

# RS UVS Oberösterreich 2005/01/12

## VwSen-550190/6/Kl/Hu

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 12.01.2005

### Beachte

Beschwerde gegen vorstehende Entscheidung wurde abgelehnt. VwGH vom 06.04.2005, Zl.: 2005/04/0035-0036-3

### Rechtssatz

Das Land Oberösterreich ist öffentlicher Auftraggeber. Der Auftragswert der gegenständlichen Ausschreibung überschreitet nicht den Schwellenwert von mindestens 5 Mio. Euro bei Bauaufträgen im Sinn des § 9 Abs.1 Z3 Bundesvergabegesetz - BVergG. Die gegenständliche Vergabe unterliegt dem Oö. Vergabenachprüfungsgesetz, es sind daher die gesetzlichen Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden (§ 17 BVergG).

Gemäß § 3 Abs.1 Oö. Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer (§ 20 Z32 BVergG) bzw. eine Unternehmerin, der bzw. die ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrages behauptet, vor der Zuschlagserteilung beim Unabhängigen Verwaltungssenat die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 20 Z13 BVergG) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm bzw. ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 2 Oö. Vergabenachprüfungsgesetz obliegt dem Unabhängigen Verwaltungssenat die Nachprüfung von Entscheidungen gemäß § 1 Abs.1 leg.cit. Bis zur Zuschlagserteilung ist der Unabhängige Verwaltungssenat zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz und die dazu ergangenen Verordnungen zuständig

1.

zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2.

zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Mit gegenständlichem Nachprüfungsantrag wurde die Zuschlagsentscheidung vom 15.12.2004 angefochten und die Nichtigerklärung beantragt. Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 20 Z13 lit.a sublit.aa BVergG eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag vom 17.12.2004 ist rechtzeitig und er ist auch zulässig. Der Oö. Verwaltungssenat teilt die Bedenken des Auftraggebers gegen die Zulässigkeit des Antrages nicht. Als behauptete Rechtswidrigkeit wird die Missachtung des festgelegten Zuschlagsprinzips geltend gemacht und ergänzend auch noch auf die rechtswidrige Anwendung der Ausscheidensbestimmungen hingewiesen. Hinsichtlich der rechtzeitigen Verständigung des Auftraggebers wird auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hingewiesen, wonach sinngemäß ein zeitlicher Zusammenhang zwischen Antragstellung und Verständigung des Auftraggebers ausreicht. Dieser Zusammenhang ist hier bei einem Abstand von einer halben Stunde gegeben. Auch zum Schaden

wurde das Entgehen eines Referenzprojektes und eines Einnahmenentfalles dargestellt. Die durch die Antragstellerin angeführten Angaben sind noch ausreichend. Mit Entscheidung des Oö. Verwaltungssenates vom 22.12.2004, VwSen-550191/5/Kl/Rd/Pe, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 17.01.2005 untersagt.

Gemäß § 13 Abs.1 iVm § 2 Abs.2 Oö. Vergabenachprüfungsgesetz hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes oder der hier zu erlassenen Verordnungen steht und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die Antragstellerin macht geltend, dass sie das billigste Angebot gelegt hätte und daher als Billigstbieterin zum Zug kommen müsste. Zur Ausscheidung ihres Angebotes verweist sie auf ein rechtsgültig abgegebenes Angebot und ihre nachgewiesene Eignung, wobei sie hervorhebt, dass ein Nachweis der Befugnis nicht von sämtlichen Bietern zu erbringen sei, aber auch hinsichtlich der F und B GmbH ein Gleichstellungsbescheid bald vorliegen würde. Auch zu den geforderten Qualitätsnachweisen wurde auf die vorgelegten Nachweise hingewiesen und behauptet, dass nicht hinsichtlich sämtlicher Bieter ein Qualitätsnachweis erforderlich sei. Gemäß § 20 Z3 BVergG ist eine Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten. Gemäß § 20 Z11 BVergG ist eine Bietergemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes.

Gemäß § 30 Abs.2 BVergG können Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote einreichen.

Bietergemeinschaften sind nicht verpflichtet, zwecks Einreichen des Angebotes eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

Gemäß § 82 Abs.2 BVergG sind Angebote vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben. Angebote müssen so ausgefertigt sein, dass Veränderungen bemerkbar oder nachweisbar wären. Sie müssen unter Angabe des Datums durch rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden (§ 82 Abs.4 BVergG).

