



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Ausscheiden von Angeboten wegen
angebotsbezogener Mängel – eine Judikaturanalyse“

Verfasserin

Mag.^a iur. Caroline Grygiel

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt.

A 083 101

Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt.

Rechtswissenschaften

Studienblatt:

Betreuer:

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Inhaltsverzeichnis

I.	Abkürzungsverzeichnis	6
II.	Allgemeines.....	9
A.	Einführung in das Thema	9
B.	Inhalt und Gliederung der Arbeit	11
C.	Zweck und Systematik des § 129 BVergG	12
III.	Allgemeine Vorbemerkungen	21
A.	Bindung an die Ausschreibung	21
1.	Allgemeines.....	21
2.	Weitere Judikaturbeispiele zur Bindung an die Ausschreibung.....	27
B.	Bestandskraft/Präklusion der Ausschreibung.....	30
1.	Allgemeines.....	30
2.	Weitere Judikatur zu rechtswidrigen aber präkludierten Ausschreibungsbestimmungen.....	38
C.	Auslegung der Ausschreibung bzw des Angebots	40
1.	Allgemeines.....	40
2.	Auslegungsregeln des ABGB.....	41
3.	Beispiele zur Auslegung.....	45
D.	Fragen der Antragslegitimation.....	50
IV.	Vorbemerkungen zu § 129 Abs 1	62
A.	Taxativer Katalog.....	62
V.	Angebotsbezogene Ausscheidensgründe des Abs 1	64
A.	Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (Z 3).....	64
1.	Interpretationsansatz betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit	66
2.	Weitere Judikaturbeispiele zur Plausibilität des Gesamtpreises	70
3.	Zur vertieften Angebotsprüfung.....	73
4.	Sonderfall: Zweifelhafte Preisangaben gem § 124	78
5.	Sonderfall: Unterangebote.....	79
a)	Definitionsversuche.....	79
b)	Preisspiegel und Preisdatenbanken	87
6.	Sonderfall: Überangebote.....	93
7.	Sonderfall: Legung zweier Hauptangebote	94
8.	Spekulative Preisgestaltung.....	96
a)	Beispiele zu spekulativen Angeboten	104

9. Exkurs: Preisangemessenheit versus Preisplausibilität	108
B. Relatives Preisunterbieten (Z 4)	111
C. Verspätet eingelangte Angebote (Z 6)	111
D. Sammeltatbestand (Z 7)	119
1. Allgemeines	119
2. Begriff des Mangels	120
3. Abgrenzung der Fallgruppen	121
4. Widersprechende Angebote	124
a) Beispiele zu widersprechenden Angeboten	128
b) Problemfeld: Bieter verweist auf eigene Geschäftsbedingungen	136
5. Fehlerhafte oder unvollständige Angebote	138
a) Beispiele zu fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten	139
b) Verbesserungsmöglichkeit	142
c) Formeln zur Behebbarkeit	145
d) Unbehebbarer Mängel	150
e) Behebbarer Mängel	153
6. Nicht zugelassene Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote	157
7. Nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote	158
8. Alternativangebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen	158
E. Rechnerisch fehlerhafte Angebote (§ 129 Abs 1 Z 9 und § 126 Abs 4)	158
1. Allgemeines	158
2. Definition des rechnerisch fehlerhaften Angebots	161
3. Die Regelung des § 126 Abs 4 im Detail	163
4. Folgen der Qualifikation als Rechenfehler	164
a) Berechnung der Rechenfehlersumme	164
b) Berichtigung	164
c) Vorreihung und Nachreihung	164
VI. Ausscheidensgrund mangelnde Aufklärung (§ 129 Abs 2)	168
A. Fakultativer Ausscheidensgrund	168
B. Ablauf der Aufklärung	169
C. Frist	173
D. Fälle des Ausscheidens	174
VII. Verständigung über das Ausscheiden (§ 129 Abs 3)	178
A. Art der Verständigung	178

B.	Begründung der Ausscheidensentscheidung.....	180
C.	Exkurs: Anforderungen an die Begründung von Auftraggeberentscheidungen, insbesondere die Zuschlagsentscheidung	181
VIII.	Weitere angebotsbezogene Mängel.....	188
A.	Fehlende Zumutbarkeit (§ 126 Abs 3)	188
B.	Problemfeld: rechtsgültige Unterfertigung des Angebots.....	190
C.	Unverbindliche Angebote	196
D.	Bedingte Angebote	197
IX.	Besonderheiten im Verhandlungsverfahren	199
X.	Besonderheiten im Sektorenbereich.....	202
A.	Behandlung des Sektorenbereichs im BVergG 2002	203
B.	Ausscheiden von Angeboten (§ 269 BVergG 2006).....	204
XI.	Conclusio.....	206
XII.	Judikaturübersicht	210
A.	Bundesvergabeamt	210
B.	Bundes-Vergabekommission	212
C.	Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften.....	212
D.	Europäischer Gerichtshof.....	213
E.	Oberster Gerichtshof	213
F.	Unabhängige Verwaltungssenate	213
G.	Vergabekontrollsenat Wien.....	214
H.	Verfassungsgerichtshof	214
I.	Verwaltungsgerichtshof	214
J.	Deutsche Judikatur	215
XIII.	Literaturverzeichnis.....	216
A.	Artikel.....	216
B.	Monographien und Kommentare	223
XIV.	Anhang	226
A.	Abstract	226
B.	Lebenslauf	227

I. Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	Absatz
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
bbl	baurechtliche blätter
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bgld	Burgenland
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesvergabegesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	cirka
dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Europäischer Gerichtshof)
f	folgende
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
GA	Generalanwalt
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
Kap	Kapitel
Krnt	Kärnten
LGBI	Landesgesetzblatt
lit	litera
NÖ	Niederösterreich
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OGH	Oberster Gerichtshof

OÖ	Oberösterreich
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
RPA	Recht und Praxis der Auftragsvergabe
Rs	Rechtssache
Rz	Randzahl, Randziffer
SA	Schlussantrag
Stmk	Steiermark
ua	und andere
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
Vbg	Vorarlberg
VergabeR	Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VKS	Vergabekontrollsenat
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer, Zahl
zB	zum Beispiel
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

II. Allgemeines

A. Einführung in das Thema

- 1 Das bedeutendste Instrument der Beschaffungstätigkeit des Staates ist die öffentliche Auftragsvergabe. Möchte ein öffentlicher Auftraggeber Waren oder Dienstleistungen jenseits eines festgelegten Schwellenwerts erwerben, so kann er nicht wie ein Privater diese Leistungen von einem beliebigen Unternehmer beziehen, sondern muss ein bestimmtes Verfahren zur Beschaffung dieser Leistungen einhalten. Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines Leistungsvertrags, also eines privatrechtlichen Vertrags zwischen dem Auftraggeber und dem Bestbieter. Es soll ein geregelter Wettbewerb von interessierten Unternehmen organisiert werden. Vergaberecht ist Sondervertragsabschlussrecht, das die Privatautonomie eines vergaberechtsunterworfenen Auftraggebers einschränkt. Diese Freiheit wurde den Auftraggebern zur Vermeidung von Hoflieferantentum bzw zur Wettbewerbsbelebung ein kleines Stück genommen.¹ Der Staat ist bekanntlich an die verfassungsmäßigen Haushaltsgrundsätze gebunden und unterliegt der Prüfung des Rechnungshofs. Obwohl der Staat daher wie ein Privater agiert, müssen spezifische Regelungen auf die besondere Konstellation Bedacht nehmen, dass die Kräfteverhältnisse zwischen dem Staat als Auftraggeber und den Bietern nicht ausgeglichen sind. In diesem Zusammenhang wird immer wieder von der machtneutralisierenden Wirkung des rechtlich organisierten Vergabeprozesses gesprochen.² Andererseits ist es somit wichtig, den Bietern gegenüber der oftmals übermächtigen öffentlichen Hand durchsetzbare Rechte einzuräumen. Diese beiden zentralen Gesichtspunkte bei der öffentlichen Auftragsvergabe lassen sich mit den Schlagworten Effizienz und Rechtsschutz zusammenfassen.³ Die öffentliche Hand soll in einem allen Bietern faire und gleiche Chancen einräumenden Verfahren das ökonomisch günstigste Ergebnis erreichen.
- 2 Man kann somit zusammenfassen, dass das Vergaberecht einerseits Regeln und Vorschriften umfasst, die ein öffentlicher (und unter bestimmten Umständen auch ein privater) Auftraggeber bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen beachten muss. Andererseits umfasst es Verfahrensregeln für das Rechtsschutzverfahren, in dem nicht zum Zug gekommene Bieter Fehler des Verfahrens anfechten können.
- 3 Das Vergaberecht gehört zu jenen Rechtsgebieten, die einer ständigen dynamischen Entwicklung unterworfen sind. Besonders in den letzten Jahren häuften sich grundlegende EuGH-Urteile und

¹ BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 u N/0117-BVA/08/2007-42.

² OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 7.

³ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 3.

europäische Vorgaben. Das nun in Geltung stehende Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) ist maßgeblich von den europäischen Richtlinien 2004/17/EG⁴ und 2004/18/EG⁵ geprägt, beziehungsweise war der nationale Gesetzgeber wegen der besagten Richtlinien zu einer völligen Revision des alten Bundesvergabegesetzes (BVergG 2002) gezwungen. Ziel des europäischen Gemeinschaftsrechts ist die Herstellung eines gemeinschaftsweiten Wettbewerbs um große Beschaffungen unter gleichen Bedingungen für alle europäischen Unternehmen.

- 4 Ein juristisch besonders heikler Punkt im Vergabeverfahren ist das Ausscheiden von Angeboten. Nachdem ein öffentlicher Auftraggeber im Zuge eines frei gewählten oder gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens einen Auftrag ausgeschrieben hat, erhält er von Bieter(n) Angebote. Er ist nun verpflichtet, die abgegebenen Angebote zu beurteilen und zu prüfen. Gemäß § 126⁶ muss der Auftraggeber bei Unklarheiten oder vorliegenden Mängeln vom Bieter eine verbindliche, schriftliche Aufklärung verlangen. Die Ergebnisse dieses Aufklärungsverfahrens sind nun Grundlage für die Entscheidung, ob ein Angebot ausgeschieden oder in die nächste Stufe des Verfahrens – die Angebotsbewertung – aufgenommen wird. Eine Angebotsausscheidung stellt somit einen *„massiven Eingriff in das Vergabeverfahren und in die Beziehung des Auftraggebers mit dem (den) betroffenen Bieter(n) dar.“*⁷
- 5 Bei der Ausscheidensentscheidung hat sich der Auftraggeber an die Vorgaben des § 129 zu halten. Dieser enthält eine taxative Aufzählung der Ausscheidensgründe. Eine Ausscheidung aus anderen – beispielsweise vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen geschaffenen Tatbeständen – ist grundsätzlich nicht zulässig. Im Sektorenbereich ist dies ausdrücklich anders geregelt.
- 6 Diese Entscheidung über das Ausscheiden eines Angebots ist für den einzelnen Bieter die wichtigste Entscheidung des Verfahrens. Wird sein Angebot ausgeschieden, wird ihm de facto die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten. Den hohen Stellenwert dieses Verfahrensabschnitts erkennt man auch daran, dass er nunmehr (seit dem BVergG 2006) mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung beendet wird.

⁴ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl L 134 v 30.4.2004 S 1.

⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134 v 30.4.2004 S 114.

⁶ Paragraphenbezeichnungen ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich auf das BVergG 2006.

⁷ Schramm in Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP 36.

- 7 Im Hinblick auf die Unbestimmtheit mancher gesetzlicher Tatbestände des § 129 ist bei deren Auslegung im Sinne der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Notwendigkeit richtlinienkonformer Interpretation von staatlichem Umsetzungsrecht jene Auslegung zutreffend, die dem Richtlinienrecht entspricht.⁸ Dies gilt insbesondere für das BVergG 2006, welches die Vergaberichtlinie 2004/18/EG⁹ umsetzt. Demnach ist bei der Interpretation des BVergG 2006 stets dem Gleichbehandlungsgebot nach Art 2 der Richtlinie und dem daraus erfließenden Verhältnismäßigkeitsgebot Rechnung zu tragen.¹⁰
- 8 Mit zahlreichen Fragen zum Problemkreis des Ausscheidens von Angeboten soll sich die vorliegende Dissertation beschäftigen.

B. Inhalt und Gliederung der Arbeit

- 9 Die vorliegende Dissertation beschränkt sich auf die Behandlung der Ausscheidenstatbestände der angebotsbezogenen Mängel in erster Linie aufgrund der hierzu vorhandenen Judikatur.¹¹ Einerseits sollen die angebotsbezogenen Mängel definiert und analysiert werden, andererseits soll auch jeweils die Frage der Behebbarkeit dieser Mängel behandelt werden. Auf alle angebotsbezogenen Ausscheidungstatbestände findet das Mängelaufklärungs- und Mängelbehebungsverfahren des § 126 Anwendung, welches ebenfalls beleuchtet werden soll. Ergänzend sollen auch die entsprechenden Sektorenbestimmungen, die sich mit den Ausscheidensgründen beschäftigen (insbesondere § 269), untersucht werden.
- 10 Vor der eigentlichen Ausscheidensentscheidung muss allerdings zunächst der Inhalt des Angebots ermittelt werden. Der Auftraggeber muss im Stande sein, zu beurteilen, ob das Angebot einen Fehler enthält oder ob es tatsächlich den Ausschreibungsunterlagen entspricht. Man muss somit noch einen Schritt zurückgehen und einige allgemeine Fragen über die Beschaffenheit der Ausschreibung klären: Wie müssen die Ausschreibungsunterlagen ausgelegt werden, wie sind sie zu verstehen? Wie streng sind der Auftraggeber, der Bieter oder eine Vergabenachprüfungsbehörde an die Ausschreibung gebunden? Kann der Inhalt der Ausschreibung noch im Nachhinein verändert werden? Wie ist vorzugehen, wenn die Ausschreibung rechtswidrige Anforderungen stellt? Da es zu all diesen Fragen ebenfalls umfangreiche und teilweise strittige Judikatur gibt, soll ein einleitender Teil der Dissertation

⁸ UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003.

⁹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134 v 30.4.2004 S 114.

¹⁰ Siehe zuletzt EuGH 16.12.2008, Rs C-213/07, *Michaniki* Rz 48, 61ff.

¹¹ Die Arbeit berücksichtigt die bis Ende 2009 ergangene Judikatur (soweit veröffentlicht), spätere Judikatur konnte nur punktuell berücksichtigt werden.

zunächst versuchen, Antworten auf diese Fragen zu finden. Mit diesen wichtigen Vorfragen beschäftigen sich die Vorbemerkungen dieser Dissertation.

- 11 Bei der Gliederung des Hauptteils der Arbeit werde ich mich am Aufbau des § 129 orientieren, wobei ich mich auf die angebotsbezogenen Ausscheidensgründe beschränke. Zunächst sind gemäß Z 3 Angebote auszuschneiden, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Zwingend auszuschneiden sind nach § 129 Abs 1 Z 4 Angebote, bei denen der Bieter nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten, nach Z 6 verspätete Angebote. Es folgt der Sammeltatbestand der Z 7, der unter anderem den Ausschreibungsunterlagen widersprechende, fehlerhafte und unvollständige Angebote behandelt. Bei dieser Ziffer sollen auch einige Sonderfälle von Angebotsmängeln wie Unterangebote, Überangebote und spekulative Angebote behandelt werden. Schließlich kennt das Gesetz in § 129 Abs 1 Z 9 noch den Ausscheidungsgrund des rechnerisch fehlerhaften Angebots, der einer Sonderregelung unterliegt. In § 129 Abs 2 folgt der fakultative Ausscheidungsgrund der nicht rechtzeitigen oder nicht gehörigen Aufklärung von Unklarheiten oder Mängeln. In Abs 3 finden sich Formvorschriften zur Verständigung über das Ausscheiden. Schließlich finden sich in einem nächsten Kapitel weitere Ausscheidenstatbestände, die sich an anderen Stellen im BVergG befinden. Hierbei handelt es sich beispielsweise um § 126, welcher den Ausscheidenstatbestand der mangelnden Zumutbarkeit der Behandlung des Angebots sowie Sonderregelungen zu Rechenfehlern beinhaltet. Zum Schluss folgen Kapitel zu den Besonderheiten des Verhandlungsverfahrens und des Sektorenbereichs sowie eine Zusammenfassung und Ausblick.

C. Zweck und Systematik des § 129 BVergG

- 12 Präzise gesagt, unterscheidet § 129 zwischen dem **Ausscheiden von Angeboten** und dem **Ausschluss von Bietern**. Das Ausscheiden von Bietern ist auf wenige eher unstrittige Sachverhalte beschränkt (zB Beteiligung an der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen, Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung, Vorliegen einer schweren beruflichen Verfehlung in Ausübung seiner Tätigkeit). Die vorliegende Arbeit beschränkt sich – wie bereits erwähnt – auf das Ausscheiden wegen angebotsbezogener Mängel.
- 13 Vorauszuschicken ist, dass § 129 besonders der **Sicherung der Grundsätze des Vergabeverfahrens** dient, welche sich in § 19 finden. Dieser ist die zentrale Bestimmung, während alle anderen der Ausführung und Umsetzung der Grundsätze dienen, die hier angesprochen werden.¹² § 19 normiert, dass Vergabeverfahren nach einem vorgesehenen

¹² So ausdrücklich 1171 BlgNR 22. GP 38 (zu § 19); Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht 78.

Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen sind. Die Vergabe hat ferner an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

- 14 Diese Grundsätze finden auf sämtliche Verfahren im Anwendungsbereich des BVergG Anwendung, sie enthalten den Zweck des Vergabeverfahrens und bilden zugleich das Objekt der Schutznorm „BVergG“: den freien, fairen und lauten Wettbewerb unter Wahrung der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter.¹³ An diesem Maßstab sind alle Handlungen der an Vergabeverfahren Beteiligten zu messen.
- 15 Die Bedeutung dieser Grundsätze liegt im Wesentlichen darin, dass sie als **Auslegungsmaxime** heranzuziehen sind. Das bedeutet, dass unklare oder unpräzise Regelungen in Hinblick auf diese Grundsätze zu interpretieren und zu ergänzen sind.¹⁴ *Burgi* spricht davon, dass Vergabegrundsätze als Auslegungsdirektiven bei der Anwendung von Regeln verstanden werden können. Obwohl Regeln oft relativ klar gefasst sind, enthalten sie dennoch immer wieder Spielräume, bei deren Ausfüllung sich der Rechtsanwender an Vorgaben zu orientieren hat, die der Gesetzgeber zur Orientierung mit auf den Weg gegeben hat – wie beispielsweise die erwähnten Vergabegrundsätze.¹⁵ Gemäß der österreichischen Regelung in § 19 sind nicht nur interpretationsbedürftige Vorschriften im Lichte dieser Prinzipien anzuwenden, sondern alle Vorschriften des BVergG. Ist ein Problem nicht näher geregelt, können die Vergabegrundsätze zur **Lückenfüllung** herangezogen werden. Dies ist sogar geboten, wenn auf keine andere Weise ein gemeinschaftsrechtlich gebotener Zustand erreicht werden kann.¹⁶
- 16 In einem aktuellen Erkenntnis betont das BVA, dass ungeachtet einer über die gesetzlichen Ausschlussgründe hinausgehende Normierung von Ausschlussstatbeständen durch den Auftraggeber, die allgemeinen Grundsätze stets zu berücksichtigen sind.¹⁷ Obwohl das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers ein bestandsfest gewordenen Ausschlussgrund der Ausschreibung verwirklichte, sprach das BVA ausdrücklich aus, dass unabhängig davon die unzulässige personelle Verflechtung auch wegen Verstoßes gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens zu einem Ausscheiden des Angebots hätte führen müssen.¹⁸

¹³ *Elsner*, BVergG 2006 Rz 59.

¹⁴ *Eilmansberger/Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 19 Rz 1.

¹⁵ *Burgi*, NZBau 2008, 29 (32).

¹⁶ *Eilmansberger/Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 19 Rz 2; *Burgi*, NZBau 2008, 29 (32).

¹⁷ BVA 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39, RPA 2010, 84 (89) (*Stempkowski/Holzinger*).

¹⁸ BVA 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39.

- 17 In Zusammenhang mit dem Ausscheiden von Angeboten kommt dem **Diskriminierungsverbot** und dem **Gleichbehandlungsgebot** besondere Bedeutung zu. Das Diskriminierungsverbot verbietet jede Art von Präferenzierung, seien es örtliche Einschränkungen oder die Beschränkung auf bestimmte Produkte oder Berufstände (obwohl auch andere Personen die Berechtigung zur Erbringung der Leistung besitzen).¹⁹ Ungleichbehandlungen liegen typischerweise darin, dass von der Anwendung vorhandener Vergaberegeln zu Gunsten oder zu Lasten eines Bieters abgewichen wird. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist eine logische Weiterentwicklung²⁰ des Diskriminierungsverbots und erzwingt eine möglichst diskriminierungsfreie Anwendung der Regelungen, wirkt mithin als Auslegungsdirektive.²¹ Dies betrifft im Vergabeverfahren vor allem die Formulierung der Leistungsbeschreibung. Der Auftraggeber ist beispielsweise gehalten, die Angebote aller Bieter gleich zu behandeln und sich auch selbst an die eigenen Ausschreibungsbedingungen zu halten. Das Abweichen zugunsten eines Bieters oder Angebots verstößt daher gegen das Gleichbehandlungsgebot. Der VwGH führt aus, dass es wesentlich ist, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind bzw nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.²²
- 18 Sehr treffend formuliert der EuGH, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz eine **Verpflichtung zur Transparenz** voraussetzt, sonst könnte nicht geprüft werden, ob er beachtet ist.²³ Die Verpflichtung zur Transparenz bedeutet auch, dass sich der Auftraggeber während des gesamten Verfahrens an die Auslegung der Zuschlagskriterien, wie durch einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt, halten muss.²⁴ (Siehe hierzu ausführlich Kapitel II.C.) Auch das BVA greift diese Rechtsprechung auf und konkretisiert, dass dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren insbesondere bei der Wahl des Angebots für den Zuschlag elementare Bedeutung zukommt, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss.²⁵
- 19 Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtssache *Storebaelt* verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, dass alle Angebote den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen (der EuGH verwendet den in Deutschland gebräuchlichen Terminus Verdingungsunterlagen)

¹⁹ BVA 22.5.2006, N/0022-BVA/15/2006-25; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 16, 19, 81.

²⁰ 1171 BlgNR 22. GP 38.

²¹ *Burgi*, NZBau 2008, 29 (34).

²² VwGH 26.4.2007, 2005/04/0189, 2005/04/0190. Diesem Urteil folgend: VwGH 28.3.2008, 2006/04/0030; VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232, 2007/04/0233.

²³ EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC* Rz 41; dem folgend BVA 15.2.2002, N-134/01-37; BVA 7.3.2005, 07N-3/05-20; siehe auch *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 18f, 82.

²⁴ EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC* Rz 43.

²⁵ BVA 15.2.2002, N-134/01-37.

entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist.²⁶ Unter Berufung auf dieses Urteil entscheidet das BVA in folgendem Fall auf Verletzung des Grundsatzes auf Gleichbehandlung:²⁷ Ein Bieter hatte in einem Verfahren, in dem in der Ausschreibung keine bestimmte Baumethode festgelegt wurde, ein Angebot gelegt, welches einen Nachlass für den Fall der Durchführung einer bestimmten Baumethode vorsah. Alle anderen Bieter mussten aber davon ausgehen, dass eben zu diesem Zeitpunkt noch keine bestimmte Baumethode festgelegt war. Die (zu Recht) ausgeschiedene Bieterin wollte sich dadurch einen Vorteil bei der Kalkulation ihres Angebots verschaffen, dass sie vorweg eine Methode festlegt, um dadurch besser kalkulieren zu können. Würde man nun diese „Bedingung“ akzeptieren, so würde dies bedeuten, dass sie – und nur sie – unter anderen Bedingungen als die anderen Bieter ihr Angebot kalkulieren dürfte, was ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter wäre und einen objektiven Vergleich der Angebot unmöglich machen würde.

- 20 Zum Gleichbehandlungsgrundsatz gehört laut EuGH auch die Pflicht des Auftraggebers die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich zu behandeln.²⁸ Auch nach der Rechtsprechung des OGH ist die vergebende Stelle bei Ausschreibungen der Rechtsträger in Vollziehung privatwirtschaftlicher Agenden zur Gleichbehandlung der Bewerber verpflichtet.²⁹
- 21 Maßgeblicher Ansatz für die Beurteilung, ob eine Diskriminierung vorliegt, ist die Frage nach der **Sachlichkeit** der in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen. Der VwGH geht (ebenso wie der EuGH³⁰) grundsätzlich davon aus, dass es Sache des Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen.³¹ Erst wenn es keine sachlichen Gründe für eine bestimmte Anforderung gibt, liegt eine Diskriminierung vor. Laut VwGH liegt keine diskriminierende Leistungsbeschreibung vor, wenn ein Bieter auf Grund seiner betrieblichen Umstände nicht in der Lage ist, die technischen Anforderungen zu erfüllen.³²

²⁶ EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt* Rz 37.

²⁷ BVA 30.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-18.

²⁸ EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, *Wallonische Busse* Rz 54, wonach die Grundsätze „in jedem Abschnitt“ des Verfahrens eingehalten werden müssen.

²⁹ OGH 17.12.2001, 1 Ob 284/01y.

³⁰ EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN Wienstrom* Rz 37.

³¹ Zuletzt VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232, 2007/04/0233 unter Verweis auf VwGH 26.4.2007, 2005/04/0189, 2005/04/0190; VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149; EuGH 28.3.1995, Rs 324/93, *Evans Medical* Rz 42 unter Verweis auf EuGH 20.9.1988, Rs 31/87, *Beentjes*.

³² VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149. Im vorliegenden Fall stützte sich die belangte Behörde zu Recht auf das Gutachten eines Amtssachverständigen, der die Forderung nach einer „stabil verschweißten Vorderrahmenkonstruktion“ als nicht unüblich einstufte.

