

TE Vwgh Erkenntnis 2006/2/24 2004/04/0078

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.02.2006

Index

50/01 Gewerbeordnung;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2002 §120 Abs1;

BVergG 2002 §120 Abs2 Z3;

BVergG 2002 §120 Abs4;

BVergG 2002 §21 Abs1;

BVergG 2002 §30 Abs4;

BVergG 2002 §52 Abs5 Z1;

BVergG 2002 §79 Abs3;

BVergG 2002 §94;

BVergG 2002 §98 Z12;

BVergG 2002 §98 Z8;

GewO 1994 §373c Abs9;

GewO 1994 §373c;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. T GmbH in J und 2. Ö GmbH in W, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwaltspartnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 6. April 2004, Zl. VKS-2019/04, betreffend Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Parteien:

1. Bietergemeinschaft bestehend aus P Aktiengesellschaft in W, S AG in W und P+B GmbH in W, vertreten durch Dr. Lothar Hoffmann, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Johannesgasse 15; 2. Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Neubau, U-Bahnplanung, 1030 Wien, Erdbergstraße 202), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat der Erstmitbeteiligten Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Spruchpunkt 2. des Bescheides des Vergabekontrollsenates des Landes Wien (der belangten Behörde) vom 6. April 2004 wurde über Antrag der erstmitbeteiligten Bietergemeinschaft die Entscheidung der Zweitmitbeteiligten vom 27. Februar 2004, im Vergabeverfahren betreffend die Vergabe von Gleisbauarbeiten für die Bauabschnitte U1/2 und U1/3 (Schotteroberbau) und restliche Baumeisterarbeiten für die U-Bahnlinie U1 den Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilen zu wollen, für nichtig erklärt.

Zur Begründung dieses Bescheides führte die belangte Behörde - soweit für das vorliegende Verfahren wesentlich - aus, dass die Zweitmitbeteiligte als öffentliche Auftraggeberin im Sektorenbereich die Vergabe der gegenständlichen Arbeiten im Oberschwellenbereich ordnungsgemäß europaweit ausgeschrieben habe. Ende der Angebotsfrist sei der 13. Jänner 2004 gewesen. Als einziges Zuschlagskriterium sei der Gesamtpreis festgelegt worden. An erster Stelle sei die Beschwerdeführerin mit einem zivilrechtlichen Preis von EUR 3,575.663,02, an zweiter Stelle die Erstmitbeteiligte mit einem zivilrechtlichen Preis von EUR 4,505.206,49 gereiht worden.

Mit Schreiben vom 19. Jänner 2004 habe die Zweitmitbeteiligte die TS Bau GmbH (im Folgenden: T.) darauf hingewiesen, dass nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2002, BGBl. I Nr. 99/2002 (BVergG), in einem anderen EWR-Land ansässige Bieter ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß §§ 373c oder 373d GewO 1994 durchzuführen hätten. Die T. sei daher um die Übersendung der Kopie des diesbezüglichen Antrages gebeten worden. Mit dem am 2. Februar 2004 beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eingelangten Antrag vom 22. Jänner 2004 habe die T. ein Ansuchen um Anerkennung nach § 373c GewO 1994 gestellt. Diesem Antrag sei mit dem am 16. Februar 2004 erlassenen Bescheid stattgegeben worden. Am 27. Februar 2004 habe die Zweitmitbeteiligte die auf die Beschwerdeführerin lautende Zuschlagsentscheidung gefasst und versendet.

Im Vergabekontrollverfahren habe die Beschwerdeführerin u. a. darauf verwiesen, dass die Zweitmitbeteiligte ihrer Verpflichtung gemäß § 30 Abs. 4 BVergG nicht nachgekommen sei, in den Ausschreibungsunterlagen darauf hinzuweisen, dass eine entsprechende Antragstellung auf Gleichhaltung erforderlich wäre.