Wie bereits der Legaldefinition nach § 20 Z11 BVergG zu entnehmen ist, wird im Falle einer Bietergemeinschaft das entsprechende Angebot nicht von den einzelnen Unternehmen eingebracht, sondern von der Bietergemeinschaft. Demnach kann auch lediglich der Zuschlag dem Angebot der Bietergemeinschaft erteilt werden und wird auch der Vertrag mit dieser geschlossen (vgl. Hanl, BVergG, nwf, S. 260, K2). Der Zuschlag kann nur auf das Angebot erfolgen, der Vertrag kann somit nur mit der Bietergemeinschaft als Ganzes zustande kommen (BVA 21.6.1995, N-5/95-6). Nicht unterfertigte Angebote sind gemäß § 98 Z8 BVergG auszuscheiden, da es sich um ein unvollständiges Angebot handelt, dessen Mangel nicht behebbar ist. Angebote ohne rechtsverbindliche Unterschrift sind keine Angebote im Rechtssinn und schon aus diesem Grund auszuscheiden (BVA 2.7.1997, N-4/97-17).

Auch § 83 Abs.1 Z1 und Z8 BVergG bestimmt, dass jedes Angebot insbesondere Name und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse und bei Bietergemeinschaften die Erklärung, dass sie im Auftragsfall die Leistung als Arbeitsgemeinschaft erbringen wird, sowie das Datum und die rechtsgültige Unterfertigung des Bieters enthalten muss. Gemäß § 98 Z8 BVergG sind Angebote auszuscheiden, die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen 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. Es steht nicht in der Disposition des Auftraggebers von Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050), sondern es hat der Auftraggeber die durch andere Bieter auch durchsetzbare Verpflichtung, dieses Angebot tatsächlich auszuscheiden. Nach Aicher sind nur solche Mängel eines Angebotes des Bieters verbesserungsfähig, die nicht nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können. Gravierende formale und inhaltliche Mängel in den Angeboten sowie

unverbindliche Angebote sind nach Meinung dieses Autors sofort auszuscheiden (vgl. Hanl, S. 485, E17 sowie VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050-7). Für die Beurteilung der Ausschreibungskonformität ist allein das objektive Erklärungsbild des Angebotes maßgeblich. Aufgrund der in Österreich für die Beurteilung privatrechtlicher Willenserklärungen geltenden "Vertrauenstheorie" sind bei der Entscheidung der Frage, ob ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorliegt, weder die Motive des Erklärenden (hier des Bieters), wie etwa allfällige Missverständnisse der Ausschreibungsbestimmungen, noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers (hier des Auftraggebers) und dessen weitere Vorgangsweise erheblich, sondern allein jene Bedeutung des Angebotsschreibens, die sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes des Angebots ergibt. Ein objektiv den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot kann nämlich im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter keinesfalls durch nachträgliche Aufklärungsgespräche, in denen ja keine "Klarstellung" sondern im Hinblick auf den eindeutigen Gehalt der ursprünglichen Erklärung lediglich eine Abänderung möglich wäre, "verbessert" werden (BVA 29.6.1999, N-25/99-16, N-28/99-4).

Im Grunde dieser Literatur und Judikatur war auch das gegenständlich zu prüfende Angebot ein ungültiges Angebot. Wie nämlich der Auftraggeber zu Recht ausführt, wurde das Angebot (vom 27.9.2004) von der B B GmbH & Co KG, eingereicht. Diese ist sowohl auf der ersten und zweiten Seite als Angebotslegerin angeführt. Wie aber die vorzitierten Bestimmungen des BVergG darlegen, ist eine Bietergemeinschaft mit dem Zweck gegründet, ein gemeinsames Angebot einzureichen (§ 20 Z11). Demgemäß ist auch die Bietergemeinschaft gemäß § 30 Abs.2 BVergG berechtigt, ein Angebot einzureichen. Soll daher das gegenständliche Angebot von einer Bietergemeinschaft eingereicht werden, so hätte auch diesbezüglich bereits im Angebot die Bietergemeinschaft als Anbieterin angeführt werden müssen. Dies ist insofern auch gemäß der vorzitierten Literatur von Bedeutung, weil das Angebot so eindeutig und vollständig sein muss, dass ohne weitere Bestimmungen und Erläuterungen durch Annahme dieses Angebotes durch den Auftraggeber der zivilrechtliche Vertrag zustande kommt. Ein solcher zivilrechtlicher Vertrag mit einer Bietergemeinschaft durch bloße Annahmeerklärung des eingereichten Angebotes ist nicht möglich, weil als Vertragspartner lediglich ein Unternehmen und nicht die Bietergemeinschaft genannt ist. Es kann daher durch Annahme des eingereichten Angebotes kein Vertrag mit der Bietergemeinschaft zustande kommen, zumal eine Bietergemeinschaft ein Angebot nach dem objektiven Erklärungswert des eingereichten Angebotes nicht gelegt hat. Hingegen würde aber auch die Annahme des eingereichten Angebotes der B B GmbH & Co KG dem Bundesvergabegesetz und den Vergabegrundsätzen widersprechen, zumal nach dem objektiven Erklärungswert des eingereichten Angebotes durch die Angaben in Punkt 6.6 und 6.10 der Ausschreibungs- und Vergabebedingungen zum Ausdruck kommt, dass eine Bietergemeinschaft das Angebot einreichen wollte.