- 22 Auch der EuGH hebt immer wieder die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze hervor. Er geht davon aus, dass eine Diskriminierung eines Unternehmers dann anzunehmen ist, wenn es für die vom Auftraggeber aufgestellte Unterscheidung bzw Ungleichbehandlung bzw Benachteiligung keine sachliche bzw objektive Rechtfertigung gibt.³³ Der EuGH betont, dass *„die Richtlinie [71/305 des Rates] den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dass aber die Pflicht zur Beachtung dieses Grundsatzes gleichwohl dem Wesen dieser Richtlinie selbst entspricht.“*³⁴
- 23 Im Vergaberecht kommt auch dem **Wettbewerbsgrundsatz** größte Bedeutung zu, denn der wesentliche Zweck des Vergaberechts und der Durchführung von Vergabeverfahren besteht darin, einen geregelten Wettbewerb zwischen Bietern um den betreffenden Auftrag herzustellen.³⁵ Das Vergabeverfahren hat eine wichtige Doppelfunktion: Einerseits soll die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand so wirtschaftlich, zweckmäßig und sparsam wie möglich durchgeführt werden, um Steuergelder möglichst effizient einzusetzen. Andererseits soll das Machtgefälle zwischen der öffentlichen Hand und den Bietern möglichst ausgeglichen werden. In einem formalisierten, transparenten, allen die gleichen Chancen einräumenden Verfahren sollen die Bieter in ein Modell *„organisierter Konkurrenz“* gezwungen werden, um die Funktionsschwäche staatlicher Beschaffungstätigkeit zu kompensieren.³⁶ Trotz Nachfragemonopol auf Auftraggeberseite und der teilweise unvollständigen Konkurrenz auf Bieterseite soll das Vergabeverfahren nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ablaufen.³⁷
- 24 Ziel jedes Vergabegesetzes muss daher die Sicherstellung eines freien und lauterer Wettbewerbs sein, damit sich das beste Angebot in einem organisierten Parallelwettbewerb allein aufgrund der Konkurrenzsituation bildet.³⁸ Somit soll es bei Wahrung der Chancengleichheit der Bieter zu einer wirtschaftlichen Beschaffung im Sinne einer mindestens mittelfristigen Ausgewogenheit von Kosten und Nutzen führen.³⁹ Aicher spricht hier noch zusätzlich vom eng mit dem Wettbewerbsprinzip verknüpften **Wirtschaftlichkeitsprinzip**, an dem sich staatliche Gebarung als Verfügung über Budgetmittel schon von Verfassungs wegen zu orientieren hat und welches für die damit befassten Organe auch als Verhaltensmaxime zu gelten hat.⁴⁰ Regelungsziel des

³³ EuGH 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03, *Fabricom* Rz 27 mit weiteren Nachweisen. Vgl hierzu auch EuGH 17.9.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland* Rz 69, 83 und SA GA *Mischo* 13.12.2001, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland* Rz 113, 123.

³⁴ EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt* Rz 33.

³⁵ *Eilmansberger/Fruhmam* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 19 Rz 27.

³⁶ *Aicher* in *Korinek/Rill* (Hrsg), *Zur Reform des Vergaberechts* 111.

³⁷ *Oberndorfer/Schwarz*, *Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen*, ZVB 2001, 148.

³⁸ *Aicher* in *Korinek/Rill* (Hrsg), *Zur Reform des Vergaberechts* 112; *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, ZVB 2004, 196.

³⁹ *Oberndorfer/Schwarz*, *Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen*, ZVB 2001, 148.

⁴⁰ *Aicher* in *Korinek/Rill* (Hrsg), *Zur Reform des Vergaberechts* 206ff.

öffentlichen Auftragswesens ist es, durch Optimierung am Wettbewerbsprinzip Leistung nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten einzukaufen.⁴¹ Da die Wirtschaftlichkeitskontrolle nicht durch den Markterfolg gegeben ist, sind öffentliche Auftragsvergaben grundsätzlich gefährdet, von Motiven geleitet zu sein, die nicht ausschließlich auf eine effiziente Beschaffung gerichtet sind. Dies können wirtschaftspolitische Motive wie die Förderung der „heimischen“ Wirtschaft sein, ebenso wie sozial- oder strukturpolitische Zielsetzungen oder sonstige sachfremde Beweggründe.⁴² Auch Generalanwalt *Jacobs* sieht den Sinn einer gesetzlichen Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Garantie, dass öffentliche Mittel redlich und effizient, auf der Grundlage einer ernsthaften Beurteilung und ohne Bevorzugung irgendeiner Art oder eine finanzielle oder politische Gegenleistung ausgegeben werden.⁴³

- 25 In einem jüngst ergangenen Erkenntnis weist das BVA darauf hin, dass der Auftraggeber über die vergaberechtlichen Bestimmungen nicht verpflichtet sein soll, unwirtschaftliche Maßnahmen zu setzen.⁴⁴ Ziel des Vergabeverfahrens sei immer die Beschaffung wirtschaftlicher Leistungen und nicht die Befriedigung des vorhandenen Marktes.
- 26 *Eilmansberger/Fruhmam* gehen noch weiter, wenn sie sagen, dass es auf der Grundlage des Wettbewerbsgrundsatzes sogar möglich sein sollte, Regelungslücken zu schließen, etwa durch eine analoge Anwendung des Ausscheidenstatbestandes auf von den Bestimmungen des BVergG 2006 nicht ausdrücklich ins Auge gefasste aber dennoch eindeutig wettbewerbsbeschränkende oder -verfälschende Maßnahmen.⁴⁵
- 27 Es gibt Stimmen, die im Wettbewerbsgrundsatz gar keinen eigenständigen, sondern einen sich aus Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz ergebenden Grundsatz sehen wollen. Für diese Ansicht spricht, dass in Art 2 der VergabeRL 2004 (RL 2004/18/EG) nur diese beiden Grundsätze erwähnt werden, während von Wettbewerb lediglich in den Erwägungsgründen die Rede ist. *Burgi* konstatiert, dass der deutsche (aber auch der österreichische) Gesetzgeber zu Recht dieses Ziel in den Grundsatzrang erhoben hat, auch wenn er die europarechtlichen Vorgaben damit eher über- als untererfüllt hat.⁴⁶
- 28 Diese in der herrschenden Lehre gängigen Ansichten werden auch in der Rechtsprechung bestätigt. So bekräftigt beispielsweise der VfGH die Wichtigkeit des Wettbewerbsprinzips: „*Kern des Vergabeverfahrens ist die Organisation, die Wahrung und die Sicherung einer*

⁴¹ *Oberndorfer/Schwarz*, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001, 148.

⁴² *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 4; *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, ZVB 2004, 196.

⁴³ SA GA *Jacobs* 10.5.2001, Rs C-19/00, *SIAC* Rz 33.

⁴⁴ BVA 22.12.2009, F-22/98-62.

⁴⁵ *Eilmansberger/Fruhmam* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 19 Rz 30.

⁴⁶ *Burgi*, NZBau 2008, 29 (33) mit weiteren Nachweisen.

*Parallelwettbewerbs von Bieter um einen in einer Leistungsbeschreibung artikulierten Beschaffungswunsch und die Beurteilung des Wettbewerbsergebnisses nach soweit wie möglich objektiven, nachvollziehbaren Kriterien [...]. Dabei kommt dem Wettbewerbsprinzip eine zentrale Stellung unter den Grundsätzen des Vergaberechts zu.*⁴⁷

- 29 Der VfGH zitiert hier aus einem Beitrag von *Korinek*,⁴⁸ der an einer anderen Stelle noch ergänzend konstatiert, dass es auf der Hand liegt, dass diese Verpflichtung zum Ausscheiden bestimmter Angebote dem Ziel dient, einen sauberen Wettbewerb zu sichern und Bieter von einer Vergabe auszuschließen, die sich aus unterschiedlichen Gründen in eine günstigere (und damit wettbewerbsverfälschende) Ausgangsposition gebracht haben.⁴⁹
- 30 Der VfGH weist weiters darauf hin, dass dieses das Vergaberecht beherrschende Wettbewerbsprinzip in verschiedenen Regelungen zum Ausdruck kommt, besonders in den Bestimmungen bezüglich des Ausscheidens von Angeboten (unter Verweis auf die damals geltende Regelung § 52 BVergG 1997). Wenn nun vorgesehen ist, dass mit Mängeln behaftete Angebote ebenso wie Bieter, die wettbewerbswidrig agieren, auszuschneiden sind, dient dies in erster Linie der Gewährleistung eines lauterer Wettbewerbs.⁵⁰
- 31 Es seien noch kurz die einzelnen Elemente des Wettbewerbsprinzips erwähnt: Der **freie Wettbewerb** betrifft das Verhältnis der Unternehmer untereinander und ist ein nicht behinderter Wettbewerb, der keinen (unsachlichen) Zugangs- und Ausführungsbeschränkungen unterliegt.⁵¹
- 32 Der **faire Wettbewerb** betrifft das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter.⁵² Der Auftraggeber muss seine Ausschreibung gegenüber allen Bietern neutral formulieren und frei von positiven oder negativen Diskriminierungen halten. Es steht ihm zwar grundsätzlich frei, welche Eigenschaften und Qualitäten er von den Bietern fordert, es ist aber durchaus möglich, dass auch an sich sachliche Anforderungen auf einen Bieter zugeschnitten sind, was ebenfalls eine Verletzung des fairen Wettbewerbs darstellt. Eine objektiv sachliche Qualitätsanforderung kann beispielsweise dann rechtswidrig sein, wenn sich ein Auftraggeber genau jene Qualitäten oder Referenzen wünscht, die der präferierte Bieter gerade erfüllt, auf andere, nahe liegende Qualitätsanforderungen aber verzichtet, um seinem präferierten Bieter einen Vorteil zu verschaffen.⁵³

⁴⁷ VfGH 20.6.2001, B 1560/00.

⁴⁸ *Korinek*, *ecolex* 1999, 523 (523).

⁴⁹ *Korinek*, *ecolex* 1999, 523 (526).

⁵⁰ VfGH 20.6.2001, B 1560/00.

⁵¹ *Elsner*, BVergG 2006 Rz 62; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 79; 1171 BlgNR 22. GP 38.

⁵² *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 80; 1171 BlgNR 22. GP 38.

⁵³ *Elsner*, BVergG 2006 Rz 63; 1171 BlgNR 22. GP 38.

- 33 Der **lautere Wettbewerb** betrifft wiederum das Verhältnis zwischen den Bewerbern bzw. Bieter. Er fehlt, wenn ein Bieter durch Bestechung, Preisabsprachen oder Ausnützen einer marktbeherrschenden Stellung einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen sucht.⁵⁴ Es ist weiters nicht zulässig, dass ein Bieter mehrere Hauptangebote legt, weil sonst Manipulationsmöglichkeiten geschaffen würden.⁵⁵ Bloße Konzernverbundenheit zweier eingeständiger Unternehmen stellt per se noch keinen Ausschlussgrund dar.
- 34 Laut OGH ist das Vergabeverfahren nur dann als fair zu beurteilen, wenn die Bietinteressenten darauf vertrauen dürfen, dass die Ausschreibung nicht bloß ernst gemeint ist, sondern dass die eingelangten Angebote auch sorgfältig und unvoreingenommen geprüft und die Bieter fair, vor allem als untereinander gleich behandelt werden.⁵⁶
- 35 Der Gewährleistung des effektiven Wettbewerbs dient auch der Grundsatz der **Vergabe zu angemessenen Preisen**, der besonders bei der Entscheidung, ob ein Angebot ausgeschieden wird oder nicht, zum Tragen kommt. Grob gesagt geht man davon aus, dass von der Angemessenheit eines Preises auszugehen ist, solange das Verhältnis zwischen Preis und Leistung nicht ungewöhnlich ist.⁵⁷ Siehe zu diesem komplexen Problem ausführlich Kapitel IV.A.8.
- 36 Wie bereits eingangs erwähnt, müssen all diese Grundsätzen im Vergabeverfahren berücksichtigt werden, ihr hoher Stellenwert manifestiert sich besonders in den Bestimmungen über das Ausscheiden von Angeboten.

⁵⁴ *Elsner*, BVergG 2006 Rz 64; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 80.

⁵⁵ Siehe dazu beispielsweise BVA 14.5.2007, N/0034-BVA/10/2007-046, ZVB 2007, 259 (*Hackl*) = RdW 2007/370, 347 (*Öhler*). Das BVA sprach sich gegen die Legung mehrerer Hauptangebote aus. Dies ist wegen der Möglichkeit, bei entsprechendem Ergebnis der Angebotsöffnung das billigere Angebot zurückzuziehen oder es als den Anforderungen der Ausschreibung nicht genügend darzustellen (zB als Unterangebot), unzulässig. Der Bieter könnte sich dadurch einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Mitbietern verschaffen. *Hackl* begrüßt in seiner Entscheidungsanmerkung diese Linie, da andernfalls die Nichtzulassung von Alternativ- und Abänderungsangeboten fast beliebig unterlaufen werden könnte.

⁵⁶ OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m.

⁵⁷ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 85.

III. Allgemeine Vorbemerkungen

A. Bindung an die Ausschreibung

1. Allgemeines

- 37 Im Vergabeverfahren kommt den vom Auftraggeber erstellten Ausschreibungsunterlagen, an die sich der potentielle Bieter bei der Erstellung seines Angebotes zu halten hat, entscheidende Bedeutung zu.⁵⁸ *Eisner* formuliert treffend, dass der Auftraggeber mit der Ausschreibung über ein Instrument verfügt, mit welchem er die Spielregeln des folgenden Vergabeverfahrens – zumindest zunächst – einseitig festlegen kann.⁵⁹ In der Leistungsbeschreibung – dem Kern der Ausschreibung – legt der Auftraggeber einen technischen Standard fest, von dem er grundsätzlich nicht mehr abweichen darf. Alle Bieter müssen darauf vertrauen, dass sich der Auftraggeber an die Festlegungen der Ausschreibung hält und insbesondere die Leistungsbeschreibung vollinhaltlich aufrechterhält,⁶⁰ da andernfalls der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt würde.⁶¹ Zu beachten ist dabei, dass die Formulierung der Ausschreibungsbedingungen in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich den Maßstab zur Lösung strittiger Vergabefragen darstellt.⁶²
- 38 Die Festlegung der Zuschlagskriterien liegt grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers. Zuschlagskriterien müssen zwei grundsätzlichen Anforderungen entsprechen: Einerseits müssen sie sich auf den zu vergebenden Auftrag beziehen und geeignet sein, das für den Auftraggeber wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, andererseits müssen sie geeignet sein, das dem Auftraggeber zustehende Beurteilungsermessen nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben und dürfen kein willkürliches Auswahllement enthalten.⁶³ Wie bereits im vorhergehenden Kapitel erläutert, müssen die Zuschlagskriterien den Grundsätzen des Vergabeverfahrens, insbesondere dem Diskriminierungsverbot entsprechen.
- 39 Der Auftraggeber ist aber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien grundsätzlich frei, sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien

⁵⁸ BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026; BVA 7.9.2004, 11N-65/04-12; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 113.

⁵⁹ *Eisner*, Die Bestandskraft im Vergabeverfahren 8.

⁶⁰ Grundlegend BVA 20.6.1996, F-1/96-17. Siehe auch *Heid/Hauck/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht 136; *Estermann in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht² 264; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 108.

⁶¹ BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29; BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20; VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181.

⁶² *Estermann in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht² 264 mit weiteren Nachweisen; *Heid/Hauck/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht 135.

⁶³ 1118 BlgNR 21. GP 25; VwGH 1.3.2005, 2002/04/0036; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 108.

ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes dient. Die Zuschlagskriterien müssen in der Bekanntmachung bzw in den Ausschreibungsunterlagen genannt werden. Die Kriterien müssen geeignet sein, das gemäß den Festlegungen in der Bekanntmachung bzw in den Ausschreibungsunterlagen vorteilhafteste Angebot festzustellen. Die Zuschlagskriterien sind bei der Angebotsbewertung objektiv und einheitlich auf alle Angebote anzuwenden.⁶⁴

- 40 Seine Ermessensentscheidung welche Kriterien er für die Leistungserstellung aufstellt, hat der Auftraggeber gemäß § 80 Abs 3 im Vorhinein zu treffen.⁶⁵ Er darf beispielsweise nicht die Anzahl der Mitglieder einer Bewertungskommission erhöhen, selbst wenn dies zum angeblichen Wohl der Bieter geschieht und er sich davon eine noch unabhängigere und gerechtere Entscheidung erwartet. Zum einen muss sich der Auftraggeber an die bestandfeste Ausschreibung handeln, zum anderen könnte nicht ausgeschlossen werden, dass diese von der Ausschreibung abweichende Zusammensetzung der Bewertungskommission in Form einer Erweiterung zu einem anderen Punkteergebnis führen könnte.⁶⁶
- 41 Das Angebot muss grundsätzlich so abgefasst sein, dass die Leistungsbeschreibung und die sonstigen Bestimmungen in derselben Fassung mit der Auspreisung durch den Bieter ohne weitere Umgestaltung für den abschließenden Vertrag verwendet werden können.⁶⁷ Der Leistungsvertrag soll nach erfolgter Ausschreibung mit der Verständigung des Bieters vom Zuschlag ohne weiteres Hinzutun zustande kommen.⁶⁸
- 42 Die Bindung des Bieters an die Ausschreibung ergibt sich zunächst klar aus § 106 Abs 1, der regelt, dass sich der Bieter bei der Erstellung seines Angebots an die Ausschreibungsunterlagen zu halten hat und deren vorgeschriebener Text weder geändert noch ergänzt werden darf. Unter Verweis auf den Wortlaut des Gesetzes betont die Rechtsprechung, dass sich die Verpflichtungen des Bieters nicht nur aus dem Leistungsverzeichnis, sondern grundsätzlich aus allen Teilen der Ausschreibungsunterlagen ergeben.⁶⁹
- 43 Die Vergabekontrollbehörden berufen sich darauf, dass das System des § 106 klar erkennen lässt, dass es nicht Aufgabe der Bieter ist, im Wege ihrer Angebote die bestmögliche Variante zur Erreichung des Ausschreibungszwecks sicherzustellen und den Auftraggeber

⁶⁴ 1171 BlgNR 22. GP 16f.

⁶⁵ Siehe VwGH 1.3.2005, 2002/04/0036 zur Rechtslage nach BVergG 2002 (§ 67 Abs 3 BVergG 2002).

⁶⁶ BVA 2.3.2006, 04N-03/06-42.

⁶⁷ OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a; OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m.

⁶⁸ Aicher in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts 341f.

⁶⁹ BVA 26.6.2009, N/0056-BVA/13/2009-24, wo die Antragstellerin fälschlicherweise die Auffassung vertrat, dass sie nur das schuldet, was (ausdrücklich) im Leistungsverzeichnis steht. Siehe auch *Th. Gruber*, ZVB 2010, 68 (70).

„erforderlichenfalls“ zu korrigieren.⁷⁰ Dementsprechend müsse dem Auftraggeber die Entscheidung überlassen bleiben, welche Leistungen er zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist.⁷¹ Der VwGH hat in seinem Erkenntnis zum oberösterreichischen Vergabegesetz der Auffassung eine Absage erteilt, wonach ein Bieter ein die Ausschreibungsunterlagen „korrigierendes“ Angebot legen könne.⁷² In diesem Zusammenhang betonte der VwGH, dass dies, selbst wenn das Vorbringen des Bieters zutreffend sein sollte, nichts daran ändert, dass den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden sind. Das BVA⁷³ folgert daraus zutreffend, dass ein solches „korrigierendes“ Angebot selbst dann nicht zulässig ist, wenn das „korrigierende“ Angebot sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht eine win-win-Situation darstellen würde. Ein Bieter ist selbst unter dem Aspekt einer vermeintlich mangelhaften Ausschreibung nicht zur „Ausschreibungskorrektur“ im Wege seines Angebots berechtigt.⁷⁴ Würde man Abweichungen vom Ausschreibungstext prinzipiell zulassen, würde dies im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass jeder Bieter nach seinem Belieben die Möglichkeit der individuellen Ausgestaltung seines Leistungsverzeichnisses hätte. Ein solcher Mangel wird zudem immer unbehebbar sein. Das BVA stellt abschließend fest, dass in einem solchen Fall – man halte sich die in der vergaberechtlichen Praxis durchaus gängige Vergabeverfahren vor Augen, in denen es 50 und mehr Bieter gibt – von einer Vergleichbarkeit der Angebote keine Rede mehr sein könnte. Der Verstoß gegen § 106 Abs 1 hat die Ausschreibungswidrigkeit des Angebots und sein Ausscheiden nach § 129 Abs 1 Z 7 zur Folge.⁷⁵

- 44 Weiters schreibt § 107 Abs 1 vor, dass Angebote die vorgeschriebene Form aufweisen müssen. Abs 2 normiert, dass Angebote vollständig sowie frei von Zahlen- und Rechenfehlern abzugeben sind. Schließlich müssen sämtliche Korrekturen des Angebots eindeutig, klar und zweifelsfrei nachvollziehbar sein (§ 107 Abs 4). Das Gesetz beinhaltet ferner in § 108 einen Katalog an zwingend vorgeschriebenen Angebotsinhalten oder -erklärungen.
- 45 Der Grundsatz der Bindung an die Ausschreibung manifestiert sich auch in § 123 Abs 1, wonach die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der

⁷⁰ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 113f.

⁷¹ Vgl BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20; BVA 4.3.2009, N/0167-BVA/11/2008-19; *Pesendorfer* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 106 Rz 2.

⁷² VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181.

⁷³ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 sowie *G. Gruber*, ZVB 2002, 350 (352).

⁷⁴ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 sowie *G. Gruber*, ZVB 2002, 350.

⁷⁵ Ebenso BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52, wo die Bieterin handschriftliche Ergänzungen der Ausschreibung vorgenommen hat.

Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen hat. Hierzu finden sich folgende Entscheidungen:

- In einem Fall hatte sich der Auftraggeber nicht an die in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien gehalten, sondern hatte ohne jede Mitteilung an die Bieter die Zuschlagskriterien in drei Punkten wesentlich verändert. Das BVA hat diese Abgehen von der ursprünglichen Kriterien als Verstoß gegen § 91 Abs 1 BVergG 2002 (Vorgängerbestimmung des § 123 Abs 1 BVergG 2006) gewertet, was auch als Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot verstanden wird.⁷⁶ Das BVA verweist auch auf den Schlussantrag des Generalanwalts *Lenz* vom 12.9.1995, Rs C-87/94, *Wallonische Busse* Rz 60, wonach das Gleichbehandlungsgebot und die damit einhergehende Berechenbarkeit des Bewertungsvorganges es gebieten, dass sich der öffentliche Auftraggeber an die von ihm definierten Zuschlagskriterien hält. Im vorliegenden Fall konnte das BVA nicht erkennen aus welchen Gründen gerade die gewählten Subkriterien eine Auf- bzw Abwertung erfahren haben, womit die Bestbieterermittlung nicht nur nicht nachvollziehbar war, sondern geradezu willkürlich gewesen sei. Aus diesen Gründen war die vorgenommene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.
- In einem ähnlichen Fall hatte der Auftraggeber nachträglich ein Zuschlagskriterium in Subkriterien unterteilt und bei diesen ebenfalls eine Gewichtung vorgesehen.⁷⁷ Die Verwendung dieser zusätzlichen gewichteten Zuschlagskriterien führte wegen Verstoßes gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz zur Rechtswidrigkeit seiner Zuschlagsentscheidung. Würde dem Auftraggeber bei der Bewertung die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich unabhängig von den Festlegungen in der Ausschreibung (oder Bekanntmachung oder in der Aufforderung zu Angebotsabgabe) zusätzliche Zuschlagskriterien mit Gewichtungen einzuführen, sähe das BVA darin eine Abänderung der Gewichtung der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien in einer für die Bieter und das BVA nicht nachvollziehbaren Weise.⁷⁸

- 46 Die Bindung des Auftraggebers an die in der Ausschreibung festgelegten Bedingungen ergibt sich sowohl bei der Prüfung als auch bei der Bewertung der Angebote. Diese Bindung erstreckt

⁷⁶ BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26: „Kognitionsmaßstab des Bundesvergabeamtes ist im konkreten Fall daher das vom Auftraggeber gewählte offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und auch die vom Auftraggeber konkret festgelegten Zuschlagskriterien. Die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung samt der vorgenommenen Bewertung hat daher insbesondere von den – hinsichtlich ihrer Festlegung und Formulierung bestandfest gewordenen und mit drei Fehlern behafteten – Zuschlagskriterien in der Verdingungsunterlage des Auftraggebers auszugehen. Die Bewertung und Zuschlagsentscheidung hat allerdings dennoch insbesondere allen Grundsätzen des Vergabeverfahrens zu entsprechen.“

⁷⁷ BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21.

⁷⁸ BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21.

sich auch auf die in der Ausschreibung für die Bewertung festgelegten einzelnen Zuschlagskriterien samt deren festgelegten Gewichtung.⁷⁹ Die Bindung des Auftraggebers an die in der Ausschreibung festgelegten Kriterien bei der Bewertung der für eine Zuschlagserteilung in Frage kommenden Angebote ist für die Gleichbehandlung der Bieter im Sinne des § 21 BVergG 2002 entscheidend. Alle Bieter müssen sowohl zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote als auch zum Zeitpunkt der Bewertung der Angebote vom selben Verständnis der Ausschreibungsunterlagen ausgehen können.⁸⁰ Vergleiche dazu VwGH 2000/04/0050 und die dort zitierte Rechtsprechung des EuGH *Wallonische Busse* Rz 89, wonach die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt. In einem anderen Urteil⁸¹ hat der EuGH weiters ausgeführt, dass sich der öffentliche Auftraggeber während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten muss und diese Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen. Als Beispiel hierfür dient die Entscheidung des BVA vom 20.7.2005, 04N-1/05-28. In diesem Fall hatte ein Auftraggeber in seiner Ausschreibung im Punkt „Zuschlagskriterien und Gewichtung“ bestimmte Vergabekriterien und deren prozentuelle Gewichtung genannt. Er hat nun zwar die in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien der Bewertung der Angebote zugrunde gelegt, er hat aber nicht deren prozentuelle Gewichtung berücksichtigt, sondern alle Angebote der zur Bewertung herangezogenen Bieter in gleicher Weise jeweils einheitlich mit Rang „1“ bewertet. Das BVA stellte fest, dass dadurch die in der Ausschreibung festgelegte unterschiedliche prozentuelle Gewichtung der Zuschlagskriterien und die damit festgelegte Verhältnismäßigkeit der Zuschlagskriterien bei der Bewertung der Angebote ins Leere gehen. Der Auftraggeber hat somit unzulässiger Weise Teile der Zuschlagskriterien nachträglich eliminiert, weshalb die Zuschlagsentscheidung als rechtswidrig anzusehen ist.

- 47 Der VwGH hat darüber hinaus ausgesprochen, dass ein Bieter, der selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, kein Schaden dadurch entsteht, dass diese Bieter am weitem Vergabeverfahren nicht teilnehmen kann.⁸² Anders gesagt ist der selbst nicht ausschreibungs- bzw vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schützenswert und es kommt ihm aus diesem Grund keine Antragslegitimation zu.⁸³ Eine Ausnahme bestehe nur, wenn der Bieter aus einem Grund für den

⁷⁹ BVA 19.5.2003, 14N-38/03-16; BVA 26.11.2004, 04N-96/04-43; BVA 20.7.2005, 04N-1/05-28; BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30.

⁸⁰ BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28 unter Verweis auf EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt* Rz 89ff, ebenso BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27.

⁸¹ EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN Wienstrom* Rz 92f.

⁸² Zuletzt VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232, 2007/04/0233 unter Berufung auf VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 mit weitem Nachweisen.

⁸³ Siehe ausführlich Kapitel II.D. Fragen der Antragslegitimation.