Die T. müsse auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft über die Gewerbeberechtigung für die von ihr zu erbringenden Arbeiten verfügen. Diese Berechtigung müsse spätestens im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. § 30 Abs. 4 BVergG normiere davon insofern eine Ausnahme, als in einem anderen EWR-Staat ansässige Unternehmen ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß § 373c oder § 373d GewO 1994 durchzuführen und den Nachweis beizubringen hätten, dass der entsprechende Antrag vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht worden sei. Die T. habe jedoch im Zeitpunkt der Angebotseröffnung am 13. Jänner 2004 die Stellung eines entsprechenden Antrags nicht nachgewiesen. Der Antrag sei vielmehr erst über Aufforderung der Zweitmitbeteiligten am 22. Jänner 2004 gestellt worden. Damit habe die T. eindeutig gegen die Bestimmung des § 30 Abs. 4 BVergG verstoßen, weil der zum Zeitpunkt des Endes der Angebotsfrist notwendige Nachweis nicht erbracht worden sei. Der Ansicht der Beschwerdeführerin, dass ein Ausscheidungsgrund im Hinblick auf die Bestimmung des § 98 Z. 12 BVergG nicht vorliege, könne nicht beigespflichtet werden, weil diese Gesetzesstelle nur im Zusammenhang mit § 30 Abs. 4 leg. cit. interpretiert werden könne. Nur wenn zum Ende der Angebotsfrist die erforderliche Antragstellung nachgewiesen werde, könne der Unternehmer gemäß § 79 Abs. 3 BVergG die Verlängerung der Zuschlagsfrist um einen Monat beantragen. Gemäß § 98 Z. 1 BVergG seien Angebote von Bieter, denen die Befugnis fehle, auszuschneiden. Da T. als Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft den Nachweis gemäß § 30 Abs. 4 BVergG nicht rechtzeitig erbracht habe, wäre das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß § 98 Z. 1 BVergG auszuschneiden gewesen. Die zu Gunsten der Beschwerdeführerin lautende Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

Gegen den Spruchpunkt 2. dieses Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn insoweit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die Erstmitbeteiligte - eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In der Beschwerde wird - zusammengefasst - vorgebracht, dass im hier unstrittig vorliegenden Sektorenbereich gemäß § 18 Abs. 1 BVergG allein die Bestimmungen des 1., 5. und 6. Teiles sowie die Bestimmungen des 5. Hauptstückes des 4. Teiles dieses Bundesgesetzes anzuwenden seien. Im 5. Hauptstück des 4. Teiles würden die anzuwendenden

Vorschriften präzisiert; demnach würden im Sektorenbereich ausschließlich jene Bestimmungen des BVergG gelten, auf die in § 120 Abs. 1 leg. cit. verwiesen werde. § 98 Z. 1 BVergG sei daher im Sektorenbereich überhaupt nicht anwendbar, weil § 120 Abs. 1 leg. cit. darauf nicht verweise. Der - auch im Sektorenbereich anwendbare - § 21 BVergG sage nichts über den genauen Zeitpunkt aus, zu dem die Befugnis vorliegen müsse.

§ 52 Abs. 5 BVergG, der eine Regelung über diesen Zeitpunkt enthalte, sei im Sektorenbereich ebenfalls nicht anwendbar. Selbst bei Anwendung des § 98 BVergG komme vorliegend nicht dessen Z. 1, sondern die Z. 12 zum Tragen, wonach ein Angebot nur auszuschneiden sei, wenn der Anerkennungsbescheid nicht zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorliege. § 30 Abs. 4 BVergG verlange zwar die Antragstellung bis zum Ende der Angebotsfrist, sehe aber nicht die Rechtsfolge des Ausscheidens bei verspäteter Antragstellung vor. Im Zusammenhang mit § 98 Z. 12 BVergG könne dies nur so gelesen werden, dass ein Bieter nur auszuschneiden sei, wenn im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung der Anerkennungsbescheid noch nicht vorliege. Einem Bieter, der den Antrag nicht rechtzeitig stelle, sei lediglich die Möglichkeit verwehrt, gemäß § 79 Abs. 3 BVergG eine Verlängerung der Zuschlagsfrist zu beantragen. Diese Auslegung stehe im Einklang damit, dass § 30 Abs. 4 BVergG darauf abziele, die Gewerbebehörde in die Lage zu versetzen, innerhalb der Zuschlagsfrist zu entscheiden. Aus § 30 Abs. 4 BVergG ableiten zu wollen, dass geeignete und befugte Bieter aus anderen EWR-Staaten bei nicht rechtzeitiger Stellung des Antrages auf Anerkennung oder Gleichhaltung auszuschneiden seien, würde nicht nur über den Regelungszweck hinauschießen; eine derart scharfe Sanktion wäre auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil das Gesetz im Sektorenbereich keinen Hinweis des Auftraggebers auf die Notwendigkeit der Antragstellung vorsehe. § 39 BVergG, der iVm