Der Zurechnung des Angebotes an die Antragstellerin stehen aber auch noch folgende Erwägungen entgegen:

Gemäß den obigen Feststellungen war unter Punkt 6.6 der Erklärungen des Bieters jedes einzelne Mitglied der Leistungsgemeinschaft (Arbeitsgemeinschaft) anzuführen, welches für alle wie immer gearteten Verpflichtungen aus dem Bauvertrag gegen den Auftraggeber solidarisch haftet. Bei dieser Anführung fehlte die B B GmbH & Co KG als Mitglied der Bietergemeinschaft und war die "F und B" angeführt, nicht hingegen die "F & B GmbH". Es wurde daher dem Gebot nach § 82 Abs.2 BVergG, dass Angebote vollständig abzugeben sind, nicht entsprochen und darüber hinaus die Bestimmung des § 83 Abs.1 Z1 BVergG (Erklärung, dass sie im Auftragsfall die Leistung als Arbeitsgemeinschaft erbringen wird) verletzt, weil nur durch die Anführung der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft die gemäß § 20 Z3 BVergG normierte Verpflichtung zur solidarischen Leistungserbringung erwächst. Durch die mangelhafte Benennung der F und B GmbH und durch die Nichtnennung der B B GmbH & Co KG liegt daher ein unvollständiges Angebot und eine mangelhafte Erklärung zur solidarischen Leistungserbringung im Auftragsfall vor. Dieser formale Mangel kann auch nicht durch die nachfolgende rechtsgültige Fertigung der einzelnen Mitglieder ersetzt werden. Es liegt daher ein nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechendes, mangelhaftes, unvollständiges Angebot vor. Dieser Mangel bzw. Fehler kann auch nicht nachträglich behoben werden, weil es sich unweigerlich um eine Änderung der abgegebenen Willenserklärung handelt. Dies sowohl in die Richtung, dass das Angebot nur von einem Unternehmen (zB. B B GmbH & Co KG) als auch in die andere Richtung, dass das Angebot von einer Bietergemeinschaft abgegeben werden soll, wobei hier noch mehrere Erklärungen möglich wären, nämlich mit den zwei angeführten Mitgliedern, mit den drei unterzeichneten Mitgliedern oder allenfalls in einer weiteren Variante. Angesichts des Umstandes, dass bei dem eingereichten gegenständlichen Angebot der dem Auftraggeber gegenüberstehende Vertragspartner nicht eindeutig

hervorgeht, war von einem ungültigen und unverbindlichen Angebot auszugehen, auf welches keinesfalls der Zuschlag erteilt werden darf (§ 98 Z8 BVergG). Mangels einer gültigen Erklärung gemäß § 30 Abs.2 und § 83 Abs.1 Z1 BVergG lag überdies der Ausscheidungsgrund gemäß § 98 Z10 BVergG vor. Schließlich sind auch die Erwägungen des Auftraggebers nicht von der Hand zu weisen, dass das gegenständliche Angebot auch gemäß § 98 Z1 und Z5 BVergG mangels Befugnis bzw. Aufklärung auszuscheiden war.

Gemäß § 30 Abs.4 BVergG haben nämlich 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 durchführen müssen, 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.

Der besondere Teil der Erläuterungen RV 2002 führt dazu aus:

"Durch die vorgesehene, mit den Dienststellen der Kommission akkordierte Regelung wird der Versuch der Harmonisierung beider Verfahrensabläufe unternommen. Durch die frühzeitige (verpflichtende) Information potentieller Bieter wird sichergestellt, dass jeder Interessierte von der allfälligen Notwendigkeit eines Nachsichts- oder Gleichhaltungsverfahrens erfährt. Durch die Verlängerung der Zuschlagsfrist - die im Übrigen auch durch das neu eingeführte Verfahren zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erforderlich wurde - ist sichergestellt, dass, selbst wenn der Antrag erst am Tag der Angebotsfrist oder vor Beginn der Verhandlungen gestellt wird, die Gewerbebehörde in der Lage ist, innerhalb der Zuschlagsfrist zu entscheiden. Eine Fristverlängerung ist ebenfalls möglich. Falls trotzdem kein Antrag gestellt wurde, sind derartige Angebote auszuscheiden."