Zuschlag nicht in Betracht kommt, der in einer fehlerhaften (aber noch nicht bestandsfesten) Ausschreibung liegt, weil diese etwa diskriminierende oder von keinem Bieter erfüllbare Bedingungen enthält.⁸⁴ Diese Ansicht deckt sich auch mit jener der europäischen Rechtsprechung.⁸⁵

- 48 Antragslegitimation wird ebenfalls zugestanden, wenn Gründe für einen ex-lege-Widerruf des Vergabeverfahrens vorliegen.⁸⁶ Rechtsgrundlage für den ex-lege-Widerruf sind §§ 138, 139.
- 49 Die Bindung an die vom Auftraggeber aufgestellten Bedingungen ergibt sich aus dem in den Vergabegrundsätzen normierten Gleichbehandlungsgrundsatz, wonach alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen einhält.⁸⁷
- 50 Mit diesem Grundprinzip, dass Angebote an Hand der Ausschreibung auf deren Ausschreibungskonformität zu prüfen sind, wird sichergestellt, dass für alle Angebote der gleiche Beurteilungsmaßstab heranzuziehen ist, wenn zusätzlich eine Auslegung der Ausschreibung nach dem objektiven Erklärungswert derselben stattfindet.⁸⁸
- 51 Gemäß der ständigen Spruchpraxis des BVA und der Judikatur des EuGH, vor allem im Hinblick auf die Verpflichtung zur Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter, ist ein Abgehen von den in der Ausschreibung festgelegten Anforderungen unzulässig und rechtswidrig.⁸⁹
- 52 Ziel dieses Gebots der Bindung an die Ausschreibung ist, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen sollen.⁹⁰ Ebenso entspricht es jedenfalls dem freien und lauten Wettbewerb, dass Bewerber und Bieter sich auf die vom Auftraggeber verfassten Unterlagen verlassen können, und auf die Vollständigkeit der gemachten Angaben vertrauen dürfen.⁹¹
- 53 Laut einem aktuellen Erkenntnis des BVA trifft den Auftraggeber hinsichtlich der Beurteilung, ob ein von ihm in den Ausschreibungsunterlagen festgelegter Ausschlussgrund verwirklicht ist,

⁸⁴ VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; *Reisner*, RPA 2007, 176 (178); VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103.

⁸⁵ EuGH SA GA *Mischo* 25.2.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*. Der in dieser Sache ausgelegte Art 1 Abs 3 der Richtlinie 89/665/EWG ist auch für das BVergG 2006 maßgebend (vgl § 351 Z 1 BVergG 2006).

⁸⁶ BVA 11.2.2006, 15N-128/05-34, 15N-129/05-26.

⁸⁷ BVA 6.12.2007-74, N/0079-BVA/15/2007-74; BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20.

⁸⁸ BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88.

⁸⁹ BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20 mit weiteren Nachweisen. Ebenso BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26. BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21; EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt* Rz 37; EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94 *Wallonische Busse* Rz 54.

⁹⁰ BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26 unter Verweis auf EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau* Rz 93 mit weiteren Nachweisen.

⁹¹ BVA 5.6.2002, 09N-37/03-6.

eine Nachforschungspflicht.⁹² Laut Ausschreibung waren Unternehmer, die in der Vergangenheit an dem Projekt in verantwortlichen Funktionen tätig waren, aufgrund ihres spezifischen Wissensvorsprungs von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen. Ein beim Auftraggeber beschäftigter Mitarbeiter hatte Beteiligungen an einem Unternehmer der Bietergemeinschaft, welche präsumtive Zuschlagsempfängerin war. Dadurch hatte er offensichtlich einen von der Ausschreibung verpönten unzulässigen spezifischen Wissensvorsprung. Der Auftraggeber wurde auf diese Tatsache von mehreren Personen aufmerksam gemacht, stufte dies aber als völlig unbedenklich ein und stellte keine weiteren Nachforschungen an. Dies wäre laut BVA allerdings angezeigt und zumutbar gewesen. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Auftraggeber bei Vorliegen von Anhaltspunkten, dass ein Ausscheidenstatbestand verwirklicht ist – nicht zuletzt im Hinblick auf die gebotene tendenziell weite Auslegung eines solchen Ausschlusstatbestandes – eine in angemessener Zeit mögliche, sorgfältige Prüfung durchzuführen.⁹³

2. Weitere Judikaturbeispiele zur Bindung an die Ausschreibung

- 54 In einem älteren Erkenntnis spricht das BVA aus, dass eine Uminterpretation der Ausschreibungsunterlagen dem Auftraggeber nicht zusteht, selbst dann, wenn diese Vorgaben unzweckmäßig oder sogar rechtswidrig wären.⁹⁴ Gerade deshalb muss auch von einer Bindung des Auftraggebers an die von ihm selbst festgelegten Ausschreibungsregeln ausgegangen werden, wenn diese, so wie im vorliegenden Fall, nicht rechtswidrig oder unzweckmäßig waren. Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber in einem Vergabeverfahren zur Beschaffung von Projektoren entgegen seinen eigenen Ausschreibungsunterlagen die Angabe der „tatsächlichen“ anstelle der „garantierten“ Lampenlebensdauer verlangt. Das BVA entschied, dass die Erfüllung dieser Anforderung nicht nur unmöglich sei, sondern auch der Bindung des Auftraggebers an seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen widerspricht. Der Auftraggeber hatte den antragstellenden Bieter somit zu Unrecht ausgeschieden, da kein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vorlag.
- 55 Ein weiteres Beispiel für die beschriebene Problematik ist die Entscheidung des BVA vom 31.1.2006, 04N-119/05-30, in der der Auftraggeber ein in der Ausschreibung genanntes Subkriterium bei der Bewertung der Angebote nicht erwähnt hat. Der Auftraggeber brachte im Verfahren vor, dass dieses Subkriterium einem anderen Zuschlagskriterium entspricht und er es zur Vermeidung einer Doppelbewertung nicht bewertet hat. Das BVA hält nun fest, dass wenn von der Bewertung des gegenständlichen Subkriteriums abgesehen worden wäre, eine solche

⁹² BVA 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39, RPA 2010, 84 (89) (Stempkowski/Holzinger).

⁹³ Stempkowski/Holzinger, RPA 2010, 84 (89).

⁹⁴ BVA 14.11.2003, 09N-100/03-19.

Vorgangsweise auf eine nach der Angebotsöffnung erfolgte nachträgliche Änderung der Subkriterien eines Zuschlagskriteriums hinauslaufen würde, was eben wegen des Gebots der Bindung an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien während des gesamten Verfahrens unzulässig ist. Darüber hinaus hätte die Außerachtlassung eines Zuschlagskriteriums zur Folge, dass die Bewertung der Angebote nach den verbleibenden Zuschlagskriterien notwendiger Weise eine andere als die in der Ausschreibung festgelegte Gewichtung gewinnen würden, weil die Zuschlagskriterien jeweils in ihrer Gesamtheit der Angebotsbewertung die Grundlage geben.⁹⁵

- 56 Das BVA hat in einer Entscheidung eines verstärkten Senats entschieden, dass Anforderungen an das Personal in Form von Muss-Kriterien („*Alle eingesetzten Trainer müssen [...]*“) dazu führen, dass bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen das entsprechende Angebot auszuschneiden ist, und nicht bloß eine geringere Punktebewertung erfolgt.⁹⁶
- 57 In einem Fall⁹⁷ hatte ein Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen, dass die Angebote an vier Stellen zu unterfertigen sind (Deckblatt, Preisblatt, Anlage 4, Leistungsvertrag). Ein Bieter hatte das Preisblatt nicht unterfertigt, wurde jedoch vom Auftraggeber nicht ausgeschieden. Die Nichtunterzeichnung ist allerdings laut den Ausschreibungsunterlagen als Mangel zu qualifizieren. Der Auftraggeber hatte das Angebot mit diesem Mangel akzeptiert und auch nicht zur Verbesserung aufgefordert. Die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung bestehe laut BVA bereits darin, dass der Auftraggeber besondere Formbedingungen für die Angebote aufgestellt hat, jedoch nachträglich zu Gunsten des präsumtiven Zuschlagsempfängers von seinen eigenen Bedingungen abgerückt ist. Diese Vorgangsweise verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, denn auch die anderen Bieter müssen darauf vertrauen können, dass der Auftraggeber seine eigenen Ausschreibungsbedingungen auch einhält.⁹⁸
- 58 In einem anderen Fall⁹⁹ hatte der Auftraggeber für eine Saugpumpe eine Saugleistung von mindestens 140m³/h gefordert und das Angebot einer Saugpumpe mit einer Saugleistung von 118m³/h akzeptiert. Da der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hatte, dass die Nichterfüllung der Mindestkriterien zu einer Nichtberücksichtigung des Angebots führt, hätte er auch das Angebot des Bieters wegen Widerspruchs zu den bei den technischen Spezifikationen gestellten Anforderungen ausscheiden müssen.

⁹⁵ Siehe VwGH 1.3.2005, 2002/04/0125.

⁹⁶ BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20.

⁹⁷ BVA 7.6.2004, 07N-39/04-29.

⁹⁸ Siehe zB BVA 7.6.2004, 07N-39/04-29; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 (*Mecenovic*).

⁹⁹ BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20.

- 59 In dem bereits kurz erwähnten Urteil des VwGH vom 12.9.2007, 2005/04/0236, 2005/04/0237, 2005/04/0238, hatte dieser einen Fall zu beurteilen, in dem die belangte Behörde zu Unrecht angenommen hat, dass das Angebot der Beschwerdeführerin den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen hat. Die bestandsfeste Ausschreibung beinhaltete den an sich unzulässigen Vorbehalt einer allfälligen Teilleistungsvergabe. Ein Bieter legte ein Angebot, in der der Gesamtpreis gegenüber der Summe der einzelnen Preise um 8% reduziert war. Die belangte Behörde hatte entschieden, dass das Angebot den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht. Der VwGH hob diesen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts auf. Dies mit der Begründung, dass dieser Gesamtpreis nur eine Folge des an sich unzulässigen – aber dennoch bestandsfesten – Vorbehaltes in der Ausschreibung war, weshalb das Angebot im Ergebnis zulässig war.¹⁰⁰
- 60 Dieses strenge Festhalten an dem Wortlaut der Ausschreibung wird von der Praxis manchmal als sehr formalistisch empfunden. Immer wieder kommt es zu der Konstellation, dass sowohl für den Bieter als auch für den Auftraggeber und eine Nachprüfungsbehörde (vermeintliche?) völlige Klarheit über den Inhalt des Angebots herrscht, dennoch wird der Auftraggeber gezwungen das Angebot auszuschneiden, weil eine kleine Formalität nicht erfüllt wurde. Dennoch muss die ständige Rechtsprechung meines Erachtens eher strenger sein, da nicht abzusehen ist, welche Manipulationsmöglichkeiten sich eröffnen würden, wenn Ausnahmen von der Bindung an die Ausschreibung zugelassen würden. Wie in Kapitel II.C. im Hinblick auf die Auslegung von Ausschreibung und Angebot beschrieben, wird es schwierig bis unmöglich sein, effektive Abgrenzungskriterien aufzustellen, wann etwas inhaltlich eindeutig oder eben nicht eindeutig ist.
- 61 Es finden sich allerdings vereinzelte Entscheidungen, in denen die Vergabekontrollbehörden von dieser ständigen Rechtsprechung abweichen. In einer etwas älteren Entscheidung aus dem Jahr 2008 hielt das BVA¹⁰¹ zunächst fest, dass in den Teilnahmebedingungen Nachweise hinsichtlich der Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter und Mitarbeiterlisten an sich nicht gefordert waren. Dennoch lässt es das BVA zu, dass der Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung Angaben darüber verlangen kann, welche Mitarbeiter der Antragsteller konkret für welche Leistungsteile einzusetzen beabsichtigt bzw über welche Ausbildung und Berufserfahrung diese verfügen. Genau das war aber von den Teilnahmebedingungen nicht gedeckt. Begründend führte das BVA an, dass sich ein Auftraggeber Gewissheit darüber verschaffen (dürfen) muss, ob ein Bieter über die zur Auftragsdurchführung erforderlichen Ressourcen verfügt. Die Praxis dürfte diese sehr unformalistische Ansicht des erkennenden Senats, die über den bloßen Wortlaut der Teilnahmebedingungen hinausgeht, begrüßen. Diese materiell begründete Ansicht dürfte sich

¹⁰⁰ VwGH 12.9.2007, 2005/04/0236, 2005/04/0237, 2005/04/0238.

¹⁰¹ BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78; N/0100-BVA/09/2008-18.

allerdings nicht durchgesetzt haben, denn etwas später erging ein im krassen Gegensatz zu diesem Urteil stehendes Erkenntnis des VKS Wien.¹⁰² Der Auftraggeber hatte die im Vordruck der Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Eignungsnachweise durchgestrichen und damit zu verstehen gegeben, dass eine bloße Erklärung der Bieter über die Leistungsfähigkeit ausreichend sei. Später im Verfahren forderte er dennoch weitere Unterlagen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Der VKS Wien verweist zunächst auf die Literatur, wonach der Auftraggeber, wenn er zunächst nur die ihm am Vordringlichsten erscheinenden Nachweise verlangt, gehalten ist, gleichzeitig festzulegen, welche weiteren Nachweise erst auf gesonderte Aufforderung nachzureichen sind. Der Auftraggeber dürfe aber nur solche Kriterien seinen Entscheidungen zugrunde legen und diesbezüglich Aufklärung verlangen, die in der Ausschreibung ausdrücklich angeführt sind. Der VKS geht hier daher im krassen Gegensatz zur geschilderten Entscheidung des BVA (aber im Sinne der ständigen Rechtsprechung) von einer strengen Bindung an die Ausschreibung aus.

B. Bestandskraft/Präklusion der Ausschreibung

1. Allgemeines

62 Anträge auf Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen sind an Präklusivfristen gebunden. Diese gesondert anfechtbaren Entscheidungen müssen binnen einer bestimmten Frist angefochten werden, ansonsten werden sie bestandsfest und bindend. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass möglichst frühzeitig über eine allfällige Rechtswidrigkeit von Auftraggeberentscheidungen abgesprochen wird und nicht die Rechtmäßigkeit vorangegangener Verfahrensstadien erst zu einem späteren Zeitpunkt, in dem das Verfahren bereits sehr weit fortgeschritten ist, in Frage gestellt werden kann.¹⁰³ Das Ziel des normierten Präklusionssystems ist somit eine Straffung, Beschleunigung und Konzentration des Vergabeverfahrens.¹⁰⁴

63 Seit der Einführung von Präklusivfristen im BVergG 2002 ist es communis opinio, dass dann, wenn ein Auftraggeber etwas vergaberechtswidrig Erscheinendes von Unternehmern wünscht, die Unternehmer diese Beschaffungswünsche binnen bestimmter Frist bei der Vergabekontrollbehörde bei sonstiger Rechtsbeständigkeit dieses Beschaffungswunsches anfechten müssen.¹⁰⁵

¹⁰² VKS Wien 1.7.2009, VKS-4720/09.

¹⁰³ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht 139.

¹⁰⁴ Eisner, Bestandskraft im Vergabeverfahren 21.

¹⁰⁵ BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 u N/0117-BVA/08/2007-42.

- 64 Hat die Ausschreibung Bestandskraft erlangt, so ist sie unveränderliche und für alle Beteiligten verbindliche Grundlage für die Bewertung der Angebote geworden.¹⁰⁶ Eine inhaltliche Prüfung der Ausschreibung ist dem BVA damit bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung verwehrt.¹⁰⁷ Die Bieter sind somit stets gut beraten, die gesetzlich festgelegten Fristen für die Anfechtung der Ausschreibung im Auge zu behalten. Bleiben die Fristen ungenützt, kann die behauptete Rechtswidrigkeit der Ausschreibung mit der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr geltend gemacht werden.¹⁰⁸ Doch wird es in der Praxis oft so sein, dass ein Bieter nicht riskieren wird, sich aufgrund einer Anfechtung der Ausschreibung den Unmut des Auftraggebers zuzuziehen oder ein gutes Verhältnis zu ebendiesem zu gefährden. Selbst wenn er daher erkennt, dass Teile der Ausschreibung bedenklich sein könnten, wird er verständlicherweise in aller Regel von einer Anfechtung absehen. Obwohl der Bieter hier somit in der Theorie gut vor rechtswidrigen Ausschreibungen geschützt ist, kann dieser Schutz in der Praxis oft aus berechtigten Opportunitätsüberlegungen nicht genützt werden.¹⁰⁹ Dieses unbequeme Verhalten verlangt das Gesetz von den Unternehmern, wenn diese ihre Rechte gewahrt wissen wollen.¹¹⁰ Denkbar wäre auch, dass der Bieter aufgrund des Umfangs der Ausschreibung schlichtweg nicht in der Lage ist, rechtswidrige Bestandteile derselben zu erkennen oder dass ihm die problematische Natur einer Ausschreibungsbestimmung gar nicht bewusst ist.¹¹¹ Meines Erachtens ist es durchaus problematisch, dass das Gesetz hier der Realität keine Rechnung trägt.
- 65 Die von den Vergabenachprüfungsbehörden vorgegebene Linie wurde auch von VwGH aufgegriffen und bestätigt. Der VwGH lässt in einem Nachprüfungsverfahren, das sich gegen einen Bescheid des UVS Tirol richtet, zunächst die Argumentation des UVS gelten.¹¹² Dieser hatte festgestellt, dass die Beschwerdeführerin über den Umweg der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Festlegungen in der Ausschreibung zu bekämpfen versuche. Die Bieterin behauptete der Auftraggeber hätte eine rechtswidrige Teilvergabe durchgeführt. Bei dem gesamten diesbezüglichen Vorbringen handle es sich um verspätete Einwendungen gegen die Ausschreibung. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut könnten Einwendungen gegen die Ausschreibung jedoch nicht mehr im Rahmen der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden. Die Beschwerdeführerin sei von der Überprüfung von Festlegungen in der Ausschreibung infolge Fristversäumnis präkludiert. Weiters brachte die beschwerdeführende

¹⁰⁶ BVA 30.4.2009, N/0028-BVA/03/2009-19; BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74; BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88; BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁷ BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26, ZVB 2005, 286 (*Huber-Mataushek*); BVA 13.1.2005, 03N-111/04-10; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11.

¹⁰⁸ *Huber-Mataushek*, ZVB 2005, 286 (288).

¹⁰⁹ Vgl SA GA *Alber* 7.2.2002, Rs C-327/00, *Santex* Rz 109 mit weiteren Nachweisen.

¹¹⁰ *Eisner*, Die Bestandskraft im Vergabeverfahren 10.

¹¹¹ *Eisner*, Die Bestandskraft im Vergabeverfahren 9.

¹¹² VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054.

Bieterin vor, dass sie während des Laufs der Anfechtungsfrist noch nicht habe wissen können, dass der Auftraggeber tatsächlich von dieser rechtswidrigen Bestimmung Gebrauch machen werde. Dieser Argumentation erteilt der VwGH eine klare Absage. Er führt aus, dass bei Anfechtung einer Bestimmung in der Ausschreibung der dem Antragsteller drohende Schaden immer nur darin liegen kann, dass der Auftraggeber eben von dieser – nach Ansicht des Antragstellers rechtswidrigen – Bestimmung auch Gebrauch macht und sich das nachteilig auf die Position des Antragstellers als Bieter auswirken kann. Bei der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auslegung wäre die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen hinsichtlich der Ausschreibung sinnlos, könnte sich der Bieter doch regelmäßig darauf berufen, vertraut zu haben, dass der Auftraggeber die rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung ohnehin nicht anwenden werde.¹¹³ In diesem Fall wäre somit die subjektive Ansicht des Bieters ausschlaggebend und die Präklusionsregeln hätten keinen Sinn mehr. Die im vorliegenden Fall in der Ausschreibung vorbehaltene Vergabe nach bestimmten Teilen ist daher – selbst wenn sie rechtswidrig sein sollte, was vorliegend dahinstehen kann – mangels rechtzeitiger Anfechtung nicht mehr bekämpfbar.¹¹⁴ Zuletzt betont der VwGH in einer neueren Entscheidung erneut ausdrücklich, dass unabhängig davon, ob eine Ausschreibungsbestimmung bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre, diese mangels rechtzeitiger Anfechtung jedenfalls der Auftragsvergabe zugrunde zu legen ist.¹¹⁵ Generalisierend kann daher gesagt werden, dass immer dahingestellt bleiben kann, ob eine bestandsfeste Ausschreibung rechtswidrig ist. Ziel dieser Neugestaltung des Rechtsschutzsystems war eine „möglichst rasche Abhandlung der Nachprüfungsverfahren“, um „allzu große Verzögerungen bei der Realisierung von Investitionen der öffentlichen Hand zu vermeiden“.¹¹⁶

- 66 Die Lehre und die Judikatur stellte sich bei Einführung dieses Präklusionssystems unter anderem die Frage, ob es gemeinschaftsrechtlich zulässig ist, was im Ergebnis vom EuGH bejaht und von der österreichischen Rechtsprechung übernommen wurde.¹¹⁷ Thienel¹¹⁸ beruft sich auf das Urteil *Universale Bau* des EuGH¹¹⁹ und kommt zu dem Ergebnis, dass aus diesem zutreffenden

¹¹³ VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135.

¹¹⁴ VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054.

¹¹⁵ VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090.

¹¹⁶ VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135.

¹¹⁷ BVA 5.1.2004, 05N-110/03-49.

¹¹⁸ Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 68 (69f).

¹¹⁹ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau* Rz 71ff. Dem grundsätzlich folgend EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, *Santex* Rz 50ff; EuGH 11.10.2007, C-241/06, *Lämmerzahl* Rz 50ff. Hier war der Sachverhalt aber etwas anders gelagert: Der Auftraggeber hatte den Bieter quasi getäuscht, da er versprochen hatte, eine vom Bieter gerügte rechtswidrige Bestimmung der Ausschreibung nicht anzuwenden und dann dennoch den Bieter aus diesem Grund ausgeschieden hatte. Der Gerichtshof stellte fest, dass der effektive Rechtsschutz nicht gewährleistet war und daher aus diesem Grund die Ausschlussfrist nicht als solche gegen das Effektivitätsgebot verstößt, sondern die Anwendung dieser Frist unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falls (Rz 57).

Erkenntnis nicht nur die prinzipielle Zulässigkeit von Antragsfristen folgt, sondern, dass sich aus den Formulierungen zudem ergibt, dass der EuGH eine Einschränkung der Präklusionswirkung für „grundlegende“ Mängel nicht für geboten erachtet. Aus dem Wortlaut des BVergG 2002 ergebe sich, dass die Präklusionswirkung umfassend ist und nicht danach differenziert, ob es sich um „grundlegende Wurzelmängel“ oder sonstige Rechtsverstöße handelt. Auch angesichts der Streichung des Halbsatzes in den Materialien, dass eine Sanierung hinsichtlich „fundamentaler Rechtswidrigkeiten“ nicht eintreten soll,¹²⁰ liege der Schluss nahe, dass sich die Sanierungswirkung der Präklusionsfrist undifferenziert auf alle Rechtsverstöße beziehen soll, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht werden. Das BVA folgt im Ergebnis dieser Rechtsprechung.¹²¹

- 67 Dieses System lag dem bereits dem BVergG 2002 zugrunde und gilt nun auch für das BVergG 2006.¹²² Es handelt sich dabei um ein System von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen mit dem eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden soll. Letzterem Ziel dienen auch die flankierenden Bestimmungen zu Fristen und Präklusionsregelungen (§ 321). Die Materialien verweisen zudem ausdrücklich darauf, dass sich dieses System bewährt hat und auch vom EuGH als zulässig erachtet worden ist.¹²³ Die Präklusionswirkung im BVergG 2006 bezieht sich undifferenziert auf alle Rechtsverstöße, die nicht innerhalb der jeweiligen Antragsfrist durch einen Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurden. Die Materialien betonen zudem, dass es dem BVA verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen,¹²⁴ worauf auch die Rechtsprechung regelmäßig verweist.¹²⁵ Dies

Hier hatte es der Auftraggeber also den Bietern durch sein Verhalten unmöglich gemacht, die Ausschreibungsbestimmungen zeitgerecht anzufechten. Daher waren unter den gegebenen Umständen dieses Falls die nationalen Präklusionsvorschriften unangewendet zu lassen (Rz 65), um dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebot zum Durchbruch zu verhelfen.

¹²⁰ In der Regierungsvorlage zum BVergG 2002, 1087 BlgNR 21. GP, letzter Absatz zu § 20 Z 12 wurde noch festgestellt, dass fundamentale Rechtswidrigkeiten, die das gesamte Verfahren (dh alle gesondert anfechtbaren Entscheidungen) mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, durch die Präklusion nicht saniert werden sollen. Diese Passage findet sich jedoch im Bericht des Verfassungsausschusses, 1118 BlgNR 21. GP 24, zu § 20 Z 13 nicht mehr, was laut BVA (29.8.2003, 13N-72/03-11) ein Indiz dafür ist, dass der Inhalt des Absatzes eben so nicht gewollt war.

¹²¹ BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60.

¹²² BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60; zum BVergG 2002 siehe AB 1118 BlgNR 21. GP 24 (zu § 20 Z 13). Siehe auch die Materialien zu den fast wörtlich daran orientierten Vorschriften des Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes (RV vom 22.1.2003, Zl. -2V-LG-652/30-2003, Seite 16): „Mit der Systementscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sowie der Einführung der genannten Präklusivfristen wird das Ziel verfolgt, zu verhindern, dass Rechtsverstöße, die sich in einem frühen Verfahrensstadium ereignet haben, erst unmittelbar vor Zuschlagserteilung geltend gemacht werden. Dies dient der Effizienz und Straffung des Nachprüfungsverfahrens.“ Vgl auch VwGH 1.3.2004, 2004/04/0012.

¹²³ 1171 BlgNR 22. GP 13 (zu § 2 Z 16).

¹²⁴ 1171 BlgNR 22. GP 138 (zu § 321).

