheidung nicht mehr in Betracht kommt.

3. Die Beschwerdeführerin sieht jedoch ein weiterhin bestehendes Rechtsschutzbedürfnis darin, dass durch die

Aufhebung des angefochtenen Bescheides die Bindung der belangten Behörde an den vorliegend angefochtenen Bescheid wegfalle und damit der Beschwerdeführerin die Wiederaufnahme des mit Bescheid vom 3. Juni 2005 beendeten Nachprüfungsverfahren offen stehe.

Die belangte Behörde hat ihren Bescheid vom 3. Juni 2005 (unter Verweis auf Thienel, Anfechtung und Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen, RPA 2004, 73, und Reisner in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar (2005), 1881, Rz. 56f zu § 174) tragend auf die Auffassung gestützt, sie sei - vergleichbar mit den Rechtswirkungen von Vorstellungsbescheiden - deshalb an den Spruch und die tragenden Gründe des angefochtenen Bescheides gebunden, weil bereits die Auftraggeberin im fortgesetzten Vergabeverfahren an die tragenden Elemente der Begründung des angefochtenen Bescheides gebunden gewesen sei.

4. Das von der Beschwerdeführerin angeführte Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf eine allfällige Wiederaufnahme des neuerlichen (mit Bescheid vom 3. Juni 2005 abgeschlossenen) Nachprüfungsverfahrens liegt jedoch schon deshalb nicht vor, da die von ihr dabei vorausgesetzte Bindung der belangten Behörde nicht besteht:

Wie bereits Thienel, aaO, aufzeigt, enthält das BVergG 2002 keine explizite Regelung über eine Bindung des Auftraggebers an die die Nichtigerklärung tragende Rechtsanschauung der belangten Behörde. Eine solche ausdrückliche Regelung wäre aber nach der Systematik des BVergG 2002, das an anderer Stelle durchaus ausdrückliche Regelungen über die Bindung an eine "festgestellte Rechtsanschauung" enthält (vgl. § 175 Abs. 2 BVergG 2002), zu erwarten.

Auch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich vorgegebenen Kompetenztatbestandes "öffentliches Auftragswesen" nach Art. 14b B-VG, der zur Erlassung staatsspezifischer Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu "echten" Privaten ermächtigt (vgl. insoweit die Erläuterungen zu Art. 14b B-VG in AB 1118 BlgNR XXI. GP, 9) wäre vom Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung zu erwarten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung und damit als Träger von Privatrechten (Art. 17 B-VG) im rechtlichen Sinne an die Rechtsanschauung der Vergabekontrollbehörde gebunden und insoweit in seiner Privatautonomie eingeschränkt werden sollte (vgl. zum privatwirtschaftlich handelnden Auftraggeber auch das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, Zl. 2005/04/0202, mwN). So ist auch die in der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG (Art. 2 Abs. 1 lit. b) vorgesehene Streichung diskriminierender Spezifikationen in Dokumenten des Vergabeverfahrens als Eingriff in die Privatautonomie des Auftraggebers in § 174 Abs. 2 BVergG 2002 ausdrücklich vorgesehen. Vor diesem Hintergrund - im Gegensatz zu der von der belangten Behörde und auch von Thienel, aaO, angeführten Situation bei der Kassation durch die Gemeindeaufsichtsbehörde nach Art. 119a Abs. 5 B-VG wären vorliegend von einer Bindung nicht Behörden, sondern Privatrechtsträger betroffen - reichen die von Thienel, aaO, angeführten Zweckmäßigkeitsüberlegungen alleine für eine Annahme einer Bindung nicht aus.

Die von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführte Bindung der belangten Behörde ist schon deshalb nicht gegeben, da eine Bindung nur innerhalb der "Grenzen der Rechtskraft" gegeben ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 31. März 2003, Zl. 2001/10/0093). Diese wird durch die Verwaltungssache, im vorliegenden Zusammenhang der Vergabekontrolle durch die Anfechtung einer bestimmten Entscheidung des Auftraggebers als verfahrenseinleitenden Antrag, begrenzt. In dieser Hinsicht handelt es sich aber - wie bereits die belangte Behörde im Bescheid vom 3. Juni 2005 im Hinblick auf § 68 Abs. 1 AVG anführt -

bei dem verfahrensgegenständlichen und dem neuerlichen Nachprüfungsverfahren um verschiedene "Sachen", da unterschiedliche Entscheidungen der Auftraggeberin Verfahrensgegenstand sind.

5. Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf ihr allenfalls zustehende Schadenersatzansprüche kann ein Rechtsschutzbedürfnis nicht begründen, da der Verwaltungsgerichtshof in einer vergleichbaren Konstellation bereits festgehalten hat, dass die als Voraussetzung für eine Schadenersatzklage normierte Feststellung gemäß § 184 Abs. 2 BVergG 2002 keinesfalls im (fortgesetzten) Verfahren über den verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag ergehen kann (vgl. hiezu den zitierten hg. Beschluss vom heutigen Tag, Zl. 2006/04/0022, auf dessen Begründung gemäß § 43 Abs. 2 und 9 VwGG verwiesen wird).

6. Aus den dargestellten Gründen war die Beschwerde wegen nachträglichen Wegfalls des Rechtsschutzbedürfnisses - ohne dass ein Fall der Klaglosstellung vorliegt - in sinngemäßer Anwendung des § 33 Abs. 1 VwGG und in einem gemäß § 12 Abs. 3 gebildeten Senat als gegenstandslos geworden zu erklären und das Verfahren einzustellen (vgl. auch

hiezu den bereits zitierten hg. Beschluss vom 27. Juni 2007, Zl. 2006/04/0022, mwN).

III. Kostenentscheidung:

1. Fällt bei einer Beschwerde das Rechtsschutzinteresse nachträglich weg, so ist dies gemäß § 58 Abs. 2 VwGG bei der Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht zu berücksichtigen (vgl. zur Kostenentscheidung im Falle der Gegenstandslosigkeit etwa den hg. Beschluss vom 7. Juli 2005, Zl. 2005/04/0052).

In der vorliegenden Beschwerdesache hätte eine meritorische Erledigung der Beschwerde aus folgenden Gründen zur Abweisung der Beschwerde geführt:

2. Die Beschwerdeführerin wendet gegen den angefochtenen Bescheid zunächst ein, die belangte Behörde habe verkannt, dass die Einrechnung nicht mitzuaddierender Eventualpositionen nach herrschender Auffassung ein Rechenfehler iS des § 94 Abs. 4 BVergG 2002 sei. Mit ihrer gegenteiligen Auffassung übergehe die belangte Behörde ihre Entscheidung vom 21. Jänner 2002, Zl. N-129/01-30, und die Erläuterungen zum Rechenfehler in AB 1118 BlgNR XXI. GP, 46). Nach diesen Materialien handle es sich bei einem Angebot mit Rechenfehler "um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters (Fehler im Erklärungsakt)". Genau darum handle es sich bei der Mitaddition von Eventualpositionen. Da dieser Rechenfehler innerhalb der Toleranzgrenzen des § 94 Abs. 4 BVergG 2002 und auch Punkt 9 der Ausschreibungsbestimmungen gelegen sei, sei die Berichtigung des rechnerisch fehlerhaften Angebotes der Beschwerdeführerin durch die Auftraggeberin sowie die Vorreihung dieses Angebotes rechtmäßig erfolgt und daher die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Beschwerdeführerin rechtmäßig gewesen.

Zudem sei die Auffassung der belangten Behörde, das Angebot der Beschwerdeführerin verstoße wegen des Überschreibens von Feldern im Datenträger gegen die Ausschreibungsbestimmungen, im Hinblick auf Punkt 8 Abs. 4 und 5 der Angebotsbestimmungen rechtswidrig. So werde nach Punkt 8 Abs. 4 Z 1 lediglich das Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis und die ausgefüllten Bieterlücken und Preise im Datenträger, nicht aber der sonstige Inhalt des Datenträgers Angebotsinhalt. Daher könne das Überschreiben von Feldern im Datenträger das Angebot der Beschwerdeführerin nicht ausschreibungswidrig machen, weil diese Felder gar nicht Angebotsinhalt würden und nach Punkt 8 Abs. 4 Z 2 bei Abweichungen jedenfalls das Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis (Langtext-LV) durchschlage.

Selbst wenn man im Überschreiben der Felder einen Mangel sehen wolle, sei dieser jedenfalls behebbar, weil durch die Vorreihung die Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin nicht verbessert werde. Die Vorreihung ergebe sich bloß durch die Herausrechnung der Eventualpositionen aus dem verlesenen Gesamtpreis. Dieser Gesamtpreis sei aber nach herrschender Auffassung ein Preis, der vom Auftraggeber berichtigbar und auch zu berichtigen sei. Der "Wettbewerbspreis" bleibe dabei jedenfalls unverändert. Von einem materiellen Wettbewerbsvorteil könne keine Rede sein. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe daher keinesfalls ausgeschieden werden dürfen.