§ 38 Abs. 2 leg. cit. einen solchen Hinweis in der Bekanntmachung vorschreibe, sei nämlich im Sektorenbereich nicht anwendbar. Jedenfalls wäre eine Verspätung mit der Beantragung als behebbarer Mangel zu qualifizieren. Eine verspätete Einbringung eines solchen Antrages hätte nämlich keinen Einfluss auf die Wettbewerbsstellung des jeweiligen Bieters. Auch vom Bundesvergabebeamten sei ein derartiger Mangel als behebbare qualifiziert worden und überdies ausgesprochen worden, dass das Ausscheiden eines Bieters mangels Einbringung eines Anerkennungs- oder Gleichstellungsantrages nur nach § 98 Z. 12 BVergG in Frage komme.

Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG haben folgenden Wortlaut:

"§ 21. (1) Aufträge über Leistungen sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben.

...

§ 30. ...

(4) Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens ansässig sind und die ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahren gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, durchführen oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, in der jeweils geltenden Fassung, oder eine Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995, in der jeweils geltenden Fassung, einholen müssen, haben die entsprechenden Anträge möglichst umgehend zu stellen. Sie haben vor Ablauf der Angebotsfrist den Nachweis beizubringen, dass sie einen Antrag gemäß den genannten Rechtsvorschriften eingebracht haben.

...

§ 79. ...

(3) Hat ein Bewerber oder Bieter rechtzeitig einen Antrag im Sinne des § 30 Abs. 4 gestellt, so hat die vergebende Stelle - sofern es sich um ein Angebot handelt, das für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt - auf begründeten Antrag des Unternehmers, dessen Anerkennungs-, Gleichhaltungs- oder Bestätigungsverfahren noch nicht abgeschlossen wurde, die Zuschlagsfrist um einen Monat zu verlängern und ihm eine angemessene Nachfrist zur Beibringung der Anerkennung, Gleichhaltung oder Bestätigung zu setzen. Dies gilt nicht für Verfahren gemäß den §§ 25 Abs. 2 Z 4, Abs. 4 Z 3 und Abs. 6 Z 3, 26 Abs. 1 und 3 sowie für beschleunigte Verfahren gemäß den §§ 48, 49 und 50 Abs. 4 und 5.

...

§ 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.

...

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

1. Angebote von Bietern, bei welchen die Befugnis oder die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

...

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;

...

12. Angebote von Bietern, bei welchen der vergebenden Stelle zum beabsichtigten Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 79 Abs. 3 gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994 oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung vorliegt.

...

§ 120. (1) Soweit von diesem Bundesgesetz erfasste Auftraggeber eine Tätigkeit im Sinne des Abs. 2 ausüben, gelten - unbeschadet der §§ 18 und 19 - ausschließlich die §§ 21, 22, 30, 37, 41, 42, 79 Abs. 2 und 4, 81 bis 85, 104, 105, 116 bis 118 sowie die Bestimmungen dieses Hauptstückes sowie die Vorschriften, auf die in diesem Hauptstück verwiesen wird.

(2) Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 sind

...

3. die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel.

...

(4) Im Verkehrsbereich (Abs. 2 Z 3) liegt ein Netz vor, wenn die Verkehrsleistung gemäß einer von einer zuständigen Behörde erteilten Auflage erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, der Transportkapazitäten oder der Fahrpläne. Der Betrieb eines öffentlichen Busverkehrs gilt nicht als Tätigkeit im Sinne des Abs. 2 Z 3, sofern andere Unternehmen entweder allgemein oder für ein besonderes, geographisch abgegrenztes Gebiet die Möglichkeit haben, die gleiche Aufgabe unter denselben Bedingungen wie der betreffende Auftraggeber zu übernehmen.

...

§ 123. ...

(4) In der regelmäßigen Bekanntmachung ist auf das allfällige Erfordernis der Durchführung eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahrens gemäß den §§ 373c und 373d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung, oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, in der jeweils geltenden Fassung, oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995, in der jeweils geltenden Fassung, ausdrücklich hinzuweisen."