¹²⁵ Siehe beispielsweise zuletzt BVA 13.3.2009, N/0007-BVA/11/2008-21; BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74; BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67.

war auch schon zum BVergG 2002 gängige Rechtsmeinung der Vergabenachprüfungsbehörden.¹²⁶

- 68 Gruber zieht daraus den Schluss, dass sowohl Bundes- als auch Landesgesetzgeber das Ziel einer möglichst raschen Abhandlung der Nachprüfungsverfahren verfolgen, um allzu große Verzögerungen bei der Realisierung von Investitionen der öffentlichen Hand zu vermeiden.¹²⁷
- 69 Die Materialien äußern sich ebenfalls zur Frage der Wirkung der Präklusionsregeln: *„Die Versäumung der Frist führt zur endgültigen Präklusion, die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung (und die ihr vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) können in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden; sie werden gewissermaßen bestandskräftig [...]“*.¹²⁸
- 70 Behauptete Rechtsverstöße sollen und müssen daher innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Präklusionsfristen möglichst frühzeitig geltend gemacht werden, was ein Zuwarten mit der Geltendmachung eines behaupteten Rechtsverstoßes unzulässig macht.¹²⁹ Aus diesem Grund ist auch ein Antrag auf Feststellung unzulässig, wenn der Antragsteller den Verstoß bereits in einem Verfahren zur Nichtigerklärung hätte geltend machen können und dies nicht getan hat (siehe § 332 Abs 4 BVergG 2006).
- 71 Wird die Ausschreibung nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen angefochten, binden ihre unbestrittenen Festlegungen nach ständiger Rechtsprechung alle am Vergabeverfahren beteiligten Parteien, also Auftraggeber als auch Bieter.¹³⁰ Das BVA spricht dies beispielsweise in seiner Entscheidung vom 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60, ausdrücklich aus, wo die Ausschreibung mangels Anfechtung bestandsfest geworden ist. Es heißt: *„Selbst im Falle, dass Festlegungen des Auftraggebers nicht vergaberechtskonform sein sollten, sind diese maßgeblich, da Präklusion eingetreten ist.“*¹³¹
- 72 Immer wieder versuchen Bieter ihre den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angebote damit zu rechtfertigen, dass die Ausschreibung fehlerhaft war und sie sich daher nicht an deren Bestimmungen gehalten haben. Dieser Argumentation muss aber aufgrund der geschilderten Präklusionsregeln widersprochen werden. Auch das BVA betont regelmäßig, dass

¹²⁶ Siehe zB BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11.

¹²⁷ G. Gruber in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen 451f.

¹²⁸ 1171 BlgNR 22. GP 138 (zu § 321).

¹²⁹ VwGH 1.3.2004, 2004/04/0012.

¹³⁰ BVA 28.5.2009, N/0036-BVA/10/2009-46, ebenso BVA 29.1.2010, N/0016-BVA/14/2009-39; BVA 30.6.2009, N/0051-BVA/10/2009-42; BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74; VwGH 12.9.2007, 2005/04/0236; 2005/04/0237, 2005/04/0238 und viele andere mehr.

¹³¹ BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60.

es ihm verwehrt ist, die Rechtswidrigkeit derart bestandskräftiger Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in Prüfung zu ziehen.¹³² In einem Fall hatte ein Bieter behauptet, dass es bei den Vorgaben der Auftraggeberin für die Qualität der zu liefernden Wollpullover nicht möglich sei, ein Flächengewicht von 400 g/m² zu erreichen. In der Entscheidung bekräftigte das BVA, dass diese vom Bieter aufgeworfene Frage dahingestellt bleiben kann, da die Ausschreibung nicht angefochten worden ist und daher entsprechend dem im Gesetz vorgesehenen System der Präklusionsfristen bestandskräftig geworden ist.

- 73 Ist die Ausschreibung bestandsfest geworden, so haben sich sowohl der Bieter (bei der Angebotserstellung) als auch der Auftraggeber (bei seiner Angebotsprüfung) an die Ausschreibung in ihrer bestandsfesten Form zu halten.¹³³ Auch die Vergabekontrollbehörde ist nicht befugt, Rechtswidrigkeiten dieser bestandskräftigen Entscheidung des Auftraggebers von Amt wegen aufzugreifen.¹³⁴
- 74 Interessant ist in diesem Zusammenhang noch ein Blick auf die europäische Rechtsprechung zum Umgang mit einer präkludierten Ausschreibung. In einem Fall, über den das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) vor kurzem entschied,¹³⁵ hatte die bestandsfeste Ausschreibung bei fehlenden Preisen einen Ausschluss des Angebots vorgesehen. Im Angebot des Bieters hatten Positionspreise gefehlt, dennoch ist das Gericht von der Behebbarkeit dieses Mangels ausgegangen. (Ebenfalls in diese Richtung tendiert die bereits genannte Rechtsprechung des EuGH.¹³⁶) Der größte Unterschied zur österreichischen Rechtsprechung liegt wohl darin, dass sich das Gericht trotz Präklusion der Ausschreibung über diese hinwegsetzt und dies sehr pragmatisch und begrüßenswert mit der Tatsache begründet, dass der Auftraggeber immer ein Interesse an möglichst vielen Angeboten hat und daher im Fall eines solch offenkundigen Irrtums nicht an strengen Formalismen festzuhalten ist. Allerdings ist hinzuzufügen, dass der EuGH Fälle zu beurteilen hatte, in denen der Auftraggeber Handlungen setzte, die beim Bieter Vertrauen hervorriefen, sodass es dieser unterließ, die Ausschreibung anzufechten, weshalb ihm auch die Ausübung der nach dem Gemeinschaftsrecht zustehenden Rechte praktisch unmöglich gemacht oder zumindest übermäßig erschwert wurde. Dennoch wäre in Österreich nach heutigem Stand ein solches Urteil undenkbar, es bleibt abzuwarten, ob sich vielleicht in Zukunft unter Berufung

¹³² BVA 13.11.2006, N/0081-BVA/13/200634 unter Verweis auf die Materialien (1171 BlgNR 22. GP 138).

¹³³ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 sowie VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200, VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24.

¹³⁴ VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234.

¹³⁵ EuG 10.12.2009, T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken* Rz 63.

¹³⁶ Siehe EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau*; EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, *Santex*; EuGH 11.10.2007, C-241/06, *Lämmerzahl*. Alle diese Urteile betrafen allerdings Fälle, in denen der Auftraggeber Handlungen setzte, die beim Bieter Vertrauen hervorriefen, sodass dieser es unterließ, die Ausschreibung anzufechten.

auf das geschilderte Urteil eine weniger strenge Linie in Bezug auf die Präklusionsregelungen entwickeln wird.

- 75 Der VwGH dürfte allerdings in nächster Zeit nicht von seiner Linie abweichen. Dies ergibt sich aus der Argumentation von Senatspräsident *Gruber* in zahlreichen Publikationen. Zunächst wird darauf verwiesen, dass durch das Rechtsinstitut der Bestandskraft die Ergebnisse der einzelnen Verfahrensabschnitte abgesichert werden sollen. Würde man der Ansicht mancher Vergabekontrollbehörde folgen, wonach eine Zuschlagsentscheidung immer dann rechtswidrig sein soll, wenn sie im krassen Widerspruch zu den Bestimmungen des Gesetzes steht, bliebe der Anwendungsbereich, in dem Bestandskraft eintreten kann, überschaubar.¹³⁷ Ergehe eine Zuschlagsentscheidung auf Grundlage einer bestandfesten, vom Standpunkt des Gesetzes aus gesehen, rechtswidrigen Ausschreibung, verstoße die geradezu zwangsläufig gegen Vergaberecht. Laut *Gruber/Eisner* wurde die Abgrenzung, wann ein Widerspruch zu den Bestimmungen des Vergaberechts „krass“ sein soll und wann hingegen bloß ein „normaler“ – den Eintritt der Bestandskraft offenbar nicht hindernder – Verstoß vorliegt, bislang nicht überzeugend dargetan.¹³⁸
- 76 Eine Besonderheit, die mit der Einführung von kurzen Präklusionsfristen zur Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen einhergegangen ist, ist die Bindung an rechtswidrige Ausschreibungsunterlagen. Nach Verstreichen der jeweils zu beachtenden Anfechtungsfristen wird die Ausschreibung „unangreifbar“ und der Auftraggeber sowie eine nachprüfende Behörde sind selbst dann an die Ausschreibung gebunden, wenn sie rechtswidrige Bestimmungen beinhaltet.¹³⁹ Der Eintritt der Bestandskraft wird nach ständiger Rechtsprechung selbst dann nicht gehindert, wenn die Bestimmungen der Ausschreibung allenfalls unzweckmäßig oder gar vergaberechtswidrig sein sollten.¹⁴⁰ Siehe hierzu sogleich. Ist eine Ausschreibung nicht angefochten und daher bestandsfest geworden, so dürfen allfällige Rechtswidrigkeiten ebendieser vom BVA (grundsätzlich) nicht mehr aufgegriffen werden, da ansonsten das System der Fristgebundenheit der Anfechtung von Auftraggeberentscheidungen sinnentleert würde.¹⁴¹
- 77 Es stellt sich somit die Frage, ob es Konstellationen geben kann, in denen der Eintritt der Bestandskraft verhindert oder nachträglich durchbrochen werden kann. Sind gravierende und grundlegende Mängel wie beispielsweise die falsche Festlegung des Zuschlagsprinzips von der Bestandskraft ausgenommen? Hier wird immer wieder (auch von den Vergabekontrollbehörden)

¹³⁷ *Gruber/Eisner*, ZVB 2010, 76 (78).

¹³⁸ *Gruber/Eisner*, ZVB 2010, 76 (78).

¹³⁹ *Estermann in Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 265.

¹⁴⁰ BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52; BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27; BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135.

¹⁴¹ VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135, siehe auch BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88.

versucht, als Beurteilungsmaßstab für strittige Folgeentscheidungen des Auftraggebers ausschließlich das Gesetz, nicht aber die Ausschreibung, heranzuziehen, indem man quasi von einer objektiven Rechtswidrigkeit ausgeht. Der VwGH hat nun bereits mehrfach dieser Ansicht eine klare Absage erteilt. Als Begründung wird die vom Gesetzgeber ursprünglich intendierte Unterteilung des Vergabeverfahrens angeführt, aus der sich ergibt, dass das Beurteilungskalkül hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer Folgeentscheidung des Auftraggebers von der vorangegangenen, bestandsfest gewordenen Entscheidung abhängt.¹⁴² Daher sei nicht das Gesetz, sondern eben nur die Ausschreibung als Grundlage für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit heranzuziehen.

- 78 Ein besonders interessanter Unterfall des geschilderten Problems ist jener, dass der Auftraggeber in der Ausschreibung andere (zusätzliche) als die gesetzlich normierten gesondert anfechtbaren Entscheidungen festlegen könnte bzw gesetzlich als gesondert anfechtbar normierte Entscheidungen als unanfechtbar bestimmen könnte.¹⁴³ In diesem Fall könnte er über die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden disponieren. Während der VwGH die Präklusionsregeln streng auslegt – ohne allerdings bisher den geschilderten Fall zu entscheiden gehabt zu haben – weist die bisherige Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden in die gegenteilige Richtung.¹⁴⁴ Spinnt man diese Überlegung weiter, stellt sich die Frage, wie vorzugehen wäre, wenn der Auftraggeber in der bestandsfesten Ausschreibung die Zuständigkeit des BVA gänzlich ausschließt. Es bleibt abzuwarten wie die Vergabekontrollbehörden bzw die Höchstgerichte in einem solchen Fall entscheiden werden.
- 79 Eine denkbare Argumentationslinie findet sich möglicherweise in einer etwas älteren Entscheidung des BVA,¹⁴⁵ in welcher es festhält, dass aufgrund der Bezeichnung als „Bauftrag, Bauleistung, Bauvorhaben etc“ in der Bekanntmachung oder in der Ausschreibung keine Präklusion der Auftragsart erfolgt. Dies gelte ebenso wenig für die Festlegung Oberschwellenbereich oder Unterschwellenbereich oder die Nennung der zuständigen Nachprüfungsbehörde. Bei diesen Festlegungen handle es sich nicht um solche, die die Auftragsdurchführung und sohin den Auftraggeber oder die Bewerber/Bieter betreffen und binden, sondern um solche, die die entscheidende Behörde zu beurteilen hat. Laut AVG könne die Zuständigkeit der Behörde durch Parteienvereinbarung weder begründet noch geändert werden. Diese Argumentation tendiert in die in den vorigen Absätzen geschilderte Richtung.

¹⁴² G. Gruber/Eisner, ZVB 2010, 76 (77).

¹⁴³ Eisner, Bestandskraft im Vergabeverfahren 17f.

¹⁴⁴ Eisner, Bestandskraft im Vergabeverfahren 18 mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁵ BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78; N/0100-BVA/09/2008-18.

- 80 Eine mögliche Argumentationslinie könnte somit sein, dass von der Präklusion nur Festlegungen erfasst sein können, die grundsätzlich in der Einflussosphäre des Auftraggebers liegen, die somit theoretisch Gegenstand der Ausschreibung sein können. Mit dieser Argumentation könnte beispielsweise eine Festlegung, welche die Zuständigkeit des BVA ausschließt, nicht bestandsfest werden. Es bleibt zu hoffen, dass die nationale Rechtsprechung – gleich mit welcher Argumentation – der weniger formalistischen Ansicht der europäischen Rechtsprechung in dieser Frage folgen wird.
- 81 In einer aktuellen Entscheidung findet sich der bemerkenswerte Fall, dass das BVA nicht von einer Bindung an die Ausschreibung ausgeht bzw dieses Problem überhaupt nicht anspricht. Die bestandsfeste Ausschreibung hatte festgelegt, dass Angebote bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bei der Österreichischen Nationalbank (ÖNB), Haupteingang Josefsplatz 1, 1010 Wien zu Händen der zuständigen Abteilung abzugeben sind. Weiters reise das Angebot bis zum Eintreffen bei der ausschreibenden Stelle ausschließlich auf Gefahr des Bieters, Verzögerungen auf dem Transport gingen zu Lasten des Absenders. Dies gelte insbesondere für den Fall, dass das Angebot nicht beim Haupteingang, sondern bei einem anderen Eingang abgegeben wird. Trotz dieser bestandsfesten Bestimmung der Ausschreibung hatte ein Bieter sein Angebot bei einem anderen Eingang der ÖNB abgegeben. Das BVA begründet zwar schlüssig, warum die besonderen Umstände des Falles für ein rechtzeitiges Einlangen des Angebots sprechen (siehe ausführlich Kapitel IV.C.), geht aber mit keinem Wort auf das Spannungsfeld zu den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen ein. Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung des BVA bei einer allfälligen Anfechtung aufrechterhalten wird. Im Hinblick auf die bisherige ständige Rechtsprechung des VwGH ist allerdings nicht davon auszugehen.

2. Weitere Judikatur zu rechtswidrigen aber präkludierten Ausschreibungsbestimmungen

- 82 In einem Fall kritisierte ein Bieter, dass es nicht nur international gesehen unüblich sei, sondern sogar sittenwidrig, wenn der Auftraggeber neben der Verfügbarkeitsgarantie auch einen Instandhaltungsvertrag verlange und an beide Verpflichtungen eine Pönale knüpfe, weil dies wegen der dadurch bewirkten „Doppelpönale“ zu einer unzulässigen Anspruchshäufung führe. Diesen Einwand bezeichnete der VwGH schon deshalb nicht zielführend, weil die Ausschreibung von der beschwerdeführenden Partei nicht bekämpft wurde und daher bestandsfest geworden ist.¹⁴⁶

¹⁴⁶ VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232, 2007/04/0233.

- 83 In einem Fall hatte der UVS Steiermark darauf verwiesen, dass es ihm im Ergebnis absurd erscheine, zu ignorieren, dass die Beschwerdeführerin fundamentale Bestimmungen des Vergabegesetzes verletzt habe.¹⁴⁷ Dieser Rechtsansicht hat der VwGH eine klare und deutliche Absage erteilt, indem er darauf hingewiesen hat, dass die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen sinnlos wäre, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene und somit bestandsfeste Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers überprüfen.¹⁴⁸
- 84 Ebenso kann ein (behaupteter) Verstoß gegen den Datenschutz nichts an der Bestandskraft der Ausschreibung ändern.¹⁴⁹ Da diese Ausschreibung vom Antragsteller nicht fristgerecht bekämpft wurde, ist sie einschließlich der in Rede stehenden Regelung zu den Referenzen bestandfest geworden.¹⁵⁰
- 85 Der VwGH verweist in seinem Urteil vom 17.11.2004, 2002/04/0078, auf die für das Verfahren maßgebliche Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG, wonach eine Verpflichtung der Bieters zur vorherigen Verständigung des Auftraggebers über eine Rechtswidrigkeit in der Bewerbungsunterlage – wie sie im dem Verfahren zugrunde liegenden Kärntner Vergabegesetz normiert war (siehe aber auch § 106 Abs 6 BVergG 2006) – zulässig ist. Der EuGH spricht aus, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen grundsätzlich dem sich aus der genannten Richtlinie ergebenden Effektivitätsgebot genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist.¹⁵¹ Weiters spricht auch der EuGH wiederholt aus, dass es außer Zweifel stehe, dass durch Sanktionen wie die Präklusion gewährleistet werden kann, dass rechtswidrige Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber nach ihrer Bekanntgabe an die Betroffenen so rasch wie möglich angefochten und berichtigt werden, was ebenfalls mit den Zielen der oben genannten Richtlinie 89/665/EWG und mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit in Einklang steht.¹⁵²
- 86 Beispiel für rechtswidrige aber bestandsfeste Ausschreibung: *„Bei mehr als 30% Abweichung vom Mittelwert der abgegebenen und der Bestimmung des § 108 BVergG 2006 entsprechenden Preisangebote (wobei das billigste und teuerste Preisangebot nicht gewertet, jedoch die Kostenschätzung des Auftraggebers zusätzlich einbezogen wird), wird das gegenständliche*

¹⁴⁷ UVS Stmk 2.9.2005, UVS 443.7-4/2005-27.

¹⁴⁸ VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234.

¹⁴⁹ BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26.

¹⁵⁰ BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26.

¹⁵¹ EuGH 16.12.1976, Rs 33/76, *Rewe* Rz 5; EuGH 10.7.1997, Rs C-261/95, *Palmisani* Rz 28; EuGH 16.5.2000, Rs C-78/98, *Preston* Rz 33.

¹⁵² EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau* Rz 76, 78.

*Angebot keiner vertieften Angebotsprüfung unterzogen und ausgeschieden.*¹⁵³ Siehe dazu Kapitel IV.A.5.b) (Preisspiegel und Preisdatenbanken) wonach zur Beurteilung der Angemessenheit von Preisen kein Vergleich mit anderen Angeboten zulässig ist.

- 87 Die Präklusion greift sogar bei sittenwidrigen Bestimmungen: Der VwGH¹⁵⁴ spricht beispielsweise aus, dass es nicht nur international gesehen unüblich sei, sondern sogar sittenwidrig, wenn der Auftraggeber neben der Verfügbarkeitsgarantie auch einen Instandhaltungsvertrag verlange und an beide Verpflichtungen eine Pönale knüpfe, weil dies wegen der dadurch bewirkten "Doppelpönale" zu einer unzulässigen Anspruchshäufung führe. Dennoch konnte dieser Einwand aufgrund der bereits eingetretenen Präklusion der Ausschreibung nicht mehr aufgegriffen werden.

C. Auslegung der Ausschreibung bzw des Angebots

1. Allgemeines

- 88 Um die Einhaltung der Festlegungen der Ausschreibung prüfen zu können, ist der Inhalt der Bestimmungen der Ausschreibung zu ermitteln.¹⁵⁵ Die Ausschreibung bildet den Maßstab dafür, ob ein Angebot ausgeschieden wird oder im Wettbewerb verbleibt. Auf der anderen Seite ist der Bieter an sein gelegtes Angebot gebunden und es darf grundsätzlich über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden. Die Angebotsprüfung muss daher in erster Linie auf Grundlage des schriftlich vorgelegten Angebots erfolgen.¹⁵⁶
- 89 Es liegt in der Verantwortung des Auftraggebers die Anforderungen an die Bieter bereits in der Ausschreibung so hinreichend genau festzulegen, dass im Nachhinein keine Interpretationsspielräume entstehen.¹⁵⁷ Tut er dies nicht ausreichend genau, muss er jede gemäß den Auslegungsregeln mögliche Interpretation gegen sich gelten lassen. In einem Fall verwendete der Auftraggeber für die zu beschaffenden Waren mehrere Begriffe. Laut BVA hat er dementsprechend (gemäß § 915 ABGB) sämtliche angebotenen Leistungen als ausschreibungskonform gegen sich gelten zu lassen, *„die nach den Grundsätzen über das Verstehen und die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen gemäß der Vertrauens Theorie vertretbar erscheinen. Mit anderen Worten kommt man dabei zu dem Ergebnis, dass mangels*

¹⁵³ BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74.

¹⁵⁴ VwGH 28.05.2008, 2007/04/0232.

¹⁵⁵ BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28.

¹⁵⁶ BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026.

¹⁵⁷ BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25 und dazu *Etlinger*, RPA 2007, 229 (231).

*eindeutiger Auslegbarkeit [...] der Auftraggeber auch verschiedene Angebotsleistungen als ausschreibungskonform zulassen muss.*¹⁵⁸ Man kann hier also dem Auftraggeber nur nachdrücklich empfehlen, die von ihm gewünschten Anforderungen hinreichend genau festzulegen.

- 90 Der Auftraggeber ist weiters immer auch gehalten, Kriterien in seiner Ausschreibung zu definieren. In einem Fall¹⁵⁹ hatte der Auftraggeber eingeladen *„neue Ansätze in der Umsetzung des Gender Mainstreaming zu entwickeln und die bisher üblichen und bekannten Umsetzungsmöglichkeiten/Ansätze/Maßnahmen zu erweitern bzw. neue zu entwickeln.“* Das BVA stellte nun fest, dass selbst dieser Wunsch des Auftraggebers ihn im Hinblick auf das festgelegte Kriterium aber nicht von der Pflicht entbindet „Gender Mainstreaming“ als Ausgangspunkt für die neuen Ansätze in der Ausschreibung zu definieren. Ansonsten ist er im Sinne der Gleichbehandlung gehalten, alle Definitionen dieses Begriffes, die eine nachvollziehbare Herkunft haben, als Gender Mainstreaming zu akzeptieren. Und gerade wenn dann mehrere Definitionen als Basis einer Weiterentwicklung dienen sollen, ist fraglich, inwieweit die Erfüllung eines derartigen Kriteriums noch objektiv und nachvollziehbar beurteilt werden kann. Aus dem soeben Gesagten kann man allgemein abstrahieren, dass der Auftraggeber auch zu seiner eigenen Sicherheit und zur Vermeidung von Missverständnissen für die Begriffe, die er in der Ausschreibung verwendet, eine Definition angeben sollte.
- 91 Es ist ebenfalls zu beachten, dass man bei der Auslegung der Ausschreibung im Zweifel keine überflüssigen Ausschreibungsbedingungen unterstellen dürfe.¹⁶⁰

2. Auslegungsregeln des ABGB

- 92 Die Ermittlung des Inhalts der Ausschreibungsunterlagen hat nach ständiger Rechtsprechung des BVA sowie dem einschlägigen Schrifttum nach den zivilrechtlichen Interpretationsbestimmungen der §§ 914f ABGB zu erfolgen.¹⁶¹ Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der

¹⁵⁸ BVA 5.11.2003, 08N-94/03-192.

¹⁵⁹ BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26.

¹⁶⁰ BVA 5.11.2003, 08N-94/03-192; *Estermann in Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 264: Der Auftraggeber hatte eine EG-Zulassung und zusätzlich einen näher spezifizierten Praxiserprobungsnachweis (Tests im Routinebetrieb) gefordert. Auch die EG-Zulassung selbst erforderte aber bereits eine Vergleichstestung unter Routinebedingungen. Das BVA ging davon aus, dass durch den zusätzlichen in der Ausschreibungsunterlage geforderten Praxiserprobungsnachweis weitergehende Anforderungen festgelegt wurden. Der Verweis auf die EG-Zulassung war daher nicht ausreichend, weil der zusätzlich geforderte Nachweis sonst überflüssig gewesen wäre.

¹⁶¹ Zuletzt BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30; BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31; BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; BVA 28.5.2009, N/0036-BVA/10/2009-46; BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23; BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60; *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1.

Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte (objektiver Erklärungswert). Dabei ist nicht an der buchstäblichen Bedeutung des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.¹⁶² Es ist daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden abzustellen.¹⁶³

- 93 Die Rechtsprechung geht davon aus, dass sowohl Ausschreibungsunterlagen als auch Angebote anhand des objektiven Erklärungswerts zu interpretieren sind.¹⁶⁴ Da beides rechtsgeschäftliche Erklärungen sind, gelten auch für beide die maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen des §§ 914ff ABGB.¹⁶⁵ Der objektive Erklärungswert ist auch von der Gesetzeslage mitbestimmt.¹⁶⁶
- 94 Demgemäß bemerken schon die Materialien zu § 22 Abs 3 BVergG 1993,¹⁶⁷ dass die Ausschreibung die Bieter über den Inhalt des späteren Leistungsvertrags möglichst eingehend informieren solle. Ferner solle sie daher derart präzise sein, dass sie unmittelbar Inhalt des Leistungsvertrags werden könne. Es ist daher zunächst vom Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen, doch darf es der Ausleger dabei nicht bewenden lassen, sondern er hat vielmehr die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden zu erforschen.¹⁶⁸ Bei Unklarheiten ist vor allem der Geschäftszweck, der redlicherweise der Erklärung zu unterstellen ist, und die Interessenlage der Beteiligten zu berücksichtigen.¹⁶⁹
- 95 Da es sich bei der Ausschreibung um eine Erklärung des Auftraggebers und beim Angebot um eine Erklärung des Bieters handelt, ist ihr Inhalt von Bedeutung.¹⁷⁰ Dieser ist nach den Regeln der §§ 914ff ABGB zu ermitteln. Es kommt nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern es ist vielmehr der objektive Erklärungswert der

¹⁶² Zuletzt UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003; BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52.

¹⁶³ Grundlegend: BVA 13.2.1994, F-4/94-33. Weitere Nachweise siehe *Estermann in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht² 264 FN 1150.

¹⁶⁴ UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; für viele BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39; BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; UVS Stmk 9.2.2009, 443.15-4/2008.

¹⁶⁵ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52.

¹⁶⁶ BVA 24.11.2008, N/0143-BVA/05/2008-18.

¹⁶⁷ 972 BlgNR 18. GP.

¹⁶⁸ BVA 13.2.1994, F-4/94-33, ebenso die spätere Rechtsprechung zB BVA 7.9.2004, 11N-65/04-12.

¹⁶⁹ Für viele OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b; OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m mit weiteren Nachweisen. Weiters BVA 20.12.2007, N/0108-BVA/13/2007-33; BVA 22.3.2005, 16N-9/05-19; BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; BVA 7.6.2004, 07N-39/04-29.

¹⁷⁰ BVA 30.6.2009, N/0051-BVA/10/2009-42.

Ausschreibung maßgebend. Die ausschreibende Stelle hat sich bei der Prüfung und Beurteilung der Angebote an ihre eigenen in der Ausschreibung festgelegten Kriterien und Bedingungen zu halten. Ist eine Bestimmung in den Bewerbungsunterlagen mit Unklarheit behaftet, könnte diese unter Anwendung der §§ 914f ABGB insofern behoben werden, als durch die Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist.¹⁷¹ Lässt sich ein solcher eindeutiger Inhalt nicht ermitteln, weil sich der Auftraggeber einer unklaren Äußerung bedient, kommt die Zweifelsregel zur Anwendung. Bedient sich bei einem zweiseitig verbindlichen Vertrag eine Partei einer undeutlichen Äußerung, ist diese nach § 915 ABGB zu ihrem Nachteil auszulegen. Das bedeutet, dass sich der Auftraggeber zu der ihm nachteiligeren Variante verpflichtet hat. Für das Vergabeverfahren ergibt sich daraus weiters, dass – unter der Voraussetzung, dass eine Verbesserung oder Ergänzung ausgeschlossen ist – auch ein Bieter, der unklare oder undeutliche Angaben macht, sich die daraus entstehenden Nachteile zurechnen lassen muss. Sind daher aus den Angaben über Referenzprojekte jene Tatsachen nicht erkennbar, die Grundlage einer Punktebewertung sind, können diese Referenzen nicht mit Bewertungspunkten bedacht werden.