Als Verfahrensfehler macht die Beschwerdeführerin geltend, die belangte Behörde hätte im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei von Amts wegen zu prüfen gehabt, ob diese selbst ein ausschreibungs- bzw. vergaberechtskonformes Angebot abgegeben habe. Wäre die Behörde dieser Ermittlungspflicht nachgekommen, hätte sie zum Ergebnis kommen können, dass der Antrag der mitbeteiligten Partei schon mangels eines ausschreibungskonformen eigenen Angebots und daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen sei.

Als Unzuständigkeit der belangten Behörde wendet die Beschwerdeführerin zuletzt ein, im vorliegenden Fall hätte die Entscheidung gemäß § 153 BVergG 2002 durch einen verstärkten Senat der belangten Behörde ergehen müssen, da die belangte Behörde im Hinblick auf ihre Entscheidung vom 21. Jänner 2002, Zl. N-129/01- 30, von ihrer bisherigen Rechtsprechung in einer grundlegenden Frage abgegangen sei.

3. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2002 lauten:

"Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

Allgemeines

§ 67. ...

(5) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote gemäß § 94 Abs. 4 ausgeschieden werden und ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.

...

Inhalt der Angebote

§ 83. (1) Jedes Angebot muss insbesondere enthalten:

...

4. die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis oder im Kurzleistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis ausgeworfen, so ist dies im Angebot zu erläutern;

...

7. allfällige Alternativangebote;

...

Vorgehen bei der Prüfung

§ 91. (1) Die Prüfung der Angebote hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen.

(2) Im Einzelnen ist zu prüfen,

...

3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;

...

5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

...

Prüfung der rechnerischen Richtigkeit

§ 92. ...

(2) Berichtigungen sind im Angebot deutlich erkennbar zu vermerken.

...

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 94. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Varianten- oder Alternativangebote, 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. Hierfür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze gemäß den §§ 21 Abs. 1, 96 und 97 nicht verletzen.

(3) Weist ein Angebot solche Mängel auf, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, so ist es nicht weiter zu behandeln.

(4) Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde, dann nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen - erhöhend oder vermindernd - 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot (Übertragungsfehler), mit denen nicht weitergerechnet wurde, bleiben dabei unberücksichtigt. Eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt, jedenfalls unzulässig.

...

Ausscheiden von Angeboten

§ 98. Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote auszuscheiden:

...

8. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden;

...

11. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;

...

Verstärkte Senate

§ 153. Ein Senat des Bundesvergabeamtes ist nach Maßgabe der Geschäftsverteilung durch zwei weitere in § 136 Abs. 4 genannte Mitglieder zu verstärken, wenn der Senat mit Beschluss ausspricht, dass

1. die Entscheidung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ein Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bedeuten würde, oder

2. die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes nicht einheitlich beantwortet wurde, oder

3. die Entscheidung ein Abgehen von einer Entscheidung eines verstärkten Senates des Bundesvergabeamtes bedeuten würde."

4. Antragslegitimation:

Die Beschwerdeführerin rügt als Verfahrensfehler, die belangte Behörde habe es unterlassen, von Amts wegen Ermittlungen zur Frage der Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei vorzunehmen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu verneinen, wenn dem Angebot des Antragstellers die grundsätzliche Eignung fehlt, für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere das Urteil vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I- 6319, sowie jüngst das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zlen. 2005/04/0103, 0106, mwN).

In der vorliegenden Beschwerdesache reicht die alleinige Behauptung, die belangte Behörde hätte bei entsprechenden Ermittlungen zum Ergebnis kommen können, das Angebot der mitbeteiligten Partei wäre aus in der Beschwerde nicht genannten Gründen nicht ausschreibungskonform gewesen und der Nachprüfungsantrag daher zurückzuweisen gewesen, jedenfalls nicht aus, einen relevanten Verfahrensfehler in diese Richtung aufzuzeigen.

5. Zuständigkeit der belangten Behörde:

Die Beschwerdeführerin wendet gegen den angefochtenen Bescheid Unzuständigkeit der belangten Behörde ein und stützt diesen Einwand auf § 153 BVergG 2002 und den Umstand, dass die belangte Behörde von ihrer Entscheidung vom 21. Jänner 2002, Zl. N- 129/01-30, abgewichen wäre.

Dabei übersieht sie jedoch, dass die von ihr angeführte Entscheidung - worauf auch die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend hinweist - nicht zur Rechtslage des BVergG 2002 ergangen ist und schon aus diesem Grund kein Anlass zu einer Verstärkung des Senates gemäß § 153 BVergG 2002 gegeben war (vgl. hiezu aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 13 Abs. 1 Z 1 VwGG etwa die hg. Erkenntnisse vom 14. November 2002, Zl. 2001/09/0008, und vom 6. November 2002, Zl. 2002/02/0125).