§ 373c GewO 1994 hat - auszugsweise - folgenden Inhalt:

"§ 373c. (1) Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR die tatsächliche Ausübung von Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einem anderen Vertragsstaat des EWR als ausreichenden Nachweis der Befähigung auf Antrag mit Bescheid anzuerkennen, wenn

1. die Tätigkeiten allenfalls in Verbindung mit einer einschlägigen Ausbildung oder einem Eignungs- oder Befähigungsnachweis nach Art und Dauer den Voraussetzungen der Verordnung gemäß Abs. 2 entsprechen und
2. keine Ausschlussgründe gemäß § 13 vorliegen.

(2) Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat unter Berücksichtigung der Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. Juni 1999, 99/42/EG, sowie der Richtlinien des Rates vom 13. Dezember 1976, 77/92/EWG, durch Verordnung Art und Dauer der Tätigkeiten festzulegen, deren Nachweis Voraussetzung für eine Anerkennung ist. Die Verordnung gilt bis zur Erlassung einer Verordnung gemäß § 18 Abs. 1 für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die im Inland nach Art und Dauer entsprechende Ausbildungen oder Tätigkeiten absolviert haben, sinngemäß.

...

(6) Werden die in der Verordnung gemäß Abs. 2 festgelegten Anerkennungsvoraussetzungen nicht erfüllt, so hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Gleichhaltung der durch den Antragsteller erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten mit dem vorgeschriebenen Befähigungsnachweis für die Ausübung einer im Anhang A erster Teil der Richtlinie 99/42/EG genannten gewerblichen Tätigkeiten auf Antrag binnen vier Monaten auszusprechen, wenn

1. die Fähigkeiten und Kenntnisse durch Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise bescheinigt werden, die der Antragsteller zur Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit in einem anderen EWR-Vertragsstaat erworben hat,
2. die vergleichende Prüfung ergibt, dass die gemäß Z 1 bescheinigten Kenntnisse und Fähigkeiten den im vorgeschriebenen Befähigungsnachweis verlangten Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen und
3. keine Ausschlussgründe gemäß § 13 vorliegen.

...

(9) Beteiligt sich der Antragsteller an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, so ist der Bescheid über die Anerkennung gemäß Abs. 1 binnen zwei Monaten ab Antragstellung, jedoch ebenso wie die Gleichhaltung gemäß Abs. 6 jedenfalls vor Erteilung des Zuschlags zu erlassen."

Der vorliegende Auftrag gehört unstrittig zum Sektorenbereich gemäß § 120 Abs. 2 Z. 3 und Abs. 4 BVergG. Die in Deutschland ansässige T. benötigt als Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft ebenso unstrittig zur Durchführung der angebotsgegenständlichen Leistungen die Anerkennung der tatsächlichen Ausübung von Tätigkeiten in Deutschland als ausreichenden Nachweis ihrer Befugnis mit Bescheid des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit gemäß § 373c GewO (die sie auch erwirkt hat). Ohne diese Anerkennung ist die T. somit nicht befugt, die angebotenen Leistungen zu erbringen.

Der - im Sektorenbereich nicht anwendbare - § 52 Abs. 5 Z. 1 BVergG bestimmt, dass im offenen Verfahren u.a. die Befugnis spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein muss. Auf Grund der auch im Sektorenbereich gültigen Prinzipien des freien und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bieter gemäß § 21 Abs. 1 BVergG gilt dies grundsätzlich auch im Sektorenbereich. Es könnte nämlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter, der sich rechtzeitig um die - jedenfalls mit Aufwand verbundene - Erlangung der erforderlichen Befugnisse kümmert, bewirken, wenn einem Bieter die Möglichkeit eingeräumt wird, seine Befugnis erst nach der Angebotsöffnung, wenn die Chance zum Erhalt des Zuschlags bereits abschätzbar ist, zu erlangen.

Von diesem Grundsatz normiert der - auch im Sektorenbereich anwendbare - § 30 Abs. 4 BVergG eine Ausnahme u.a. für die erforderliche Anerkennung nach § 373c GewO 1994. Diese Ausnahme gilt jedoch nur für den Fall, dass die von § 30 Abs. 4 BVergG geforderten Handlungen gesetzt werden, also die Stellung des Antrags auf Anerkennung vor Ablauf der Angebotsfrist erfolgt und nachgewiesen wird (vgl. Öhler/Schramm, in Schramm/Aicher/Fruhmann, Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) S. 641, Rz 55 zu § 30). Nur unter dieser Voraussetzung ist es ausreichend, wenn die durch Anerkennung gemäß § 373c GewO 1994 zu erwerbende Befugnis erst nach der Angebotsöffnung - spätestens im

Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung (für den Sektorenbereich ergibt sich das aus dem Grundsatz des § 21 Abs. 1 BVerG, dass Leistungen nur an befugte Unternehmen vergeben werden dürfen; für den "klassischen" Bereich siehe § 98 Z. 12 BVerG) - vorliegt. Erfolgt hingegen die Antragstellung oder deren Nachweis nicht rechtzeitig, so kommt eine Zuschlagsentscheidung auf das Angebot des betreffenden Bieters nicht in Betracht.