- 96 Die nationale Rechtsprechung stützt sich bei Fragen der Auslegung der Ausschreibungsbedingungen auch auf den vom EuGH herangezogenen Prüfungsmaßstab des durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt.¹⁷² Dieser Maßstab des Verständnisses eines durchschnittlich fachkundigen Bieters findet sich auch in der europäischen Rechtsprechung.¹⁷³
- 97 Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber einen Referenzzeitraum angegeben ohne genau festzulegen, ob der Auftragserteilungszeitpunkt oder der Beginn oder Abschluss des Projektes in diesen Referenzzeitraum fallen müssen. Das BVA entschied, dass die Bestimmung von dem Bieter nur so verstanden werden konnte, dass auch das Ende des Projekts im Referenzzeitraum für den Nachweis genügt.¹⁷⁴ Würde man nun dem Auftraggeber eine Umbenennung des Referenzzeitraumes in Auftragserteilungszeitraum umzuändern, würde dies eine Änderung oder aber eine schwerwiegende Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen bedeuten, die nachträglich eine Benachteiligung des Bewerbers bedeuten würde.¹⁷⁵
- 98 Rein interne, in der Bietersphäre verbliebene, dem Auftraggeber gegenüber nicht in Erscheinung getretene und nicht mit dem Angebot abgegebene Aufzeichnungen und Kalkulationen in Arbeitsunterlagen und -kopien des Bieters können zur Ermittlung des Bedeutungsgehalts eines

¹⁷¹ BVA 5.6.2002, 09N-37/03-6.

¹⁷² VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078.

¹⁷³ EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN Wienstrom* in Rz 57 mit Verweis auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC* Rz 41.

¹⁷⁴ BVA 5.6.2002, 09N-37/03-6.

¹⁷⁵ BVA 5.6.2002, 09N-37/03-6.

Angebots nicht herangezogen werden.¹⁷⁶ Wie bereits ausgeführt ist die objektive Bedeutung der Festlegung der Aufforderung zur Angebotslegung zu ermitteln und die Angebote an diesem Maßstab zu messen. Allfällige davon abweichende Vorstellungen des Auftraggebers sind bei der Auslegung irrelevant.¹⁷⁷

99 Das BVA spricht in ständiger Rechtsprechung Folgendes aus: Ist der objektive Gehalt der Willenserklärung des Bieters eindeutig, ist auch der Inhalt allfälliger nachträglicher Aufklärungsgespräche (oder nachträglicher Bietererklärungen)¹⁷⁸ unerheblich.¹⁷⁹ Somit stellt das BVA fest, dass ein *„objektiv den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot [...] im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter keinesfalls durch nachträgliche Aufklärungsgespräche, in denen ja keine ‚Klärung‘ sondern im Hinblick auf den eindeutigen Gehalt der ursprünglichen Erklärung lediglich eine Abänderung möglich wäre, ‚verbessert‘ werden.“*¹⁸⁰ Das BVA misst daher dem objektiven Erklärungswert entscheidende Bedeutung zu. Wenn ein Angebot mit Unklarheiten behaftet ist, die jedoch unter Anwendung der §§ 914-916 ABGB insofern behoben werden können, als durch Auslegung ein eindeutiger, objektiver Sinngehalt zu ermitteln ist, so liegt laut BVA keine aufklärungsbedürftige Unklarheit des Angebots vor, die ein Ausscheiden rechtfertigen würde.¹⁸¹

100 Ist der Inhalt eines Angebots durch Auslegung zu ermitteln, bedarf es keines Sachverständigenbeweises über die Bedeutung technischer Ausdrücke in den Ausschreibungsunterlagen.¹⁸²

101 Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass immer dann, wenn sich mit Hilfe der zivilrechtlichen Interpretationsmethoden der §§ 914f ABGB der Angebotsinhalt feststellen lässt, keine Unklarheit besteht und keine Aufklärung geboten ist.¹⁸³ Dem schließt sich auch die Lehre an und geht davon aus, dass dem objektiv feststellbaren Inhalt einer einmal abgegebenen Erklärung nachträglich jedenfalls keine andere Deutung verliehen werden darf.¹⁸⁴ Erst wenn nach der Anwendung dieser Interpretationsmethoden kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann,

¹⁷⁶ BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44.

¹⁷⁷ BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038.

¹⁷⁸ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

¹⁷⁹ BVA 30.6.1999, N-25/99-16, N-28/99-4; BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23; BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; ähnlich BVA 21.6.1999, N-24/99-8; BVA 12.5.1999, N-20/99-21; BVA 19.1.1998, N-1/98-15; BVA 21.11.1997, N-26/97-6; siehe auch *Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 403, 414.

¹⁸⁰ BVA 30.6.1999, N-25/99-16; N-28/99-4. Siehe auch BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10.

¹⁸¹ BVA 18.2.2000, N-34/99-41.

¹⁸² BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038 unter Verweis auf BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21.

¹⁸³ Siehe ausführlich Kapitel IV.D.4. und *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 8 mit weiteren Nachweisen.

¹⁸⁴ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 8. Hierauf verweisend BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

handelt es sich um Unklarheiten, bei denen der Auftraggeber gemäß § 126 Aufklärung verlangen muss. Ist somit der Inhalt des Angebots eindeutig nicht ausschreibungskonform, kann und darf der Auftraggeber keine weiteren Nachforschungen anstellen oder Aufklärungen einholen.

3. Beispiele zur Auslegung

- 102 In einem Fall ging es um die Frage, ob die geforderte leichte Austauschbarkeit von Polsterbezügen durch handwerkliches Personal oder durch völlig ungeschulte Laien durchzuführen sein muss. Da die Bieter annehmen durften, dass die maßgebliche Organisationseinheit des Auftraggebers über ausreichend geschultes handwerkliches Personal verfügt, kam das BVA zu dem Schluss, dass die Bieter davon ausgehen durften, dass der Austausch von solchem Personal bewerkstelligt werden würde.¹⁸⁵
- 103 In einem Fall hatte ein Bieter seine Ehefrau als Stellvertreterin genannt. Der OGH hatte sich der Berufungsinstanz angeschlossen, wonach auch ohne nähere Ausführungen im Leistungsverzeichnis und auf den Geschäftszweck jedem Bieter objektiv erkennbar war, dass der namhaft zu machende „Stellvertreter“ des „verantwortlichen Gärtners“ zumindest annähernd dieselben Qualifikationen wie Letzterer zu erfüllen hat und daher die Ehefrau nicht als Stellvertreter geeignet war.¹⁸⁶
- 104 Die Ausschreibung legte fest, dass *„das Tonersystem des Druckers so angelegt sein muss, dass der Benutzer nicht mit Tonersubstanzen in Berührung kommen kann.“* Das BVA entschied,¹⁸⁷ dass darunter zu verstehen ist, dass soweit es technisch möglich ist, ein Kontakt mit der Tonersubstanz ausgeschlossen sein muss. Da bei technischen Geräten der Kontakt mit Substanzen, welche darin enthalten sind und zum Austreten beziehungsweise Verbrauch bestimmt sind, in den seltensten Fällen hundertprozentig ausgeschlossen ist, solange diese Substanzen nicht gerade lebensgefährlich sind, ist die in Rede stehende Bestimmung unter Fachleuten so auszulegen, dass die Möglichkeit zur Berührung mit Tonersubstanzen in dem Maße ausgeschlossen sein muss, in welchem es nach dem Stand der Technik möglich ist. Als Maßstab für einen Benutzer ist davon auszugehen, dass der Kontakt nicht nur bei sachkundiger Bedienung ausgeschlossen sein muss, sondern auch bei entschuldbaren Fehlleistungen. Somit wäre ein Angebot, bei welchen bereits in der Bedienungsanleitung davon ausgegangen wird, dass Tonersubstanz sogar verschüttet werden kann, auszuschneiden gewesen.

¹⁸⁵ BVA 13.2.1994, F-4/94-33.

¹⁸⁶ OGH 20.1.2000, 6 Ob 96/99m.

¹⁸⁷ BVA 15.2.2002, N-134/01-37.

105 Im vorliegenden Fall¹⁸⁸ hatte der Auftraggeber die Durchführung von Elektroinstallationen im Rahmen einer Renovierung und Erweiterung eines Schulgebäudes ausgeschrieben und ausdrücklich angeordnet, dass die einzubauenden Datendosen für eine Übertragungsfrequenz von 600 Mhz auszulegen sind. Ein Sachverständiger hatte das Angebot der Antragstellerin geprüft und festgestellt, dass allein nach dem Erklärungsgehalt des Angebots noch kein bestimmtes Produkt als angeboten anzusehen war und der von der Antragstellerin verwendete Ausdruck „ACS“ sowohl ausschreibungskonforme (Übertragungsfrequenz von 600 Mhz) als auch nicht ausschreibungskonforme Produkte beinhalten konnte. Auf diese unklare Willenserklärung gelangte das BVA zunächst unter Anwendung des § 914 ABGB zu dem Schluss, dass nämlich unter Bedachnahme auf die Absicht der Parteien und die Übung des redlichen Verkehrs, der Bieter im Zweifel ausschreibungskonform angeboten hat. Jedenfalls sei aber unter der Anwendung des § 915 ABGB davon auszugehen, dass der Bieter sich zu der ihm nachteiligeren Variante, nämlich dem Anbieten der höherwertigen, von der Ausschreibung verlangten Übertragungsfrequenzkapazität verpflichtet hat. Aus diesem Grund war laut BVA davon auszugehen, dass der ermittelte objektive Erklärungsgehalt betreffend die angebotenen Datendosen die Konformität zu den höherwertigen Anforderungen der Ausschreibung ergibt. Somit konnte durch Auslegung der Erklärung des Angebots ein objektiver, ausschreibungskonformer Sinngehalt ermittelt werden, daher lag keine für die Beurteilung des Angebots wesentliche Unklarheit vor und kann daher auch eine Aufklärung bzw ein Ausscheiden mangels ausreichender Aufklärung nicht in Betracht kommen. Das mit der fehlenden Aufklärung begründete Ausscheiden des Angebots war daher rechtswidrig.

106 In Zusammenhang mit der Prüfung des objektiven Erklärungswerts kommt immer wieder die Frage auf, wer denn solch eine Prüfung durchzuführen hat. Schon in den allgemeinen Bestimmungen zur Prüfung und zum Ausscheiden von Angeboten in § 122 BVergG steht, dass erforderlichenfalls unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen sind. Im soeben behandelten Fall¹⁸⁹ hatte der Auftraggeber argumentiert, dass ihm solche Recherchen nicht zumutbar gewesen wären und die Beiziehung eines Sachverständigen in seinem Belieben stehe. Dem widerspricht das BVA ausdrücklich unter Verweis auf § 47 BVergG 1997 (welcher § 122 BVergG 2006 entspricht).¹⁹⁰ Außerdem hatte der Sachverständige festgestellt, dass bereits die Prüfung der einschlägigen Kataloge zum Schluss geführt hätte, dass unter der verwendeten Bezeichnung „ACS“ sowohl ausschreibungskonforme als auch nicht ausschreibungskonforme Produkte erhältlich sind. Weiters hätte der vom Auftraggeber ohnehin beauftragte Generalplaner als Techniker in der Lage sein müssen, solche Erhebungen anzustellen.

¹⁸⁸ BVA 18.2.2000, N-34/99-41.

¹⁸⁹ BVA 18.2.2000, N-34/99-41.

¹⁹⁰ BVA 18.2.2000, N-34/99-41.

Insofern wäre dem Auftraggeber nicht notwendigerweise ein zusätzlicher Prüfaufwand angefallen. Zur Anwendung der Auslegungsregeln der §§ 914ff ABGB wäre allenfalls ein – wohl kaum aufwendiger – rechtskundiger Rat einzuholen gewesen. Das Vorbringen des Auftraggebers, es sei ihm ohne die besondere Sachkunde des Sachverständigen nicht möglich gewesen, die Ausschreibungskonformität zu überprüfen, ist daher unerheblich.

- 107 In einer Entscheidung zum Problemfeld spricht das BVA aus, dass *„durch das Angebot eines Propellers, der den in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Maßen nicht entspricht, sich keine Unklarheit für den Auftraggeber ergibt, die für die Beurteilung des Angebots von Bedeutung ist“*.¹⁹¹ Somit war auch in diesem Fall von einem nicht ausschreibungskonformen Angebot auszugehen und das Angebot auszuschneiden, ohne dass der Auftraggeber Aufklärung verlangen musste.
- 108 In einer jüngst ergangenen Entscheidung hatte der UVS Burgenland¹⁹² den Fall zu beurteilen, dass der Auftraggeber damit argumentierte, dass die Ausschreibung – entgegen ihrem objektiven Erklärungswert – nur Bieter mit Ziviltechnikerbefugnis zulasse. Der UVS stellte fest, dass die Ausschreibung lediglich die nach dem Ziviltechnikergesetz (ZTG) für die Erbringung der Leistung notwendigen Befugnisse verlangte. Nach dem ZTG sind jedoch für die ausschreibungsgegenständlichen Generalplanerleistungen nicht in jedem Fall Befugnisse als Ziviltechniker im Sinne von § 3 ZTG notwendig, sondern es lässt die Berechtigungen anderer Personen, die sich etwas aus der Gewerbeordnung ergeben, unberührt. Demnach ist nach ZTG auch eine Befugnis als Baumeister oder einschlägiges technisches Büro nach der Gewerbeordnung für die Erbringung der hier gegenständlichen Planerleistungen ausreichend. Der UVS spricht klar aus, dass jede andere Auslegung der genannten Bestimmung einen dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs widersprechenden Inhalt unterstellen würde. Eine solche Beschränkung sei jedenfalls als rechtswidrig zu beurteilen.¹⁹³
- 109 Das BVA stellte in folgenden Fall Unschärfen in den Ausschreibungsunterlagen fest:¹⁹⁴ Der Auftraggeber hatte den Netto-Gesamtumsatz der letzten drei Geschäftsjahre (2003-2005) verlangt und insofern unpräzise und missverständlich formuliert, als nicht dem Umstand Rechnung getragen wird, dass ein Geschäftsjahr eines Bieters nicht zwingend mit dem Kalenderjahr übereinstimmt. Auch war nicht die Rede davon, dass das Geschäftsjahr abgeschlossen sein muss. Der Auftraggeber hatte eine Bestätigung für das bereits zu elf Monaten abgeschlossene

¹⁹¹ BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39.

¹⁹² UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003.

¹⁹³ UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003; Eilmannberger/Fruhmam in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 19 Rz 75.

¹⁹⁴ BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60.

Geschäftsjahr 2005/2006 nicht anerkannt, obwohl der geforderte Umsatz bereits doppelt so hoch wie gefordert war. Einerseits wird ausdrücklich von Geschäftsjahren gesprochen, andererseits werden die Jahre 2003 bis 2005, also grundsätzlich Kalenderjahre angeführt. Das BVA spricht nun aus, dass diese Unschärfen der Ausschreibungsbestimmungen nicht dem Bieter zur Last gelegt werden können. Da auch unter Anwendung der Auslegungsregeln des § 914 ABGB kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden konnte, waren die Unklarheitenregeln des § 915 ABGB heranzuziehen. Da somit eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt wird, der sich ihrer bedient hat, musste der Auftraggeber die vorgelegte Bestätigung des Bieters für das Geschäftsjahr 2005/2006 anerkennen. Andernfalls hätte er zumindest zur Nachreichung eines Testats für das Geschäftsjahr 2002/2003 auffordern müssen.

- 110 Sämtliche von den Bietern im Rahmen eines Vergabeverfahrens vorgelegten Unterlagen bilden die Grundlage für die vom Auftraggeber zu treffenden Entscheidungen. Eine besondere Konstellation liegt vor, wenn der Bieter Unterlagen vorlegt, die unrichtig oder nicht mehr aktuell sind, die sich jedoch für den Auftraggeber in ihren Inhalt als eindeutig und nachvollziehbar darstellen. In diesem Fall ist der Auftraggeber nicht dazu verhalten, Nachforschungen darüber anzustellen, ob der in den vorgelegten Unterlagen dokumentierte, plausible Inhalt auch wirklich den Tatsachen entspricht.¹⁹⁵ Die Vorlage einer veralteten Version einer Installationsanleitung ist kein unwesentlicher und unbeachtlicher Irrtum. Wenn der Bieter im Nachhinein versucht die Geltung der aktuellen Version zu behaupten, könnte dies – wenn das BVA dies zuließe – zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung führen.¹⁹⁶ Die Installationsanleitung hatte fälschlicherweise behauptet, dass eine direkte Montage des Zylinders auf bestehende Rosetten nicht möglich sei, weshalb das Angebot nicht den Anforderungen der Ausschreibung nach „beschlagsunabhängiger“ Montage entsprach und daher ausgeschieden wurde. Das BVA stellte fest, dass der Auftraggeber aufgrund der eindeutigen Ausführungen der Installationsanleitung (die er erst auf Anfrage im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung erhalten hatte) nicht zur Einholung weiterer Informationen verpflichtet war. Der Auftraggeber ist nicht dazu verhalten, eigene Nachforschungen darüber anzustellen, welche Version eines Installationshandbuchs einer Herstellerfirma zum Zeitpunkt ihres Vergabeverfahrens gerade in Geltung steht. Vielmehr konnte der Auftraggeber davon ausgehen, dass der Vertreter der Herstellerfirma, mit dem mehrmals Kontakt hergestellt wurde, wohl wissen müsse, welche Version gerade in Geltung steht und auch, nach Aufforderung die zum entscheidungsrelevanten Zeitpunkt geltende Version desselben vorlegt.¹⁹⁷ Weiters behauptete der Bieter in der mündlichen Verhandlung sowie bei der Produktpräsentation, dass ein bestimmtes Schössersystem auch im Außenbereich zur

¹⁹⁵ BVA 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24.

¹⁹⁶ BVA 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24.

¹⁹⁷ BVA 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24.

Anwendung kommen könne. Doch die veraltete Version des Installationshandbuchs schloss eine Montage im Außenbereich aus. Es ging aus den vorliegenden Unterlagen nicht hervor, dass mit dem gebotenen System eine Produktpalette angeboten wurde, aus welcher sich der Auftraggeber nach Erfordernissen die für ihn geeigneten Lösungen aussuchen kann. Da dies weder aus den Unterlagen noch aus der Produktpräsentation hervorgekommen ist, kann man auch in diesem Punkt dem Auftraggeber nicht den Vorwurf machen, dass er eine entsprechende Fragestellung an den Bieter verabsäumt hätte, denn der Inhalt des Angebots war aus seiner Sicht eben nicht unklar. Auch aus diesem Grund entsprach das Angebot nicht den Ausschreibungsunterlagen und wurde daher zu Recht ausgeschieden. Das BVA entschied, dass der Auftraggeber basierend auf den ihm vom Bieter vorgelegten aussagekräftigen Unterlagen eine ordnungsgemäße Prüfung des Angebotes durchgeführt hatte.

- 111 In einem jüngst vom BVA¹⁹⁸ zu beurteilenden Fall stellte sich die Frage, ob bei der Angabe der Lebensdauer von Leuchtmitteln für einen Tunnel ein Gewährleistungsversprechen ausreiche. Der Ausschreibung war zu entnehmen, dass es wesentlich ist, dass Leuchtmittel mit langer Lebensdauer angeboten werden. Die Absicht der Auftraggeberin könne es nur sein, nach Abschluss der Leistungserbringung über einen funktionierenden Tunnel zu verfügen. Hieraus schließt das BVA, dass die Auftraggeberin sich bereits im Vorfeld überzeugen muss, dass der Tunnel störungsfrei verwendet werden kann. Das könne durch ein bloßes Versprechen bzw eine bloße Zusage nicht überprüft werden. Daher kommt der erkennende Senat zu dem Ergebnis, dass für die Zuerkennung von Qualitätspunkten für die Lebensdauer der Leuchtmittel nicht ausreichend ist. Vielmehr müssen entsprechende qualifizierte Nachweise (Herstellerangaben oder sonstige Nachweise befugter Prüfeinrichtungen), die überprüfbar und nachvollziehbar sind, vorgelegt werden.
- 112 Das BVA sprach aus, dass auf Grund der Schriftlichkeit der Angebotslegung und der Angebotsprüfung der Wortlaut des Angebots beachtlich ist.¹⁹⁹ Erst wenn der Inhalt des Angebots unklar oder zweifelhaft ist, ist ein Hinterfragen desselben zulässig. Im entscheidungserheblichen Fall hatte der Bieter ein Gebrauchtgerät angeboten, obwohl ein neues Gerät gefordert war und sich anschließend auf ein Redaktionsversehen berufen. Das BVA entschied, dass bei diesem Text des Angebots dem Auftraggeber nicht erkennbar sein konnte, dass der Bieter eigentlich ein Neugerät anbieten wollte.²⁰⁰ Somit war das Redaktionsversehen unerheblich, es lag keine

¹⁹⁸ BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52.

¹⁹⁹ BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026.

²⁰⁰ Diese argumentierte damit, dass er sich bewusst war, dass ein Neugerät anzubieten sei. Diese inneren Überlegungen des Bieters sind aber nicht in einer für den Auftraggeber nach außen sichtbaren Weise in Erscheinung getreten.

Unklarheit des Angebots vor, die das Verlangen einer schriftlichen Aufklärung gerechtfertigt hätte, da der Wortlaut des Angebots eindeutig war.²⁰¹

D. Fragen der Antragslegitimation

- 113 Die Frage der Antragslegitimation eines auszuschheidenden Bieters (von der Judikatur oft unter dem Begriff „vorfragenweise Annahme eines Ausscheidensgrunds“ betitelt) wird in unzähligen Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden behandelt. Es stellt sich die Frage wie es um die Antragslegitimation eines Bieters steht, dessen Angebot möglicherweise oder mit Sicherheit auszuschneiden gewesen wäre. Die Judikatur zu diesem Problembereich ist eher uneinheitlich, es gab und gibt teilweise voneinander abweichende Interpretationslinien. Dennoch scheint sich seit Mitte des Jahres 2009 eine klare Linie durchzusetzen. Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, die Ansichten der Judikatur zusammengefasst darzustellen.
- 114 Dem ersten Erkenntnis des VwGH, welches sich mit der genannten Problematik beschäftigte, lag die Konstellation zu Grunde, dass ein Bieter ein mit einem unbehebbaeren Mangel behaftetes Angebot abgegeben hatte, aber vom Auftraggeber nicht ausgeschieden worden war.²⁰² Der VwGH hält sinngemäß fest: Mangelt es einem Angebot an der grundsätzlichen Eignung, gemäß den Bestimmungen des Gesetzes für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden, so ist die Antragslegitimation zu verneinen. Weiters sei der Auftraggeber an die Ausschreibung gebunden und hätte das Angebot auszuschneiden gehabt. Nur weil er von einer formalen Ausscheidung abgesehen hatte, konnte aus dem mangelhaften Angebot (in diesem Fall handelte es sich um ein unvollständiges Angebot) kein zulässiges Angebot werden, dem der Zuschlag erteilt werden kann.
- 115 Nur wenige Monate nach dem geschilderten Erkenntnis erging eine Entscheidung des VfGH zum angesprochenen Thema.²⁰³ Ein Bieter hatte sich in einem seine Antragslegitimation verneinenden Bescheid des BVA beschwert erachtet. Der VfGH hob diesen Spruchpunkt als verfassungswidrig auf, da das BVA in dieser ungeklärten Frage ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH hätte richten müssen. Der Gerichtshof zitiert diverse Literatur und ist schlussendlich der Auffassung, dass die Frage des Ausschlusses eines – möglicherweise – auszuschneidenden, vom Auftraggeber selbst aber nicht ausgeschiedenen Bieters vom Nachprüfungsverfahren unter dem Aspekt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zweifelhaft ist. Der VfGH dürfte sich implizit der Kritik der zitierten Literatur über den gemeinschaftsrechtlich bedenklichen Rechtsschutzverlust angeschlossen haben. Der VfGH schließt weiters aus dem Telos der Rechtsmittelrichtlinie und

²⁰¹ BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026.

²⁰² VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050.

²⁰³ VfGH 8.3.2001, B 707/00.

unter Berufung auf *Öhler*,²⁰⁴ dass die Legitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eher weit zu verstehen ist.

- 116 Nächster Meilenstein ist die Entscheidung des EuGH in der Sache *Hackermüller*.²⁰⁵ Der EuGH gesteht zunächst jedem Bieter, dessen Angebot ausgeschieden wurde, Rechtsschutz zu. Er muss die Möglichkeit haben, diese Entscheidung anzufechten und seinen Standpunkt darzulegen. Würde man nun einem Bieter, dessen Angebot fälschlicherweise nicht ausgeschieden wurde, den Zugang zum Nachprüfungsverfahren verwehren, hätte dies einerseits zur Folge, dass ihm sein Recht auf Nachprüfung der Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, genommen würde. Andererseits verlöre er auch das Recht, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, den die Instanz angeführt hat, um ihm die Eigenschaft einer Person, der durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht, abzusprechen.²⁰⁶
- 117 Um in dieser Situation Abhilfe zu verschaffen, hält der EuGH fest, dass der Bieter im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens das Recht haben muss, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, wobei es möglich ist, dass die Behörde – nach Anhörung des Bieters – zu dem Schluss kommt, dass das Angebot tatsächlich vorher auszuschneiden gewesen wäre und daher der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist, da dem Bieter durch die von ihm behauptete Rechtswidrigkeit tatsächlich kein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.²⁰⁷ Es wird also betont, dass der Bieter jedenfalls aus Rechtsschutzüberlegungen die Möglichkeit haben muss, sich zum angeblich vorliegenden Ausschlussgrund zu äußern, es darf ihm nicht durch die Nichtzulassung zum Nachprüfungsverfahren das Recht auf Darlegung seines Standpunktes genommen werden.²⁰⁸ Der Generalanwalt spricht in seinen Schlussanträgen aus, dass bei Nichtgewährung dieser Möglichkeit die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde tatsächlich einer Ausschlussentscheidung ohne Rechtsbehelfsmöglichkeit gleichkäme.²⁰⁹ Man sieht klar, dass diese Entscheidung des EuGH von Rechtsschutzüberlegungen geleitet wurde, die zuvor auch die österreichische Literatur einmahnte. Grundsätzlich bestätigte der EuGH mit dieser Entscheidung die Rechtsprechung des VwGH, auch wenn er sie um den genannten Rechtsschutzaspekt ergänzte.
- 118 Diese ergänzende europäische Linie wurde schließlich vom VwGH übernommen. Der VwGH erklärte die Vorgangsweise der Vorinstanz, die den Bieter in der Verhandlung auf das mögliche Vorliegen eines Ausschlussgrunds hingewiesen hatte und eine Stellungnahme seinerseits

²⁰⁴ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union 156.