6. Rechenfehler:

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot die Eventualpositionen in den Gesamtpreis eingerechnet hat. Strittig ist im Beschwerdefall, ob die Berichtigung dieser Einrechnung und die anschließende Vorreihung des Angebotes durch die Auftraggeberin auf § 94 Abs. 4 BVergG 2002 gestützt werden

konnte, was voraussetzt, dass es sich bei der Einrechnung der Eventualpositionen in den Gesamtpreis um einen Rechenfehler im Sinne des BVergG 2002 handelt.

Unter den Voraussetzungen des § 94 Abs. 4 BVergG 2002 ist die Berichtigung eines Rechenfehlers in einem Angebot durch den Auftraggeber zulässig (vgl. § 92 Abs. 2 BVergG 2002 und ausdrücklich die Materialien zu § 67 in 1118 Beilagen NR XXI. GP, 46f).

Bei einem Rechenfehler iS des § 94 Abs. 4 BVergG 2002 handelt es sich um eine "mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters" (vgl. hiezu die Materialien in 1118 BlgNr XXI. GP, 47). Das (irrtümliche) Mitaddieren oder Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen stellt einen solchen Rechenfehler dar (vgl. auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 - Kommentar (2004), 1162). Auf die Richtigkeit der rechnerischen Operation kommt es nach dieser Bestimmung - entgegen der Auffassung der belangten Behörde - nicht an.

Im angefochtenen Bescheid geht die belangte Behörde selbst davon aus, dass die Beschwerdeführerin aus Versehen die Eventualpositionen vor Abgabe des Angebotes nicht wieder als Eventualpositionen gekennzeichnet und somit bei der Erstellung des Angebotes diese Eventualpositionen in die Gesamtsumme ihres Angebotes eingerechnet habe. Dieses (irrtümliche) Einrechnen von Eventualpositionen in den Gesamtpreis stellt daher einen Rechenfehler iS des § 94 Abs. 4 BVergG 2002 dar.

Daher hat die Auftraggeberin im vorliegenden Vergabeverfahren - entsprechend § 94 Abs. 4 BVergG 2002 iVm Punkt 9 der Ausschreibungsbestimmungen - zu Recht das Angebot der Beschwerdeführerin berichtigt und vorgereiht.

7. Ausschreibungswidriger Datenträger:

Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid weiters auf die Auffassung gestützt, das Angebot der Beschwerdeführerin sei durch das Überschreiben (elektronisch) gesperrter Felder von den Ausschreibungsbestimmungen des Punktes 8 Abs. 4 Z 3 (wonach u. a. Alternativangebote auf eigenem Datenträger vorzulegen sind) und Abs. 5 (wonach der Angebots-Datenträger, abgesehen vom Dateninhalt und der Hardware, der gleiche sein muss wie der Ausschreibungs-Datenträger) abgewichen. Dieser Mangel sei unbehebbar, weil schon die Vorreihung des Angebots der Beschwerdeführerin eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung bedeute und das Angebot gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 auszuscheiden sei.

Diese Auffassung besteht nicht zu Recht: Im Beschwerdefall hätte nämlich die Nachreichung eines den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Datenträgers für sich genommen zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin geführt, da dadurch das für die Beschwerdeführerin bereits verbindliche Angebot (das zulässigerweise gemäß § 94 Abs. 4 BVergG 2002 vom Auftraggeber berichtigt werden durfte) nicht geändert worden wäre (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024).

8. Kein Zuschlag auf ein mangelhaftes Angebot:

Jedoch hat es die Auftraggeberin im vorliegenden Vergabeverfahren unterlassen, von der Beschwerdeführerin gemäß § 94 Abs. 1 BVergG 2002 Aufklärung und eine Behebung des Mangels zu verlangen. Ein Zuschlag auf ein mangelhaftes Angebot entspricht aber - wie bereits § 98 Z 8 BVergG 2002 erkennen lässt - jedenfalls nicht dem Gesetz.

Aus diesem Grund hat die belangte Behörde im Ergebnis die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin zu Recht für nichtig erklärt.

9. Da aus diesen Gründen eine meritorische Erledigung der Beschwerde zur Abweisung der Beschwerde geführt hätte, war dem Bund der Aufwandersatz gemäß § 58 Abs. 2 VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333, zuzusprechen.

Wien, am 27. Juni 2007

Schlagworte

Besondere RechtsgebieteMangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteienrechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren Mangelnde Rechtsverletzung Beschwerdelegitimation verneint keineBESCHWERDELEGITIMATIONAuslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2Rechtskraft Umfang der Rechtskraftwirkung Allgemein Bindung der

BehördeIndividuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2007:2005040111.X00

Im RIS seit

20.12.2007

Zuletzt aktualisiert am

12.10.2018

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at