Diese Rechtsfolge würde jedoch nicht eintreten, wenn die verspätete Antragstellung bzw. deren verspäteter Nachweis sanierbar wären. Ein Angebot, das den Ausschreibungsbestimmungen oder dem Gesetz nicht entspricht - weil es etwa die geforderten Nachweise für die Befugnis nicht enthält - kann nämlich nur dann ausgeschieden werden, wenn der Mangel nicht behoben wurde oder unbehebbar ist (vgl. für den "klassischen" Bereich die §§ 94 und 98 Z. 8 BVerG). Dies gilt auch für den Sektorenbereich, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass er in diesem Bereich die Sanierung eines Mangels unter keinen Umständen zulassen wollte.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaen Mängel ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieterinnen materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurde das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186) oder das Fehlen eines Formblattes, das nur vom Bieter nicht änderbare Ausschreibungsbedingungen enthält (hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024), als behebbare Mängel, das Angebot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist jedoch als unbehebbarer Mangel (hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030) gewertet.

Nach diesen Grundsätzen handelt es sich zwar beim Fehlen des Nachweises der - rechtzeitig erfolgten - Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (ebenso wie beim Fehlen des Nachweises einer im maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhandenen Befugnis) um einen behebbaren, beim Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung (ebenso wie etwa beim Fehlen einer Befugnis) jedoch um einen unbehebbaen Mangel, hätte es ein Bieter doch im letztgenannten Fall in der Hand, erst nach der durch die Angebotsöffnung möglichen Abschätzung seiner Chancen zu entscheiden, ob er den für die Erlangung der Befugnis für Österreich erforderlichen Antrag auf Anerkennung stellt, was - wie dargestellt - einen Wettbewerbsvorteil darstellt.

Eine andere Sichtweise würde im Übrigen dazu führen, dass auch ein erst nach Angebotsöffnung gestellter, aber infolge der Mängelbehebung als rechtzeitig geltender Antrag gemäß § 79 Abs. 3 BVerG zur Verlängerung der Zuschlagsfrist führen könnte und der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit auch über einen solchen Antrag gemäß § 373c Abs. 9 GewO 1994 jedenfalls vor Zuschlagsentscheidung zu entscheiden hätte.

Im vorliegenden Fall hat die T. als Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft den Antrag auf Anerkennung unstrittig nicht vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt. Da es sich hierbei - wie dargestellt - um einen unbehebbaen Mangel handelt, hat die Beschwerdeführerin dem Erfordernis des § 30 Abs. 4 BVerG nicht entsprochen, weshalb eine Zuschlagserteilung - ungeachtet der nach Angebotseröffnung über Aufforderung durch die Zweitmitbeteiligte erfolgten Antragseinbringung und der antragsgemäßen Anerkennung - an sie nicht in Betracht kommt.

Hinzugefügt sei, dass der Auftraggeber gemäß § 123 Abs. 4 BVerG in der regelmäßigen Bekanntmachung auf das Erfordernis der Durchführung eines Anerkennungs- oder Gleichhaltungsverfahrens gemäß §§ 373c und 373d GewO 1994 ausdrücklich hinzuweisen hat. Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, dass die Zweitmitbeteiligte dieser Verpflichtung nicht entsprochen habe.

Da sich die Beschwerde nach dem Gesagten als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandsatz gründet - im Rahmen des von der erstmitbeteiligten Partei gestellten Begehrens - auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Ein Zuspruch von Aufwandsatz an die belangte Behörde hatte mangels entsprechender Antragstellung zu unterbleiben.

Wien, am 24. Februar 2006

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2006:2004040078.X00

Im RIS seit

28.03.2006

Zuletzt aktualisiert am

12.07.2011

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at