²⁰⁵ EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*.

²⁰⁶ EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller* Rz 26.

²⁰⁷ EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller* Rz 27.

²⁰⁸ Vgl auch SA GA *Mischo* 25.2.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller* Rz 52; G. Gruber, ZVB 2005, 222.

²⁰⁹ SA GA *Mischo* 25.2.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller* Rz 65.

gefordert hatte, unter Verweis auf das Urteil des EuGH in der Sache *Hackermüller* ausdrücklich als zulässig.²¹⁰

- 119 Einen weiteren wichtigen Aspekt entwickelte der VwGH in seiner Entscheidung vom 28.3.2007, 2005/04/0200. In diesem Fall bestritt die Beschwerdeführerin, welche die Zuschlagsentscheidung angefochten hat, im Verfahren die Möglichkeit gehabt zu haben die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrags herangezogenen Ausscheidensgrunds anzuzweifeln. Der VwGH verweist auf seine frühere Rechtsprechung und im Besonderen auf das EuGH-Urteil in der Sache *Hackermüller*. Die Bieterin hatte in der mündlichen Verhandlung lediglich zu einem behaupteten Unterpreis Stellung genommen, nicht aber zu den Ausscheidenstatbeständen, die schlussendlich vom BVA für die Ausscheidung des Angebots herangezogen wurden (Verstoß gegen die Kalkulationsvorschriften, mangelnde Aufklärung, widersprechendes Angebot). Der VwGH stellt fest, dass das BVA nicht erkannt hat, dass es *„allein darauf ankommt, ob der Beschwerdeführerin Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln und solcherart Gehör gewährt wird.“*²¹¹ (Hervorhebung im Original) Im Ergebnis hob der VwGH diesen Spruchpunkt des angefochtenen Bescheids wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.
- 120 Schließlich fasst der VwGH seine Sicht zu diesem Thema folgendermaßen zusammen:²¹² Es entsteht kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, also – anders gesagt – ist der selbst nicht ausschreibungs- bzw vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schützenswert. Anderes müsse jedoch gelten, wenn der Bieter aus einem Grund nicht in Betracht kommt, der in einer fehlerhaften, weil beispielsweise diskriminierenden, Ausschreibung liegt. In diesem Fall müsse ein auszuscheidender Bieter innerhalb der offenstehenden Fristen die Möglichkeit zur Bekämpfung der Ausschreibung haben. Diese Linie des VwGH kann als gesicherte Rechtsprechung angesehen werden, sie wurde von diesem bis heute aufrechterhalten.²¹³ *Reisner* fasst treffend zusammen, dass es für einen Bieter, dessen Ausscheiden feststeht, ohne Belang ist, *„was auch immer sonst im Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren geschehen ist oder noch geschehen wird“*; er habe jede

²¹⁰ VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030.

²¹¹ VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200.

²¹² VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200.

²¹³ Zuletzt VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240.

weitere Mitsprachemöglichkeit verloren.²¹⁴ Der VwGH bestätigt in diesem Urteil seine bereits in mehreren Entscheidungen eingeschlagene Linie zur Antragslegitimation.²¹⁵

- 121 Nur wenige Monate später bekräftigte der VwGH seine Linie in seiner Entscheidung vom 26.7.2007, 2003/04/0074.²¹⁶ Er verwies auf ältere Judikate und sprach unmissverständlich und völlig klar aus, dass ein Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren hat. Er sprach ausdrücklich aus, dass es nicht in der Disposition des Auftraggebers steht, von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen.²¹⁷ Vielmehr sei die Bindung der für eine Zuschlagsentscheidung in Frage kommenden Angebote an die Ausschreibung für die Gleichbehandlung der Bieter entscheidend.²¹⁸ Die Tatsache, dass der Auftraggeber das Angebot nicht ausgeschieden hat, kann nicht dazu führen, dass das Angebot von seinem Fehler geheilt und somit zulässig wird.²¹⁹
- 122 Der VwGH führt weiters aus, dass die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren nur dann besteht, wenn dem Bieter durch die Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Da das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt, weil es auszuschneiden gewesen wäre, kann die Antragstellerin keinen Schaden erleiden und daher fehlt ihr die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren. Weiters habe sich die belangte Behörde in Verkennung der Rechtslage nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob das Angebot auszuschneiden gewesen wäre.
- 123 Diese Argumentationslinie des VwGH kann als gesicherte Rechtsprechung angesehen werden.²²⁰ Der VwGH selbst spricht mehrmals aus, dass er keinen Grund sieht von der bereits existierenden ständigen Rechtsprechung abzugehen.
- 124 *Pachner* kritisiert in seiner Entscheidungsanmerkung, dass dieser Rechtsprechung des VwGH, die schon lange eindeutig in diese Richtung tendiert hat, keine durchgängige Beachtung durch das BVA geschenkt wurde. *Pachner* zeigt sich skeptisch, „inwieweit der tatsächlich gelebte Vergaberechtsschutz der stRsp des VwGH folgen wird.“²²¹

²¹⁴ *Reisner*, RPA 2007, 176 (178).

²¹⁵ VwGH 3.1.2005, 2003/04/0039; VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26; BVA 27.9.2005, 07N-78/05-29.

²¹⁶ Siehe auch VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103.

²¹⁷ Vgl dazu auch VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 mit Bezug auf das Steiermärkische Vergabegesetz; BVA 1.2.2008, N0121-BVA/07/2007-41; BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; BVA 30.11.2005, 02N-109/05-11; zuletzt BVA 3.2.2009, N/0170-BVA/03/2008-30.

²¹⁸ Vgl dazu EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, *Wallonische Busse* Rz 88, wonach eine Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens darstellt; siehe auch BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44.

²¹⁹ Siehe auch BVA 30.11.2005, 02N-109/05-11.

²²⁰ Zuletzt VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240; siehe auch VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233.

²²¹ *Pachner*, ZVB 2007, 326 (328).

125 *Pachners* Skepsis war zum damaligen Zeitpunkt durchaus berechtigt, da es zahlreiche Urteile der Vergabekontrollbehörden gibt, die trotz Vorliegens eines Ausscheidensgrunds die Antragslegitimation von Bietern bejaht haben.²²² In einer – nur wenige Monate vor dem soeben besprochenen Erkenntnis des VwGH – ergangenen Entscheidung erkannte das BVA die Antragslegitimation eines Bieters an, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre.²²³ Das BVA spricht aus, dass sich aus keiner Bestimmung des Bundesvergabegesetzes entnehmen oder ableiten lässt, dass das BVA im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine nicht vollständig abgeschlossene oder fehlerhaft durchgeführte Angebotsprüfung (gleichsam „an Stelle des Auftraggebers“) abschließen oder durchprüfen darf, sonst würde es zum Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers werden.²²⁴ Auch Teile der Literatur folgten dieser Entscheidung.²²⁵ Das BVA entschied nun, dass die Zuschlagsentscheidung nichtig ist, weil eine unvollständige und fehlerhafte Angebotsprüfung stattgefunden hat. Obwohl es erkennt, dass der Antragsteller auszuschneiden gewesen wäre, thematisiert es seine Antragslegitimation nicht und es prüft auch nicht die Frage der Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit für den Verfahrensausgang, wie es der VwGH aber regelmäßig tut und dabei zu dem Ergebnis kommt, dass ein Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre, keine Chance auf die Zuschlagserteilung hat und ihm somit kein Schaden entstehen kann. Grundlage für diese Beurteilung ist § 321 Abs 1, der vorsieht, dass ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidung beantragen kann, sofern er ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrags behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Bestimmung wird von der ständigen Rechtsprechung des VwGH dahingehend interpretiert, dass einem auszuschneidenden Bieter im Hinblick auf die

²²² Siehe beispielsweise UVS Steiermark 9.2.2009, 443.15-4/2008, welcher – ohne Begründung! – die Antragslegitimation bejahte, wenn alle Angebote auszuschneiden sind (zwingender Widerrufungsgrund). Ebenso UVS OÖ 16.2.2007, VwSen-550281/27/Wim/Be. Es ist umstritten, ob die Antragslegitimation bei Vorliegen eines zwingenden Widerrufungsgrunds gegeben ist, siehe dazu zuletzt BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30.

²²³ BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24.

²²⁴ Siehe diesem Urteil folgend auch BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29 sowie BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27. Siehe auch ältere Judikatur (BVA 5.11.2003, 08N-94/03-192; BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39) wonach im Rahmen der Beurteilung der Antragslegitimation keine detaillierte Prüfung der Angebote vorzunehmen sei, sondern nur evidente Verstöße aufgegriffen werden sollen. Das Ausschneiden sei primär Aufgabe des Auftraggebers. Siehe auch *Grasböck* in seiner Entscheidungsanmerkung (ZVB 2004, 171): „Eine Nachholung vom Auftraggeber versäumter Prüfungsschritte fällt nicht mehr unter den Begriff der Nachprüfung.“ Ebenso *Eitlinger* in RPA 2004, 161, wonach die Nachprüfungsbehörde nur evidente, somit aus den Vergabeunterlagen (Ausschreibungsbestimmungen, Angebot, Bewertungsprotokoll etc) für jedermann klar erkennbare Ausscheidenstatbestände eines Antragstellers amtswegig aufgreifen dürfe.

²²⁵ *Grasböck*, ZVB 2004, 171: er spricht sich dafür aus, dass der Auftraggeber seine genuin ihm obliegende Angebotprüfpflicht auch selbst zu erfüllen hat. Er gibt auch zu bedenken, dass „das BVA innerhalb von sechs Wochen entscheiden soll [...] und dabei gerichtsäquivalent unparteiisch vorzugehen hat, während der AG regelmäßig weitaus mehr Zeit zur Angebotsprüfung hat und dabei seine eigene Sicht der Dinge [...] zu manifestieren hat, die dann gegebenenfalls im Nachprüfungsverfahren nachzuprüfen ist. [Hervorhebungen im Original]“ Siehe hierzu auch *Eitlinger*, RPA 2007, 119.

Zuschlagsentscheidung losgelöst vom tatsächlichen Vorgehen des Auftraggebers keine Antragslegitimation zukommt.²²⁶

- 126 Hervorzuheben ist die Tatsache, dass das BVA im bereits zitierten Bescheid²²⁷ die unvollständige Angebotsprüfung als wesentlich für den Verfahrensausgang ansieht. *Fink* hinterfragt dies, da nach der Gesetzessystematik nicht jede Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeitserklärung einer Auftraggeberentscheidung führen solle.²²⁸ Er verweist auf die Erläuterungen, die ausführen, dass das BVA nur bei zusätzlichen Auswirkungen auf den Verfahrensausgang eine Entscheidung aufheben kann.²²⁹
- 127 Das BVA stützt sich in dieser Entscheidung auf eine mitunter anzutreffende Rechtsprechung, wonach bei einer unterbliebenen Ausscheidensentscheidung nur bei offenkundigen Ausscheidensgründen die Antragslegitimation abgesprochen werden kann.²³⁰ Damit sollen die Nachprüfungsbehörden vor umfangreichen Angebotsprüfungen geschützt werden, die ein Auftraggeber auf diese Weise auf sie überwälzen könnte. Allerdings besteht im vorliegenden Fall eben gerade ein so offenkundiger Ausscheidensgrund, dass die Antragslegitimation auch dieser Rechtsprechung folgend, abzusprechen wäre.
- 128 In seiner Entscheidungsanmerkung konstatiert *Fink*, dass noch abzuwarten bleibt, „*ob es sich bei dieser Entscheidung um den Ausgangspunkt einer neuen Judikaturlinie oder um ein bloßes ‚Strohfeuer‘ handelt.*“²³¹ Dieser Auffassung dürfte der VwGH mit seinen weiter oben bereits ausführlich geschilderten Entscheidungen eine klare und völlig eindeutige Absage erteilt haben.²³²
- 129 Wie von der Lehre erwartet und im Einklang mit damals bereits bestehender höchstgerichtlicher Judikatur²³³ wurde diese Entscheidung des BVA tatsächlich vom VwGH mit Urteil vom 18.3.2009, 2007/04/0095 aufgehoben.
- 130 Bevor dieses Erkenntnis kurz geschildert wird, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gemäß § 312 Abs 2 Z 2 das BVA im Rahmen der durch den Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte prüfbefugt ist. Die Prüfbefugnis des BVA hängt daher vom Begehren sowie dem geltend gemachten Beschwerdepunkt in Nachprüfungsantrag ab.²³⁴ Sieht sich der

²²⁶ VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050.

²²⁷ BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24.

²²⁸ *Fink*, ZVB 2007, 170 (172).

²²⁹ 1171 BlgNR 22. GP 141 (zu § 325).

²³⁰ BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24.

²³¹ *Fink*, ZVB 2007, 170 (171).

²³² VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200; VwGH 26.7.2007, 2003/04/0074.

²³³ Siehe auch VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233 mit weiteren Nachweisen.

²³⁴ *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVerfG 2006 § 312 Rz 171.

Nachprüfungsantragsteller in seinem Recht auf Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten verletzt, ergibt sich ein im Vergleich zu einer im Rahmen der Ausschreibung behaupteten Rechtsverletzung weitaus größerer Prüfraumen für das BVA. Auf Grund der durch das AVG gebotenen Offizialmaxime können daher vom BVA im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte auch Ausscheidensgründe aufgegriffen werden, die weder vom Auftraggeber noch vom Antragsteller geltend gemacht wurden.²³⁵

- 131 Nähern wir uns nun wieder dem genannten Erkenntnis des VwGH, welches als Antwort auf zahlreiche Erkenntnisse der Vergabekontrollbehörden zu verstehen ist.²³⁶ Der VwGH spricht darin aus, dass die Auffassung der belangten Behörde verfehlt ist, wonach die Behörde einen vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschließungsgrund nicht heranziehen dürfe.²³⁷ Der VwGH geht somit davon aus, dass die Nachprüfungsbehörde jedenfalls auch Ausscheidensgründe heranziehen darf, unabhängig davon, ob der Auftraggeber sie aufgegriffen hat oder nicht. Darin ist auch keine Verkürzung des Rechtsschutzes zu sehen, da dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren vor dem Verneinen seiner Antragslegitimation jedenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Dürfte die Nachprüfungsbehörde nämlich nicht berücksichtigen, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), so hätte dies zur Folge, dass sie den Antrag nicht wegen Fehlens der Antragslegitimation zurückweisen dürfte. Diesfalls hätte sie – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – inhaltlich über den Antrag zu entscheiden. Das BVA als belangte Behörde hatte sich aber im vorliegenden Fall mit dem Inhalt des Antrages (unrichtige Bewertung von Referenzen) gar nicht auseinandergesetzt, weshalb der angefochtene Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet war.
- 132 Für das fortgesetzte Verfahren hielt der VwGH folgende wesentliche Punkte fest: Er hält an seiner bisherigen Judikatur fest, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt – und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet – ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher zulässig ist (gemäß § 320 Abs 1 Z 2), auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre.²³⁸ Er spricht weiters aus, dass der Umstand, dass der Vergabekontrollbehörde keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, nichts daran ändert, dass die Behörde die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen

²³⁵ BVA 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24.

²³⁶ VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095.

²³⁷ VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095.

²³⁸ Siehe hierzu auch VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232, 2007/04/0233; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240, ZVB 2010, 73 (*Gruber/Eisner*); zuletzt VwGH 24.02.2010, 2006/04/0037.

hat.²³⁹ Der VwGH ermahnt das BVA (unter Verweis auf die bereits skizzierte Rechtsprechung des EuGH), dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren vor dem Verneinen seiner Antragslegitimation Gelegenheit zu bieten, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde als Grund für die Zurückweisung des Antrags herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln, also sich konkret dazu zu äußern.

- 133 Weiters betont der VwGH,²⁴⁰ dass von der Nachprüfungsbehörde nicht verlangt werden kann, fiktiv zu prüfen, wie sich der Antragsteller als Bieter im Vergabeverfahren verhalten hätte. Ist daher das Angebot des Antragstellers mit einem behebbaren Mangel behaftet, so hat die Nachprüfungsbehörde (die selbst insoweit keinen Mängelbehebungsauftrag erteilen kann) nicht zu beurteilen, ob ein solcher Auftrag rechtzeitig erfüllt worden wäre. Der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat, könne daher nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden sei. Die Verpflichtung der Behörde, bei Prüfung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschließungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens.²⁴¹ Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausschließungsgründe aufzugreifen, die für sie nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Der VwGH beruft sich wiederum auf ein früheres Erkenntnis,²⁴² in dem er bereits ausgesprochen hat, dass es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde sei, bei der Prüfung der Antragslegitimation die – vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte – Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre. Es besteht daher keine Verpflichtung zur Prüfung der Bieterangaben mittels eines Sachverständigen.²⁴³ Diese Rechtsansicht wird nun erkennbar fortentwickelt, wenn der VwGH ausspricht, dass die Vergabekontrollbehörde – auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat – Anträge von Bieter (nur dann) als unzulässig zurückzuweisen hat, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens eindeutig ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre.²⁴⁴ Wenn der Bieter beispielsweise ein Muss-

²³⁹ VwGH 7.11.2005, 2005/04/0061.

²⁴⁰ VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095.

²⁴¹ Vgl hierzu besonders die Rechtsprechung des EuGH, zB EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller* sowie VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200.

²⁴² VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199.

²⁴³ BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31; BVA 29. 7. 2009, N/0061-BVA/04/2009-32, ZVB 2009, 342 (*Rosenkranz*).

²⁴⁴ VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095.

Kriterium nicht erfüllt und sich dies klar aus der Aktenlage ergibt, kann ihm keine Antragslegitimation zugesprochen werden.²⁴⁵

134 Dieser Linie folgt mittlerweile auch die Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden, beispielhaft genannt seien folgende Entscheidungen:²⁴⁶

- Jüngst entschied der UVS Burgenland, dass jedenfalls auch vom Auftraggeber in der (ursprünglichen) Ausscheidensentscheidung nicht herangezogene Ausscheidenstatbestände im behördlichen Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers entscheidungserheblich sind.²⁴⁷ Ergibt sich nun im Zuge des Nachprüfungsverfahrens im Ermittlungsverfahren, dass das Angebot des antragstellenden Bieters zwar nicht aus dem in der Ausscheidensentscheidung geltend gemachten Ausscheidensgrund, wohl aber aus einem anderen Ausscheidensgrund auszuschneiden gewesen wäre, so ist dieser Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation abzuweisen.
- In einer anderen Entscheidung des UVS Burgenland ergänzt dieser die Rechtsprechung des VwGH um folgende Überlegungen:²⁴⁸ Die Verfahrensparteien hatten vorgebracht, dass die Vergabekontrollbehörde zwar nicht verpflichtet, aber berechtigt sei, nicht aus der Aktenlage ersichtliche Gründe aus eigenem aufzugreifen. Der UVS erteilt dieser Ansicht eine klare und gut begründete Absage, wonach dies auf die Einräumung eines nicht ausreichend determinierten – sohin verfassungswidrigen – Ermessensspielraumes hinauslaufen würde. Ist doch unklar, von welchen Erwägungen sich die Behörde bei der Entscheidung der Frage leiten lassen soll, ob sie sich in einem bestimmten Fall mit der Aktenlage des Vergabeverfahrens begnügt oder darüber hinaus Beweisaufnahmen durchführt. Es sei auch kein rational nachvollziehbarer Maßstab dafür ersichtlich, das Bedürfnis an der Raschheit und Wirksamkeit des Nachprüfungsverfahrens in einem Fall größer als in einem anderen Fall zu beurteilen und demnach in einem Fall das Prozessthema mit eigenen Beweisaufnahmen zu klären und sich in einem anderen Fall auf die Aktenlage des Vergabeverfahrens zu beschränken.
- Mittlerweile folgt auch das BVA der Linie des VwGH.²⁴⁹ In einer aktuellen Entscheidung fasst das BVA unter Berufung auf die Rechtsmittel-Richtlinie 2007/66/EG²⁵⁰ die aktuelle

²⁴⁵ VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041: Die bestandsfeste Ausschreibung forderte ein Kreditschutzverband-Rating von 100 bis 350, die Antragstellerin wies ein Gesamtrating von 354 auf.

²⁴⁶ Darüber hinaus siehe auch BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30; BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30; BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39.

²⁴⁷ UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003.

²⁴⁸ UVS Burgenland 19.6.2009, VNP/15/2008.006/089.

²⁴⁹ Beispielsweise BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78; N/0100-BVA/09/2008-18.

Rechtslage zu Antragslegitimation treffend zusammen.²⁵¹ Es verweist zunächst auf die ständige Rechtsprechung des VwGH,²⁵² wonach es zulässig sei, dem Beschwerdeführer die Antragslegitimation abzusprechen, wenn sein Angebot auszuschneiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht kommt. Diese ersatzweise Angebotsprüfung des Anbots des Antragstellers durch die Vergabekontrollbehörde ende aber dort, wo der Ausscheidensgrund zu Lasten des Antragstellers eines Sachverständigenbeweises bedürfte. Das BVA verweist allerdings darauf, dass die Umsetzung der RL 2007/66/EG einen allfälligen Anlass zu einem Überdenken der ständigen Rechtsprechung darstellen könnte.²⁵³ Sie knüpft die Antragslegitimation einerseits an das Vorliegen eines Schadens (Art 1 Abs 3). Weiters stellt die RL gemäß Art 2a auf die Betroffenheit ab, also auf einen neuen Rechtsbegriff, welcher der nationalen Rechtsprechung noch fremd ist. Demnach gelten Bieter als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig (was wohl gleichzusetzen sein wird mit rechtskräftig) ausgeschlossen wurden. Es besteht daher argumentativ und laut *Grasböck*²⁵⁴ auch aus guten Gründen die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen einem bereits ausgeschiedenen Bieter dennoch die Antragslegitimation in Bezug auf die Vergabeentscheidung zugunsten eines Konkurrenten zuzuerkennen. Diese neue Rechtsmittel-Richtlinie sollte spätestens am 20.12.2009 von den Mitgliedstaaten umgesetzt worden sein. In Österreich ist die Novelle zum BVergG mit etwas Verspätung am 4. März 2010 im Bundesgesetzblatt (BGBl I 2010/15) kundgemacht worden. Der Begriff der Betroffenheit kommt zwar nicht ausdrücklich vor, es bleibt aber abzuwarten, ob die bisherige Rechtsprechung beibehalten wird oder sich im Sinne der Betroffenheit ändern wird.

- 135 Obwohl die geschilderten Ansichten des VwGH mittlerweile unbestrittene ständige Rechtsprechung sind,²⁵⁵ sieht es *Rosenkranz* als problematisch an, dass damit letztlich eine Prüfung, zu welcher der Auftraggeber verpflichtet gewesen wäre, auf die Nachprüfungsinstanz verlagert werden kann und der Auftraggeber sohin ohne vergaberechtliche Konsequenz sogar absichtlich einen Bieter nicht auszuschneiden bräuchte, da er im Nachprüfungsverfahren jedenfalls einwenden kann, dass der Antragsteller eigentlich hätte ausgeschieden werden müssen.²⁵⁶ Diese Möglichkeit der Manipulation ist jedenfalls nicht völlig von der Hand zu weisen.

²⁵⁰ RL 2007/66/EG der Europäischen Parlaments und des Rates v 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl L 335 v 20.12.2007 S 31

²⁵¹ BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52, ZVB 2010, 64 (*Grasböck*).

²⁵² VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200.

²⁵³ BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52.

²⁵⁴ *Grasböck*, ZVB 2010, 64 (66).

²⁵⁵ Siehe auch VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041.

²⁵⁶ *Rosenkranz*, ZVB 2009, 342 (346).

- 136 Es schien in der Vergangenheit so, als wolle das BVA auch objektive Rechtsverletzungen durch Bieter ohne Antragslegitimation einer Überprüfung zugänglich machen. Der VwGH hat demgegenüber unter Berufung auf die Systematik des Gesetzes stets auf die subjektiven Rechte der Bieter abgestellt und eine bloß abstrakte Prüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Auftraggeberentscheidung abgelehnt.²⁵⁷ Nunmehr folgt auch das BVA dieser Ansicht und spricht in einem aktuellen Urteil ausdrücklich aus, dass eine Zuständigkeit des BVA zur Prüfung von objektiven Rechtsverletzungen, nicht der Systematik des BVergG entspricht.²⁵⁸ Im Nachprüfungsverfahren gehe es vielmehr um die Durchsetzung subjektiver Rechte des Antragstellers gegenüber dem Auftraggeber. Zudem bestehe auch nach der Judikatur des VfGH kein subjektives Recht auf objektive Richtigkeit von Auftraggeberentscheidungen.²⁵⁹
- 137 Zusammenfassend kann nun gesagt werden, dass der Gerichtshof einerseits zwischen der Überprüfung der Zulässigkeit von Anträgen und andererseits der – unzulässigen Wahrnehmung von Auftraggeberhandlungen durch die Vergabekontrollbehörden differenziert. Dieses Ergebnis wird auf die gemeinschaftsrechtlich geforderte Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens gestützt. Die Lehre sieht in den geschilderten Erkenntnissen des VwGH eine konsequente Fortsetzung der bisherigen zur Frage der Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren ergangenen Rechtsprechung, welche ihren Ursprung im Erkenntnis VwGH 2000/04/0050 fand und als Reaktion auf das EuGH-Urteil in der Sache *Hackermüller* um das Erfordernis eines kontradiktorischen Verfahrens ergänzt wurde.²⁶⁰ *Gruber/Eisner* analysieren schlüssig, dass bei Bejahung einer Befugnis der Vergabekontrollbehörde zur „vorfrageweisen Annahme eines Ausscheidungsgrundes“, auch eine Verpflichtung der Behörde zur Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen bestehen muss.²⁶¹ Die Autoren kritisieren aber, dass nach wie vor mit keiner allgemein gültigen Rechtsprechungsformel abgeklärt ist, wie weit diese Verpflichtung geht, es scheint vielmehr nur soviel gesichert, als sich schon aus der Aktenlage klar ergeben muss, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre.²⁶² Was dies genau bedeutet, wird leider offen gelassen und auch der Gesetzgeber hat es bisher verabsäumt, diese in der Praxis und der Literatur kontroversiell behandelte Frage im Interesse der Rechtssicherheit eindeutig zu regeln.
- 138 Die neuere ständige Rechtsprechung geht davon aus, dass die Antragslegitimation nur dann zu verneinen ist, wenn sich aus den der Vergabekontrollbehörde vorliegenden Unterlagen

²⁵⁷ VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181; VwGH 23.5.2007, 2005/04/0214.

²⁵⁸ BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30.

²⁵⁹ *Möslinger-Gehmayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 322 Rz 48 mit weiteren Nachweisen.

²⁶⁰ *Gruber/Eisner*, ZVB 2009, 224 (226).