Wie die Antragstellerin in ihrer ergänzenden Stellungnahme im Nachprüfungsverfahren ausführt, ist ein Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid für die F und B GmbH noch nicht vorliegend. Das diesbezügliche Verfahren sei aber vor dem Abschluss. Damit bringt die Antragstellerin selbst zum Ausdruck, dass ein entsprechender Bescheid einzuholen war, der Bescheid aber nicht zeitgemäß vorgelegt wurde und - wie der Auftraggeber darlegte - auch die Antragstellung zu diesem Verfahren nicht nachgewiesen hat. Es ist daher die F und B GmbH ihrer Verpflichtung gemäß § 30 Abs.4 BVergG nicht nachgekommen und ist daher der Auftraggeber zu Recht von dem angeführten Ausscheidungsgrund ausgegangen.

Wenn hingegen die Antragstellerin einwendet, dass nicht für sämtliche Mitglieder der Bietergemeinschaft Gewerbeberechtigungen (Befugnis) vorliegen müssen, so wird ihren Antragserwägungen entgegen gehalten, dass die von ihr angeführte Entscheidung des EUGH zur Rechtssache Holst Italia, C-176/98, zur Frage des Nachweises der Leistungsfähigkeit bei Subvergaben Stellung bezieht, nicht hingegen bei Bietergemeinschaften. Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21.6.2004, B 531/02, ausgesprochen, dass bei einer homogenen Leistung, die auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen ist, im Fall der Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft alle Mitglieder die entsprechende Befugnis nachzuweisen haben. Der VfGH begründet dies im Wesentlichen schon mit der Legaldefinition der Arbeitsgemeinschaft gemäß § 15 Z7 BVergG (nunmehr § 20 Z3 BVergG), wonach sich die Unternehmer solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung "auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen" verpflichten. Welcher Gehalt der Wendung "oder verschiedener Fachrichtungen" dann aber zukommen kann, wenn das BVergG für Bietergemeinschaften tatsächlich verlangen sollte, dass jedes ihrer Mitglieder für die Erbringung einer Gesamtleistung immer alle erforderlichen gewerbeberechtlichen Befugnisse für sämtliche angebotene Leistungen nachzuweisen hat, wäre nicht erfindlich. Vielmehr legt die Bestimmung nahe, dass der Vergabegesetzgeber durch die Ermöglichung von Bietergemeinschaften gerade die Kumulation verschiedener Fachrichtungen zur Besorgung einer heterogenen Gesamtleistung ermöglichen wollte. Allerdings erscheint dem VfGH bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit eine differenzierende Sichtweise anhand der ausgeschriebenen Leistung geboten: Ist die Leistung homogen, auf eine bestimmte Unternehmergruppe beschränkt und nicht nach Spartenleistungen zu trennen, dürften im Fall der Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft alle Mitglieder die entsprechende Befugnis nachzuweisen haben. Ist aber - zulässigerweise - eine Gesamtleistung ausgeschrieben, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordert, dürfte lediglich darauf abzustellen sein, dass jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die gewerbeberechtliche Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat (vgl. RPA 2004/4, Seite 243 ff).

Bei der gegenständlich ausgeschriebenen Leistung (Bodenmarkierungsarbeiten) handelt es sich um eine Sparte und daher um eine homogene Leistung und war daher nach der zitierten VfGH-Judikatur der Nachweis der Befugnis von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft zu verlangen. Es war daher im Grunde dieser Judikatur der Entscheidung des Auftraggebers auch im Hinblick auf die mangelnde Befugnis nicht entgegen zu treten.

Analog ist auch hinsichtlich des gemäß Punkt. 1.12 der Ausschreibungs- und Vergabebedingungen erforderlichen Nachweises eines zertifizierten Qualitätsmanagements durch den Auftragnehmer vorzugehen. Ist Auftragnehmer eine Bietergemeinschaft, so haben alle ihre Mitglieder bei einer homogenen Leistungserbringung den erforderlichen Qualitätsnachweis zu erbringen. Da Bodenmarkierungen auf Landesstraßen im Wesentlichen der Ordnung des öffentlichen Verkehrs und der Verkehrssicherheit der Verkehrsteilnehmer dienen, erscheint das geforderte Qualitätsmanagement im Hinblick auf den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Weil daher weder die Ausscheidung der Antragstellerin noch die getroffene Zuschlagsentscheidung dem Bundesvergabegesetz widerspricht, war dem Antrag nicht Folge zu geben.

#### **Schlagworte**

Angebot einer Bietergemeinschaft, Verpflichtungserklärung, unvollständig, nicht rechtsgültig

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/ups/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)