²⁶¹ *Gruber/Eisner*, ZVB 2009, 224 (226f).

²⁶² *Gruber/Eisner*, ZVB 2009, 224 (227).

offensichtlich und eindeutig ergibt, dass das Angebot des Antragstellers jedenfalls auszuschneiden gewesen wäre.

- 139 Als Voraussetzung für die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 325 Abs 1 genügt, dass potentiell ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens auftreten kann.²⁶³ Es muss nicht konkret feststehen, es muss lediglich möglich und wahrscheinlich sein. Schließlich genügt für die Frage der Antragslegitimation das Vorbringen zum Ausscheiden aller vorgereichten Bieter, wenn es hinlänglich konkret ist. Daher kann auch ein an fünfter Stelle gereihter Bieter antragslegitimiert sein.²⁶⁴

²⁶³ Reisner in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 325 Rz 12 mit weiteren Nachweisen in FN 60; dem folgend BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28.

²⁶⁴ BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28.

IV. Vorbemerkungen zu § 129 Abs 1

A. *Taxativer Katalog*

- 140 Der das Ausscheiden von Angeboten regelnde § 129 enthält in Abs 1 und 2 einen taxativen Katalog an Ausscheidensgründen, die in den folgenden Kapiteln behandelt werden. Die **abschließende Aufzählung** an Ausscheidensgründen bedeutet, dass der Auftraggeber nicht befugt ist, in den Ausschreibungsunterlagen neue Ausscheidenstatbestände zu schaffen.²⁶⁵ Ungeachtet dieser Unzulässigkeit der Festlegung von Ausscheidensgründen über den Katalog des § 129 hinaus, sind alle Bieter und der Auftraggeber auf Grund des Gebots der Gleichbehandlung an bestandfeste Festlegungen gebunden.²⁶⁶ Siehe dazu ausführlich die allgemeinen Vorbemerkungen im Kapitel II.A. und II.B.
- 141 Weiters ist es dem Auftraggeber insbesondere nicht erlaubt behebbare Mängel als unbehebbar qualifizieren. Hierzu erging eine Entscheidung des BVA, in der es allgemein festhält, „*dass es grundsätzlich nicht in der Disposition des Auftraggebers steht, durch Regelungen in den Ausschreibungsbedingungen bestimmte Mängel in Angeboten gleichsam als unbehebbar zu qualifizieren. Nach § 98 Z 8 BVergG [Anm.: 2002] sind nämlich fehlerhafte oder unvollständige Angebote nur dann auszuschneiden, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.*“²⁶⁷ Die ins Treffen geführte Bestimmung entspricht im BVergG 2006 dem

²⁶⁵ Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar² § 129 Rz 9; BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29.

²⁶⁶ Siehe hierzu ausführliche Judikatur (BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29) und Lehre (Elsner, BVergG 2006 Rz 213).

²⁶⁷ BVA 5.6.2003, 12N-32/03-17. Vgl weiters BVA 7.11.2003, 14N-91/03-29 und die Anmerkungen von Etlinger, RPA 2004, 161. In diesem Verfahren zeigte sich sehr augenscheinlich die Problematik, mit der das BVA zunehmend konfrontiert war: der Auftraggeber verabsäumt die Ausscheidung des Angebots eines zwingend auszuschneidenden Bieters. Nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung stellt dieser Bieter einen Nachprüfungsantrag beim BVA wegen Rechtswidrigkeit der Entscheidung. Der Auftraggeber bringt nun – unter Berufung auf die Judikatur – mangelnde Antragslegitimation des Antragstellers vor, da bei zwingendem Ausscheiden dem Bieter kein Schaden entstehen kann. Diese grundsätzlich nachvollziehbare Argumentation wird jedoch unglaublich, wenn der Auftraggeber – wie in diesem Verfahren passiert – einen solchen Bieter ausdrücklich um Verlängerung der Zuschlagsfrist und des Vadiums (welches zurückzustellen ist, wenn das Angebot für den Zuschlag nicht in Frage kommt) ersucht. Besonders bemerkenswert war im gegenständlichen Fall, dass der Auftraggeber erstmals in der mündlichen Verhandlung, also in der letzten Sekunde, die mangelnde Antragslegitimation vorgebracht hat, was seinem eigenen Prüfbericht widersprach demzufolge ein vollständiges und formgerechtes Angebot gelegt worden sei. Im Ergebnis entschied das BVA, dass diesem Bieter die Antragslegitimation nicht abgesprochen werden kann.

Die Motivation hinter dieser Vorgangsweise dürfte sein, dass sich der Auftraggeber dadurch erhofft, einem allfälligen Nachprüfungsverfahren entgehen zu können. Etlinger verweist in seinem Beitrag (RPA 2004, 161 [163]) auf die unsachliche Differenzierung zwischen Hauptantragsteller und Teilnehmantragsteller (die Möglichkeit als solcher am Nachprüfungsverfahren teilzunehmen wurde mit dem BVergG 2002 eingeführt) und sieht einen möglichen Lösungsansatz darin, dass die Nachprüfungsbehörde nur evidente, somit aus den Vergabeunterlagen für jedermann klar erkennbare Ausscheidenstatbestände eines Antragstellers amtswegig aufgreifen darf. Diese Ansicht hat sich mittlerweile auch durchgesetzt. Vgl sogleich BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24.

Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 7. Auch zur geltenden Rechtslage wird immer wieder sowohl in den Erläuternden Bemerkungen²⁶⁸ als auch in Lehre und Rechtsprechung betont, dass unbehebbarer Mängel nur solche sind, deren nachträgliche Änderung den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt und folglich den Wert der angebotenen Leistung beeinflusst. Siehe dazu ausführlich Kapitel IV.C.5.d) und e). Da somit ein objektiver Maßstab bei der Qualifikation als unbehebbarer Mangel anzulegen ist, kann es nicht sein, dass der Auftraggeber Mängel beliebig als unbehebbar bezeichnet. Da allerdings die Frist für die Anfechtung der Ausschreibung bereits abgelaufen und diese daher bestandsfest war, wurde dieser Fehler nicht schlagend.

- 142 Aus dem zwingenden Charakter der Ausscheidungsgründe des Abs 1 ergibt sich andererseits auch, dass sich der Auftraggeber an alle Ausscheidungsgründe halten muss. Er kann nicht nach Belieben über manche Ausscheidungsgründe, die für ihn im konkreten Fall nicht wesentlich erscheinen, hinwegsehen.²⁶⁹ Der Auftraggeber ist somit bei Vorliegen eines entsprechenden Tatbestandes verpflichtet, das Angebot auch tatsächlich auszuschneiden und die Mitbieter müssen darauf vertrauen können, dass er dies tatsächlich tut. Die Vergabekontrollbehörden sprechen dies regelmäßig ausdrücklich aus.²⁷⁰
- 143 Das BVA spricht dies im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen in seinem älteren Urteil vom 25.5.1998, N-8/98-16, aus: Ist ein Angebot auch nach den gesetzlichen Bestimmungen auszuschneiden, hat der Auftraggeber die durch andere Bieter auch durchsetzbare Verpflichtung, dieses Angebot auch tatsächlich auszuschneiden. Der Auftraggeber kann nicht zwischen Ausscheidensentscheidung und einer bloßen „Nicht-Berücksichtigung“ für die Zuschlagserteilung wählen.

²⁶⁸ 1171 BlgNR 22. GP 85 (zu § 129).

²⁶⁹ *Gast*, Vergaberecht 289

²⁷⁰ ZB BVA 27.4.2007, N/0030-BVA/07/2007-43; BVA 3.5.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; BVA 30.11.2005, 02N-109/05-11; BVA 24.6.2004, 17N-48/04-34; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17; VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050.

V. Angebotsbezogene Ausscheidensgründe des Abs 1

A. Nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (Z 3)

- 144 Gemäß Z 3 sind Angebote auszuschneiden, die eine – durch vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen. Daraus ergibt sich, dass ein automatisches Ausscheiden (ohne vorherige vertiefte Angebotsprüfung) unangemessen erscheinender Angebote unzulässig ist.²⁷¹
- 145 Der **Gesamtpreis** ist gemäß der Legaldefinition in § 2 Z 27 lit d die Summe der Positionspreise (Menge mal Einheitspreis oder Pauschalpreis) unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Die Materialien betonen ausdrücklich, dass mit der Wortfolge „*nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises*“ auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise erfasst ist, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen.²⁷² Das bedeutet, dass der Gesamtpreis bereits dann nicht plausibel zusammengesetzt sein kann, wenn einzelne Positionspreise oder Einheitspreise im Sinne des § 125 (auf den die Materialien ausdrücklich verweisen) betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sind. Laut der Rechtsprechung zieht im Ergebnis die Unangemessenheit einer Einzelposition die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises nach sich.²⁷³
- 146 Wirft man nun einen Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Ziffer so zeigt sich, dass die Lehre und auch die Rechtsprechung bereits seit dem BVergG 1997 davon ausgegangen sind, dass auch Positions- und Einheitspreise unter dem Aspekt der Plausibilität zu prüfen sind.²⁷⁴ Schließlich spricht der Gesetzgeber dies nun ausdrücklich in den Materialien zum BVergG 2006 aus.²⁷⁵
- 147 Als Judikatur-Beispiele seien folgende Urteile genannt:
- Das BVA spricht in einer Entscheidung²⁷⁶ allgemein aus, dass diese Ziffer inhaltlich einem aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleiteten Ausscheidenstatbestand entspricht, was auch daraus resultiert, dass diese Bestimmung einen „*Sammeltatbestand für sämtliche Fehler der Preisgestaltung darstellt*“, der immer dann erfüllt ist, wenn „*mit den Preisen nach den*

²⁷¹ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht 120.

²⁷² 1171 BlgNR 22. GP 85.

²⁷³ BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

²⁷⁴ Zu BVergG 1997: Heid/Hauck/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002) 206 mit weiteren Nachweisen; zu BVergG 2002: Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 398.

²⁷⁵ 1171 BlgNR 22. GP 85.

²⁷⁶ BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34.

*gesetzlichen Vorgaben und den Anforderungen in der Ausschreibung ,etwas nicht in Ordnung ist‘.*²⁷⁷

- Der VwGH²⁷⁸ entschied in einem Fall, in dem die Position Hilfsarbeiterregistunden mit 0,00 Euro angeboten wurden auf nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, da die Erklärungen des Bieters (er beschäftige keinerlei Hilfsarbeiter) im Nachprüfungsverfahren nicht den Vorwurf der spekulativen Preisgestaltung entkräften konnten. Obwohl also nur eine Position nicht plausibel (in diesem Fall sogar spekulativ) zusammengesetzt war, war das Angebot zu Recht ausgeschieden worden.
- Der VKS Wien spricht in einer Entscheidung – unter Berufung auf den VfGH – ausdrücklich aus, dass für die Beurteilung, *„ob der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt ist, [...] vor allem dann, wenn gravierende Auffälligkeiten [...] bei einer Leistungsgruppe gegeben sind, eine vertiefte Prüfung auch der einzelnen Positionen durchzuführen (ist). [...] Weisen einzelne Leistungsgruppen nicht nachvollziehbare Preise auf, so muss dies notgedrungen dazu führen, dass auch der Gesamtpreis nicht plausibel ist.“*²⁷⁹
- Das BVA hält fest, dass die nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises *„nicht nur in formaler Betrachtung den Gesamtpreis betrifft, sondern dabei auch eine Überprüfung von Einzelpositionen zu erfolgen hat. Liegt daher beispielsweise eine [...] unangemessene Position vor, [...] so führt dies dazu, dass im Ergebnis (auch) der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt ist.“*²⁸⁰

- 148 Nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeutet **plausibel** einleuchtend, verständlich, begreiflich.²⁸¹ Dennoch ist der Begriff des nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises in hohem Maße unbestimmt und auch die Rechtsprechung und Lehre haben noch keine eindeutige Interpretation dieses Rechtsbegriffs gefunden. Hierzu gibt es in der europäischen und nationalen Rechtsprechung unterschiedliche zu untersuchende Interpretationsansätze.²⁸²
- 149 Es sei daran erinnert, dass alle diese Interpretationsansätze immer vor dem Hintergrund des Wettbewerbsgrundsatzes zu lesen sind. Das bedeutet, dass ein Ausscheiden nur in Frage kommt,

²⁷⁷ BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34.

²⁷⁸ VwGH 6.4.2005, 2004/04/0040.

²⁷⁹ VKS Wien 3.6.2005, VKS-1648/05.

²⁸⁰ Siehe auch BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34.

²⁸¹ Duden, Deutsches Universalwörterbuch⁵ (2003).

²⁸² Vgl ausführlich Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 26ff.

wenn eine Annahme des fraglichen Angebots den freien, ungehinderten und lautereren Wettbewerb beeinträchtigen würde.²⁸³

1. Interpretationsansatz betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit

150 Dieser Interpretationsansatz ergibt sich aus der Verknüpfung des § 129 Abs 1 Z 3 mit § 125: Ein Ausscheiden des Angebots nach dieser Ziffer ist nur nach vorhergegangener vertiefter Angebotsprüfung zulässig. Daraus ergibt sich folgender Ablauf bei der Behandlung von Angeboten: Der Auftraggeber hat nach dem Öffnen der Angebote die Angemessenheit der Preise zu prüfen. Er hat dabei gemäß § 125 Abs 2 von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Bei bestimmten Mängeln der Angebote (siehe Abs 3) hat der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen zu verlangen und eine **vertiefte Angebotsprüfung** gemäß § 125 Abs 4 durchzuführen. Ziel dieser vertieften Prüfung ist festzustellen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Angebote, die dieser Prüfung nicht standhalten sind folglich nach § 129 Abs 1 Z 3 auszuschneiden. Aus diesem Grund ist die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit durchaus ein Kriterium, das als Interpretationsansatz für § 129 Abs 1 Z 3 herangezogen werden kann. Da eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellt sein muss, ist dieser Ausscheidenstatbestand systematisch in engem Zusammenhang mit der Preisangemessenheitsprüfung des § 125 auszulegen.²⁸⁴

151 Für diesen Interpretationsansatz sprechen laut *Öhler/Schramm*²⁸⁵ drei Gründe:

- § 129 Z 3 stellt auf die Zusammensetzung des Gesamtpreises ab, und damit auf die einzelnen Positionspreise und ihr Verhältnis zueinander.
- Gemäß § 125 sind auch Positions- und Einheitspreise einschließlich deren Aufgliederung zu prüfen.
- Bei spekulativer Preisgestaltung – einem in Z 3 ausdrücklich genannten Fall eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises – ist typischerweise nicht der Gesamtpreis, sondern sind bestimmte Einheitspreise ungewöhnlich niedrig.

²⁸³ Siehe dazu ausführlich *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 32.

²⁸⁴ *Öhler* in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV (2007) 15 (17).

²⁸⁵ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 §129 Rz 26.

- 152 Es stellt sich die Frage, ob die Begriffe „betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit“ und „Plausibilität des Gesamtpreises“ synonym zu verstehen sind. Ist immer dann, wenn die Preise nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, auch die Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht plausibel? Die allgemeinen Auslegungsgrundsätze gehen davon aus, dass bei Verwendung zweier verschiedener Begriffe, diesen unterschiedlichen Begriffen auch unterschiedliche Bedeutung zuzumessen ist.²⁸⁶ Öhler tritt für ein synonymes Verständnis ein, da der Ausscheidenstatbestand der Z 3 die vertiefte Angebotsprüfung als Mittel zur Feststellung der fehlenden Plausibilität normiert, deren Prüfungsgegenstand die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit ist. Seiner Meinung nach würde ein Auseinanderfallen dieser beiden Begriffe dem Gesetzeszweck widersprechen.²⁸⁷
- 153 Auch der Gesetzgeber scheint hier implizit eine klare Position zu beziehen. Laut BVergG 2002 waren Angebote auszuschneiden, die „eine – **gegebenenfalls** durch vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen“ (Hervorhebung der Autorin). Nach dieser Rechtslage war die vertiefte Angebotsprüfung nur ein Mittel für die Überprüfung einer nicht plausiblen Preiszusammensetzung.²⁸⁸ Die Streichung des Wortes „gegebenenfalls“ im BVergG 2006 führt dazu, dass ein zwingender Bezug hergestellt wird. Daher ist – der Argumentation Öhlers folgend – von einer Synonymie der Begriffe auszugehen.
- 154 Der Begriff „**betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit**“ ist ebenso wie der Begriff der „plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises“ – dem wir uns ja nähern wollen – ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Inhalt mehr als unklar ist. Von unbestimmten Rechtsbegriffen spricht man dann, wenn bei relativ konkret gefassten Normen bzw Regeln Spielräume auf der Tatbestandsseite enthalten sind.²⁸⁹ Die Rechtsanwender müssen versuchen, diese Spielräume im Sinne des Gesetzgebers zu interpretieren. Denn was versucht die Betriebswirtschaft zu erklären und nachzuvollziehen? Die Betriebswirtschaft beschäftigt sich im weitesten Sinne mit den Kausalbeziehungen zwischen dem Einsatz von Wirtschaftsgütern und ihren Ergebnissen unter der Annahme des ökonomischen Prinzips. Betriebswirtschaftlich erklär-

²⁸⁶ Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht (1994) 84f und 90f.

²⁸⁷ Öhler in Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV 17f; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 28.

²⁸⁸ Siehe zB BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34: „Ergibt nun die vertiefte Angebotsprüfung die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise, bedeutet dies noch nicht die plausible Preiszusammensetzung oder gar die Bestätigung eines angemessenen Preises.“ Weiters BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29: Allein aus der Behauptung eines Bieters, dass Kosten für die Wartung für einen derart langen Zeitraum (16 Jahre) nicht seriös kalkuliert werden können, darf der Auftraggeber nicht auf Unplausibilität der Preiszusammensetzung schließen. Es bedarf vielmehr einer näheren Überprüfung der angebotenen Preise, da ein solcher Zeitraum kaum vorhersehbar ist. Da sich aber das Angebot des Bieters im Rahmen der Angebote der anderen Bieter bewegt, müssen die angebotenen Preise inhaltlich überprüft werden.

²⁸⁹ Burgi, NZBau 2008, 29 (32); Creifelds, Rechtswörterbuch¹⁹.

und nachvollziehbar kann wohl je nach der Zielsetzung oder strategischen Überlegungen eines Bieters alles Mögliche sein. Sogar die vom Gesetzgeber ausdrücklich verpönte spekulative Preisgestaltung kann unter bestimmten Umständen betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein. *Öhler* schließt daraus, dass der Begriff eng zu verstehen ist: grob gesagt sind Preisgestaltungen, die den **Grundsätzen eines ordentlichen Unternehmers widersprechen**, nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.²⁹⁰

- 155 Die nationalen Gerichte greifen bei der Prüfung der Plausibilität der Zusammensetzung des Gesamtpreises regelmäßig auf diesen Interpretationsansatz zurück. Unter Verweis auf den Begriff der Plausibilität der Zusammensetzung des Gesamtpreises spricht der VwGH wiederholt aus, dass es sich bei der Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit um eine „*Plausibilitätsprüfung*“ handelt, sodass „*zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden [muss], ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.*“²⁹¹ Diese Argumentation des VwGH scheint nicht völlig schlüssig zu sein, da sich der Begriff der Plausibilität in § 129 Abs 1 Z 3 bzw in § 98 Z 3 BVergG 2002 auf die Zusammensetzung des Gesamtpreises bezieht und nicht wie der VwGH deduziert auf Umfang und Tiefe der Prüfung. Auch *Öhler* erachtet diese Aussagen als nicht überzeugend und führt aus, dass „*entgegen der Rechtsprechung des VwGH ein Preis auch im Detail geprüft werden [muss], falls dies notwendig sein sollte, um seine Plausibilität und damit betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit festzustellen.*“²⁹² Für die Annahme einer bloßen Grobprüfung findet sich im Gesetz kein Ansatzpunkt. Dieser Interpretationsansatz wirft neue Fragen auf, beispielsweise was unter einem seriösen Unternehmer zu verstehen ist. Der VwGH möchte hier offenbar darauf abstellen, ob das Angebot kostendeckend kalkuliert ist. Im Gesetz finden sich allerdings überwiegend Anhaltspunkte dafür, dass das bloße Fehlen einer Kostendeckung nicht automatisch zum Ausschluss eines Angebots führen darf. Siehe dazu im Kapitel IV.A.5. zu Unterangeboten.
- 156 Weiters hat der VwGH in der genannten Entscheidung die Nachprüfungsbehörde dazu aufgefordert, die Preisplausibilitätsprüfung des Angebots selbst vorzunehmen und es nicht bei der Feststellung bewenden zu lassen, dass der Auftraggeber die gebotene vertiefte Angebotsprüfung unterlassen habe.²⁹³ Dieser Linie hat sich auch das BVA angeschlossen und beispielsweise in seiner Entscheidung vom 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60, ausgesprochen, dass es sich

²⁹⁰ *Öhler* in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV (2007) 15 (19); *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 29.

²⁹¹ VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181, RPA 2006, 206 (*Latzenhofer*); VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032, RPA 2005, 28 (*Hörl*).

²⁹² *Öhler* in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV (2007) 15 (23); *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 33.

²⁹³ VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032.

nicht mit der Feststellung zu begnügen hat, dass der Auftraggeber seiner Prüfpflicht nur sehr unzureichend nachgekommen ist. Das BVA muss die hierzu erforderlichen Ermittlungsschritte selbst setzen.

- 157 Es findet sich auch neuere, dieser Linie des VwGH folgende, Judikatur des BVA, wonach die Preisangemessenheitsprüfung eine Plausibilitätsprüfung ist, nach der eine minutiöse Überprüfung der gesamten Kalkulation nicht erforderlich ist. Dennoch erfordere die vertiefte Angebotsprüfung eine derartige „Tiefe“ der Prüfung, die eine ausreichend begründete Schlussfolgerung, ob ein seriöser Unternehmer die gebotene Leistung zu den angebotenen Preisen erbringen kann, ermöglicht.²⁹⁴
- 158 Laut einem interessanten Nebenaspekt der Entscheidung des VwGH,²⁹⁵ ist es im Rahmen des Vergabekontrollverfahrens nicht ausreichend, dass die Behörde prüft, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen aufgrund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Vielmehr muss die Behörde – ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung – unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit prüfen. *Latzenhofer* fasst in seiner Entscheidungsanmerkung treffend zusammen:²⁹⁶ Die Behörde darf sich somit nicht auf die nicht näher begründete Übernahme der Ergebnisse der Angebotsprüfung des Auftraggebers beschränken. Sie muss auf die Gegenargumente des ausgeschiedenen Bieters eingehen und muss selbst feststellen, ob die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen von einem seriösen Unternehmer erbracht werden können. Das Ergebnis der kontrollbehördlichen Prüfung ist mit eigenen Ausführungen zu begründen.
- 159 Auch der UVS OÖ verweist auf den Begriff der Plausibilitätsprüfung und äußert sich folgendermaßen zum Begriff der Nachvollziehbarkeit: ein Kalkulationsansatz sei dann nachvollziehbar, wenn er nicht nur rechnerisch richtig ist, sondern wenn er auch inhaltlich und kalkulatorisch plausibel begründbar ist.²⁹⁷ In einem anderen Urteil spricht er auch aus, dass Angebote, die auf falschen Preisannahmen basieren (hier der Annahme, dass ein Großteil der gemäß Leistungsverzeichnis auf Kosten des Bieters zu deponierenden Aushubmenge nicht deponiert, sondern in einer anderen Baustelle verwendet werden könne), betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sind.²⁹⁸ Auch eine Bestätigung des Bieters, dass auch nach

²⁹⁴ BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

²⁹⁵ VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181.

²⁹⁶ *Latzenhofer*, RPA 2006, 206 (209), siehe auch *Hörl*, RPA 2005, 28 (30).

²⁹⁷ UVS OÖ 15.2.2007, VwSen-550313/15/Kü/Hu ua.

²⁹⁸ UVS OÖ 13.11.2006, VwSen-550294/11/Wim/Be.

Auffliegen der falschen Annahme die Einheitspreise fortgelten würden, kann daran nichts ändern. *Öhler* begrüßt in seiner Entscheidungsanmerkung das Abstellen des UVS auf die objektivierte Sichtweise eines ordentlichen Bieters, denn ein solcher hätte seine Kalkulationsannahmen besser überprüft.²⁹⁹ Diese Fälle unzulässiger Kalkulation können unter diesen oder den Tatbestand des § 129 Abs 1 Z 7 subsumiert werden (siehe Kapitel IV.D.).³⁰⁰

2. Weitere Judikaturbeispiele zur Plausibilität des Gesamtpreises

- 160 In der Judikatur finden sich immer wieder Beispiele, aus denen abgeleitet werden kann, was konkret ausreicht, um die Plausibilität zu beweisen oder eben nicht. In den meisten Fällen bezieht sich die Rechtsprechung auf den Interpretationsansatz der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit.
- 161 VKS Wien:³⁰¹ Im Zuge der Überprüfung der Kalkulation forderte die Auftraggeberin die Bieterin auf, zu mehreren Positionen mittels K4- und K7-Blättern ihre Preisgestaltung zu belegen. Die Bieterin legte neue K3-Blätter mit einem neuen Mittellohnpreis vor, bei dem jedoch die Ansätze in vielen Lohnbestandteilen bei gleichbleibender Glaserpartie ohne nähere Erläuterungen geändert wurden. Außerdem wurden noch neue Regielohnpreise nachgereicht, die zu einem späteren Zeitpunkt wieder abgeändert wurden. Schlussendlich wurden mehrere Kalkulationsblätter mit neuen Zahlen übermittelt, die teilweise nicht mehr miteinander übereinstimmten. Trotz mehrfacher Aufforderung der Auftraggeberin zur Aufklärung (deren Ausmaß vom VKS ausdrücklich als über das übliche Ausmaß hinausgehend gelobt wurde), lieferte die Bieterin keine schlüssig nachvollziehbare Erklärung für die geänderten Inhalte. Der VKS entschied, dass die Bieterin versucht hatte, den Angebotspreis durch nachträglich vorgenommene Änderungen in den Kalkulationsblättern zu rechtfertigen. Die Bieterin hat sich somit nicht an die Grundsätze des Vergabeverfahrens gehalten, da sie bei ihrer Kalkulation nicht von den im Angebot angegebenen Ansätzen ausgegangen ist. Es ist ihr auch nicht gelungen, den Nachweis der Plausibilität ihres Angebots zu erbringen. Besondere Beachtung verdient die Aussage des VKS Wien, wonach die Korrektur des angegebenen Werts der direkten Lohnnebenkosten (€ 26,90) auf den gesetzlichen Wert (€ 26,20) aufgrund des Wegfalls des Schlechtwetterbeitrages zulässig gewesen wäre. Hierin wäre somit eine plausible Erklärung für die veränderten Angaben zu sehen gewesen. Der VKS Wien entschied im Ergebnis, dass das Angebot der Bieterin zu Recht ausgeschieden worden ist, da durch die Kalkulationsblätter das Angebot, insbesondere der Angebotspreis nicht mehr verändert werden kann. Im Zuge der

²⁹⁹ *Öhler*, ZVB 2007, 158 (159).

³⁰⁰ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 34.

³⁰¹ VKS Wien 18.10.2007, VKS-6080/07; siehe auch VKS Wien 29.11.2007, VKS-6082/07 bis VKS-6084/07.

vertieften Angebotsprüfung ist es der Bieterin auch nicht gelungen durch die von ihr vorgelegten Kalkulationsblätter, die jeweils unterschiedliche Ansätze aufgewiesen haben, die Plausibilität der Kalkulation ihres Angebots nachzuweisen, weshalb das Angebot zu Recht gemäß § 129 Abs 1 Z 3 ausgeschieden wurde. In seiner nächsten – großteils gleichlautenden Entscheidung – präzisiert der VKS, dass die Bieterin nicht ausgeschieden wurde, weil die von ihr gelegten K-Blätter unrichtig gewesen wären, sondern weil es ihr trotz mehrfacher Ersuchen nicht gelungen ist, den Widerspruch zwischen dem K3-Blatt und dem im K7-Blatt ausgewiesenen Lohnanteil nachvollziehbar aufzuklären.³⁰²

- 162 In einem Fall³⁰³ hatte der präsumtive Zuschlagsempfänger ein Angebot zu einem Bauauftrag gelegt. In weiterer Folge verlangte der Auftraggeber sämtliche Material- bzw Systemnachweise bzw Prüfzeugnisse für den Zement. In diesen nachzureichenden Unterlagen, die gemäß den Ausschreibungsunterlagen als integrierender Bestandteil des Angebots angesehen wurden, war unter den Rubriken Zement als Herstellerwerk jeweils „Q****“ angeführt. Auf Grundlage dieser Unterlagen verlangte der Auftraggeber Aufklärung, da in den wesentlichen Positionen zur „zweischicht-Betondecke“ niedrige Einheitspreise angeführt waren. Insbesondere wurde der niedrige Ansatz Unterbeton bei der „zweischicht-Betondecke“ angesprochen. Schriftliche Anfragen des Auftraggebers zur Berücksichtigung sämtlicher Zusatzstoffe sowie sonstigen Kosten in der Kalkulation zum Unterbeton wurden nicht in der gewünschten Deutlichkeit beantwortet. Der präsumtive Zuschlagsempfänger machte keine näheren Erläuterungen, legte keine allfälligen Nachweise vor und verwies etwa nicht auf günstige Produktionsbedingungen. Erst in der mündlichen Verhandlung wies er auf außergewöhnlich günstige Produktionsbedingungen hin, da der Zement im eigenen Zementproduktionsbetrieb „Z****“ hergestellt werden sollte, was den als integrierter Angebotsbestandteil zu wertenden Nachweisen widersprach, in denen vom Zementherstellungswerk „Q****“ die Rede war. Das BVA erkannte, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger durch diesen nunmehrigen Hinweis auf den eigenen Zementproduktionsbetrieb „Z****“ einerseits sein Angebot geändert hat. Andererseits war diese Erklärung nicht geeignet den niedrigen Einheitspreis bei der zweischicht-Betondecke im Hinblick auf den Unterbeton plausibel und nachvollziehbar zu erklären. Somit fehlte es dem Angebot an der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit. Das Gericht verweist auch auf die Aussagen des Gutachters, der bestätigt, dass das Angebot dann nicht betriebswirtschaftlich nachvollziehbar zu beurteilen ist, wenn der Zement nicht aus dem eigenen Zementherstellungsbetrieb verwendet werden würde. Daraus ergibt sich, dass der niedrige Einheitspreis durchaus betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar gewesen wäre, wenn

³⁰² VKS Wien 29.11.2007, VKS-6082/07 bis VKS-6084/07.

³⁰³ BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83.

der Bieter im Angebot (bzw in den Nachweisen, die Angebotsbestandteil geworden sind) die eigene Zementproduktionsstätte als Herstellerwerk genannt hätte. Offenbar war dem präsumtiven Zuschlagsempfänger im vorliegenden Fall ein Fehler unterlaufen. Somit lag ein Angebot vor, dessen Einheitspreis in einer wesentlichen Position nicht plausibel zusammengesetzt war. Das Angebot hätte somit gemäß § 129 Abs 1 Z 3 ausgeschieden werden müssen; die Zuschlagsentscheidung war nichtig zu erklären.

- 163 Der VKS Wien hatte den Fall zu entscheiden, dass ein Bieter einen sehr niedrigen Lohnnebenkostensatz (bloß 72,53% gegenüber 102% in der Musterkalkulation) kalkuliert hatte.³⁰⁴ Es handelte sich um ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Durchführung laufender Reinigungsarbeiten. Der Bieter bekämpfte das Ausscheiden seines Angebots wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises. Der VKS bestätigte die Richtigkeit der Ausscheidensentscheidung, da der Ansatz der Lohnnebenkosten des Bieters wesentlich unter jenen Werten liegt, die sowohl von der Magistratsabteilung 54 (Auftraggeberin) als auch von der Interessensvertretung der zuständigen Branche als realistisch betrachtet werden. Da sowohl die kollektivvertraglichen Stundenlöhne betragsmäßig fixiert sind und nach den Ausschreibungsbedingungen nicht unterschritten werden dürfen (Verpflichtung zur Einhaltung der in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften) und der in den Kalkulationsblättern eingetragene Mittellohnpreis nicht nachträglich verändert werden kann, erweisen sich die vom Bieter angeführten Lohnnebenkostensätze von 72,53% ebenfalls als unveränderbar. Daraus schließt der VKS, dass für die Auftraggeberin bei dieser Sachlage kein Anlass bestand diese Kalkulation einer Überprüfung zu unterziehen. (Von einer vertieften Angebotsprüfung durfte gemäß § 125 Abs 5 letzter Satz abgesehen werden. Diese wäre auch nicht erforderlich gewesen, da alle nach den Ausschreibungsbedingungen geforderten Angaben enthalten waren und eine nachträgliche Änderung der Kalkulation ohnehin nicht möglich gewesen wäre.) Beachtung verdient eine kritische abschließende Aussage des VKS, in der er zusammenfasst, dass die Ausführungen der Interessensvertretungen als plausibel anzusehen sind, weil es *„evident ist, dass gerade im Reinigungsgewerbe aus Konkurrenzgründen Unterangebote an der Tagesordnung sind, in denen gesetzliche Vorgaben nicht berücksichtigt werden“*. Daher war das Angebot zu Recht ausgeschieden worden.

- 164 In einem Nachprüfungsverfahren stellte sich die Frage, von welchem anzubietenden Preis pro Stunde Gebäudereinigung auszugehen ist, wenn bereits die in sechs Monaten geltenden Lohn- und Lohnnebenkosten anzusetzen sind, wobei im gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch noch nicht abgesehen werden kann, wie die entsprechenden Gehaltsverhandlungen geführt werden und

³⁰⁴ VKS Wien 17.8.2006, VKS-2130/06.

welcher Abschluss dabei erzielt wird.³⁰⁵ Das BVA bezeichnete es als wünschenswert, dass ein Auftraggeber bereits in der Ausschreibung eine Formulierung wählt, die dazu führt, dass jeder Bieter vom selben Wert ausgehen muss. Wenn von einem zu erwartendem Wert auszugehen ist, liegt es auf der Hand, dass verschiedene Personen unterschiedliche Erwartungen haben. Daher sind aus der Sicht des BVA sowohl die vom Antragsteller als auch die vom beabsichtigten Zuschlagsempfänger angestellten Erwartungen und Berechnungen mit den Ergebnissen € 0,13 und € 0,07 pro Stunde durchaus gleichermaßen nachvollziehbar und plausibel. Es sind somit bei der Beantwortung der Frage der zu erwartenden Steigerung der Lohn- und Lohnnebenkosten verschiedene Berechnungsansätze wählbar, vorstellbar und somit plausibel. Zu welcher Erhöhung der kollektivvertraglich geregelten Löhne es tatsächlich kommt, ist eine politische Entscheidung der Kollektivvertragspartner. Unter Berücksichtigung dieser Umstände stellte das BVA fest, dass auch kein Unterpreis vorlag, weshalb der Gesamtpreis plausibel zusammengesetzt war.

3. Zur vertieften Angebotsprüfung

165 Wie bereits ausgeführt, spielt die vertiefte Angebotsprüfung beim Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 3 eine wichtige Rolle. Einleitende Worte zur vertieften Angebotsprüfung finden sich bereits in Kapitel IV.A.1. weiter oben. Zur Verknüpfung der Begriffe der Plausibilität mit dem Begriff der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit kann daher zusammenfassend Folgendes gesagt werden: Im Einzelfall ist der Auftraggeber und in weiterer Folge auch die Vergabekontrollbehörde bei der Prüfung gehalten, eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen, bei der die Prüfungsthemen des § 125 Abs 4 und 5 als Auslegungshilfe für den Begriff der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises herangezogen werden können. In diesen Absätzen findet sich eine demonstrative Aufzählung von Prüfungsthemen, daher können und müssen unter Umständen auch andere Themen geprüft und berücksichtigt werden. Abs 4 zählt folgende Prüfthemen auf: Zunächst kann der Auftraggeber prüfen, ob im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Kosten enthalten, sprich, gedeckt sind. Weiters kann kontrolliert werden, ob der Einheitspreis für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen. Schließlich soll festgestellt werden, ob die vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist. Dieser vierte Absatz des § 125 wurde der ÖNORM A 2050 entnommen.

166 Der folgende Abs 5 des § 125 leitet sich aus Art 55 der VergabeRL 2004 ab. In dieser Bestimmung der Richtlinie finden sich genaue Vorgaben wie mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten umzugehen ist. Diese Vorgaben wurden fast wörtlich in das BVergG übernommen.

³⁰⁵ BVA 5.6.2009, N/0045-BVA/05/2009-23.

Wenn Angebote den Eindruck erwecken, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, muss der Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält. Diese einzuholenden Erläuterungen können insbesondere Folgendes betreffen: Erklärungen über Wirtschaftlichkeitsüberlegungen der angebotenen Leistung, technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, Originalität der angebotenen Leistungen, arbeits- und sozialrechtliche Bedingungen, Gewährung staatlicher Beihilfen. In der Richtlinie finden sich freilich keine genauen Angaben darüber, konkret welche Ergebnisse der Auswertung dieser Erläuterungen zum Ausscheiden eines Angebots führen.

167 In der europäischen Rechtsprechung finden sich folgende Ansätze bei der Beantwortung der Frage, was die Bieter bei besonders niedrigen Angeboten konkret nachweisen müssen, um ein Ausscheiden ihres Angebots zu verhindern.

- Im Urteil *Impresa Lombardini*³⁰⁶ wendet sich der EuGH gegen ein mathematisches Kriterium zur Ermittlung ob ein besonders niedriges Angebot ausgeschieden werden muss, da dies dem Zweck der Richtlinie widersprechen würde.³⁰⁷ Vielmehr muss den Bietern die Möglichkeit gegeben werden, nachzuweisen, dass diese Angebote seriös sind.³⁰⁸
- Auch das EuG stellte in seinem Urteil in der Rechtssache *Renco* allgemein fest, dass die **Verlässlichkeit und Seriosität** der dem Auftraggeber zweifelhaft erscheinenden Angebote zu prüfen ist.³⁰⁹ Besonders hervorzuheben ist, dass sich der Begriff „Verlässlichkeit“, der an den Begriff der Zuverlässigkeit von Unternehmen oder Bietern erinnert, eben nicht auf diese, sondern auf das Angebot selbst bezieht. Prüfungsgegenstand der Verlässlichkeit und Seriosität ist daher das Angebot und nicht der es legende Bieter. Obwohl es Anleitungen für die Beurteilung der Verlässlichkeit von Bietern (siehe Art 44ff VergabeRL 2004) gibt, finden sich in der Rechtsprechung leider keine Anhaltspunkte dafür, wann ein Angebot selbst verlässlich und seriös ist.
- Es ist wichtig festzuhalten, dass der EuGH davon ausgeht, dass ungewöhnlich niedrige Angebote an sich nicht unseriös und daher auch nicht rechtswidrig sind. Im Urteil *ARGE Gewässerschutz* spricht er aus, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht schon dadurch verletzt ist, dass „die Auftraggeber zu einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge

³⁰⁶ EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 u 286/99, *Impresa Lombardini*.

³⁰⁷ Das Urteil bezieht sich auf die ältere BaukoordinierungsRL 71/305/EWG, die eine fast wortgleiche Vorgängerin der nunmehr in Geltung stehenden VergabeRL 2004 war.

³⁰⁸ EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 u 286/99, *Impresa Lombardini* Rz 47f.

³⁰⁹ EuG 25.2.2003, Rs T-4/01, *Renco* Rz 76. Auch dieses Urteil bezieht sich auf eine ältere Baukoordinierungsrichtlinie (93/37/EWG).

Einrichtungen zulassen, die Zuwendungen erhalten, die es ihnen ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer nicht subventionierter Mitbewerber liegen.“³¹⁰

Und weiter: „Hätte nämlich der Gemeinschaftsgesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichten wollen, solche Bieter auszuschließen, so hätte er dies ausdrücklich angeordnet.“³¹¹ Gerade aus der ausdrücklichen Anordnung, dass bei Vorliegen ungewöhnlich niedriger Angebote schriftliche Aufklärung zu verlangen ist zeigt, wäre sinnlos, wenn diese jedenfalls auszuschneiden wären.³¹²

- 168 Diese Prüfungsthemen des Art 55 VergabeRL 2004 wurden – wie bereits eingangs erwähnt – beinahe wortgleich in § 125 Abs 5 übernommen.
- 169 Aus der Natur dieser Prüfungsthemen ergibt sich, dass sie zu keinen klaren Ja- oder Nein-Aussagen führen, sondern vielmehr bei der Abwägung, ob nun etwas betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist, helfen sollen. Freilich finden sich keine klaren Kriterien, welche Ergebnisse der Prüfung konkret zu einer Ausscheidung des Angebots führen.³¹³
- 170 In der Vergaberichtlinie findet sich der Begriff der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit nicht, er stammt vielmehr aus der ÖNORM A 2050. Nichtsdestotrotz muss der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 3 richtlinienkonform so ausgelegt werden, dass die Ziele des Art 55 VergabeRL 2004 erreicht werden. Dieses Einwirken vieler verschiedener Quellen auf das BVergG zeigt, warum es immer wieder zu einem Zusammentreffen von verschiedenen Begriffen für die scheinbar gleichen Dinge kommt. Eine Bereinigung durch den Gesetzgeber wäre durchaus wünschenswert, ist aber nicht absehbar.
- 171 Es folgt noch ein Blick auf die österreichische Judikatur zur Frage, von welcher Qualität und Intensität die vertiefte Angebotsprüfung sein muss und welche Teile eines Angebots dieser Prüfung unterzogen werden können bzw müssen.
- 172 Eine vertiefte Angebotsprüfung kann mit der bloßen Einholung einer Auskunft allerdings nicht ihr Auslangen finden, dies insbesondere dann nicht, wenn die erteilte Auskunft eine abschließende Prüfung der Preisangemessenheit noch nicht zulässt.³¹⁴
- 173 Das BVA³¹⁵ sprach in einer Entscheidung aus, dass die Feststellung des Auftraggebers, dass eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt, erwarten ließe, dass sich der

³¹⁰ EuGH 7.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* Rz 25.

³¹¹ EuGH 7.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* Rz 26.

³¹² Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 31.

³¹³ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 30.

³¹⁴ BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

³¹⁵ BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32.

Auftraggeber im Zuge der Angebotsprüfung mit dem Vorliegen einer möglicherweise spekulativen Preisgestaltung zumindest ansatzweise auseinandersetzt. Im vorliegenden Fall musste das BVA aber feststellen, dass die Verfahrensunterlagen und insbesondere die Prüfung des Angebots weder eine vertiefte Angebotsprüfung erkennen lassen noch sich mit dieser für den Ausgang des Vergabeverfahrens sehr wichtigen Sachfrage beschäftigen. Da somit die Prüfung des Angebots noch nicht abgeschlossen war, konnte das BVA keinen Ausscheidensgrund verwirklicht sehen, weshalb die Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers nichtig erklärt wurde.

- 174 Das BVA entschied in einem Fall, dass die Durchführung eines Aufklärungsgesprächs vor der Öffnung der Preisangebote nicht geeignet ist, um den Auftraggeber von seiner Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung zu befreien.³¹⁶ Im vorliegenden Fall stellte das BVA fest, dass der Auftraggeber bis auf die bloße Behauptung, dass er eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, keinerlei Nachweis darüber erbringen konnte. Es fand sich in den Vergabeunterlagen kein Nachweis, dass der Auftraggeber schriftliche Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangt hat, was zur Nichtigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, keine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, führte. In Anbetracht der krassen Preisdifferenzen ist jedenfalls ein hoher Anschein gegeben, dass der Preis des Angebots im Verhältnis zu Leistung ungewöhnlich niedrig ist. Gerade dieser Anschein verpflichtet den Auftraggeber zur vertieften Angebotsprüfung.
- 175 Der UVS Steiermark hinterfragt im Hinblick auf die Preisangemessenheit, ob bei nicht wesentlichen Positionen im Hinblick auf Spekulationen ein großzügigerer Prüfungsmaßstab anzulegen ist, als bei wesentlichen Positionen und inwieweit eine vertiefte Angebotsprüfung auch bei nicht wesentlichen Positionen durchgeführt werden kann.³¹⁷ Zunächst ist vorzuschicken, dass zu dieser Frage eine intensive Fachdiskussion herrscht.³¹⁸ Es gibt zunächst Probleme mit der Abgrenzung welche Positionen wesentlich sind und welche nicht. Jedenfalls sind jene Positionen wesentlich, die als solche in der Ausschreibung gekennzeichnet wurden. Daher stellt sich die Frage wann – im Falle, dass der Auftraggeber keine Kennzeichnung vorgenommen hat – eine Position wesentlich ist. Der Begriff der wesentlichen Position stammt aus der Vergabeordnung für öffentliche Bauaufträge (VOÖB) aus dem Jahr 1991.³¹⁹ Dort findet sich auch eine Definition dieses Begriffs. Als wesentlich gilt eine Position dann, wenn sie einen Anteil von mindestens 3% des Gesamtpreises aufweist. Kehrt man nun zu der eigentlichen Frage zurück, ob nicht

³¹⁶ BVA 27.7.2001, N-63/01-20.

³¹⁷ UVS Stmk 3.8.2006, UVS-443.7-2/06, *Gerald Gruber*, RPA 2007, 122.

³¹⁸ *Gerald Gruber*, RPA 2007, 122 (125); *Kropik*, Mängel in Angeboten² 138.

³¹⁹ VOÖB, Pkt 4.335.

wesentliche Positionen auch einer Angemessenheitsprüfung zu unterziehen sind, muss man einen Blick auf § 125 Abs 3 werfen. Dieser bestimmt, dass vertieft zu prüfen ist, wenn:

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 80 Abs. 4 aufweisen, oder
3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

176 *Gerald Gruber* meint, dass Absatz 3, der sich auf die Angemessenheit „von Preisen“ bezieht (und damit können seiner Meinung nach nur die Preise nicht wesentlicher Positionen gemeint sein), mache nur dann Sinn, wenn in diesem Fall auch die unangemessenen Preise der nicht wesentlichen Positionen einer Plausibilitätsprüfung mittels einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werden können. Er schließt daraus, dass es bei begründeten Zweifeln des Auftraggebers an der Angemessenheit von Preisen auch in nicht wesentlichen Positionen eine Aufklärungspflicht gibt. Er kann daraus keinen großzügigeren Maßstab ableiten. Diese Ansicht teilt auch *Kropik*, der in § 125 Abs 3 Z 3 eine Generalklausel sieht, die, Begründung vorausgesetzt, jederzeit Zugang zur vertieften Angebotsprüfung verschafft und den Fall des Vorliegens von Zweifeln an der Preisangemessenheit unwesentlicher Positionen umfasst.³²⁰ Siehe zu dieser Ansicht noch andere Autoren.³²¹

177 Diese Ansicht deckt sich auch mit der Rechtsprechung des UVS OÖ, der in einer Entscheidung eine vertiefte Angebotsprüfung auch für nichtwesentliche Positionen nicht ausschließt.³²² Begründend führt der UVS an, dass § 125 lediglich jene Fälle aufzählt, in denen Angebote verpflichtend einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen seien. Aus dieser Bestimmung könne kein Verbot für den öffentlichen Auftraggeber abgeleitet werden, im Rahmen der privatwirtschaftlichen Durchführung des Vergabeverfahrens auch in anderen Fällen eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

178 Eine andere Ansicht findet sich (ohne nähere Erläuterung) bei *Hackl*, der davon ausgeht, dass bei einer fehlenden Kennzeichnung wesentlicher Positionen dennoch der Grundsatz der Preisangemessenheit gilt, allerdings sei der Prüfungsmaßstab zwangsläufig großzügiger.³²³

³²⁰ *Kropik* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 125 Rz 34; siehe auch *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II* 154.

³²¹ *Elsner*, *Vergaberecht* (1999) Rz A 117.

³²² UVS OÖ 13.11.2006, VwSen-550294/11/Wim/Be; ebenso UVS Knt 6.2.2003, KUVS-K2-1905/11/2002.

³²³ *Hackl* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 80 Rz 141.

4. Sonderfall: Zweifelhafte Preisangaben gem § 124

- 179 Das BVergG trifft Vorkehrungen für den Fall, dass der Positionspreis mit dem aufgrund der Menge und des Einheitspreises feststellbaren Preis nicht übereinstimmt. § 124 BVergG ordnet für einen solchen Fall an, dass die angegebene Menge und der angebotene Einheitspreis gelten. In einem Fall hatte die Bieterin offensichtlich statt eines Einheitspreises für die monatliche Lagermiete und den Aufwand für Inventar- und EDV-Verwaltung die Anzahl der Monate eingetragen.³²⁴ Somit lautete das Leistungsverzeichnis folgendermaßen:

"G1)	pro Monat	48 Monate
Pos. 41 Miete für Lager (einschl sämtlicher Nebenkosten und Versicherung)	€ 48,00	€ 45.600,--
Pos. 42 Aufwand für Inventar- und EDV-Verwaltung	€ 48,00	€ 81.600,--"

- 180 Zunächst hatte die Bieterin selbst auf die Regelung des BVergG zu zweifelhaften Preisangaben verwiesen. Erst später, nach der mündlichen Verhandlung hatte sie ihre Argumentation geändert und auf einen Erklärungsirrtum verwiesen. Das BVA stellte nun unter Anwendung des § 124 fest, dass der geltende Positionspreis jeweils 2.304 Euro beträgt. Nun war zu prüfen, ob dieser Preis angemessen und plausibel zusammengesetzt ist. Mit Position 41 soll die Miete für ein Lager für die zu beschaffenden Hilfsmittel (zwischen 300 und 600 Artikel) beschafft werden. Der ortsübliche Quadratmeterpreis für das in Aussicht genommene Lager von rund 220 m² Größe liegt bei etwa 4 Euro pro Quadratmeter, was einen Einheitspreis von mehreren hundert Euro bedeuten würde. Daher ist der von der Bieterin angegebene Einheitspreis von € 48,00 unangemessen, unplausibel und nicht nachvollziehbar. Ähnlich ist die Situation bezüglich der Position 42, in der die Kosten für die Inventar- und EDV-Verwaltung des Lagers angeboten werden sollen. Da mit einem Arbeitsaufwand von ca 30 Wochenstunden sowie mit weiteren Kosten (EDV-Operating-Leasing, Overheadkosten) zu rechnen sei, ist auch hier der angebotene Einheitspreis unangemessen, unplausibel und nicht nachvollziehbar.
- 181 Weiters ergeben sich für die Bieterin mehrere Möglichkeiten zur Spekulation (siehe ausführlich im Kapitel IV.A.8. zu spekulativer Preisgestaltung). Schlussendlich stellte das BVA fest, dass dieser Preis bei weitem unangemessen, unplausibel und nicht nachvollziehbar, sowie im Übrigen auch spekulativ war, weshalb das Angebot zu Recht wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises ausgeschieden worden war.
- 182 Das BVA legt hier einen relativ strengen Maßstab an, wenn es unter Beachtung des § 124 den vom Bieter angeführten Einheitspreis selbst dann als Grundlage der Preisprüfung heranzieht,

³²⁴ BVA 19.11.2008, N/0132-BVA/13/2008-24.

wenn dieser erkennbar unrichtig ist (im vorliegenden Fall: Einsetzen der Monatszahl, also des Multiplikators anstelle des Einheitspreises). In diesem Fall besteht auch keine nachträgliche Korrekturmöglichkeit mehr. Es liegt auf der Hand, dass bei der Errechnung des Positionspreises mit dem offensichtlich falschen Einheitspreis nur ein unangemessener, unplausibler Preis mit Spekulationsneigung herauskommen kann.³²⁵ Katary stellt zur Diskussion, ob nicht auch die allgemeinen Vertragsauslegungsregeln des § 914 ABGB zu beachten wären, selbst wenn § 124 als *lex specialis* zu den allgemeinen Regelungen anzusehen ist.³²⁶ Folgte man § 914 ABGB wäre die Absicht der Partei wie sie der Übung des redlichen Verkehrs entspricht, wohl klar zu erkennen gewesen, dass nämlich irrtümlich an der Stelle des Einheitspreises die Monatszahl eingefügt wurde. Im vorliegenden Fall führt die korrekte Anwendung des Gesetzes zu einem unbefriedigenden Ergebnis. Das Angebot hätte theoretisch das Bestangebot sein können und musste dennoch wegen dieses offensichtlichen Irrtums ausgeschieden werden, was in diesem hypothetischen Fall dem Zweck des Vergabeverfahrens zur Erreichung eines optimalen Preises für einen öffentlichen Auftraggeber und dem damit verbundenen sparsamen Einsatz von Steuergeldern zuwiderlaufen würde. Man kann den Bietern in der Praxis daher nur empfehlen, bei der Erstellung ihrer Angebote größte Sorgfalt beim Auspreisen und der sonstigen zahlenmäßigen Gestaltung des Angebots walten zu lassen.³²⁷

5. Sonderfall: Unterangebote

a) Definitionsversuche

- 183 Als Sonderfall eines Angebots, bei dem im weitesten Sinne etwas mit der Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht stimmt, sollen noch die so genannten Unterangebote behandelt werden. Als Unterangebote werden in der Praxis häufig **nicht kostendeckende oder ungewöhnlich niedrige Angebote** bezeichnet. Nicht kostendeckend bedeutet, dass der Angebotspreis die Kosten des Bieters bei der Erbringung der Leistung nicht deckt. Dieser Begriff des Unterangebots wird vom Gesetz freilich nicht verwendet, somit ist auch sein Inhalt relativ unklar. Hängt die Qualifikation als Unterangebot davon ab, welche Kosten nicht gedeckt sind? Konkret welche Kosten können oder müssen gedeckt sein? Geht es um Einzelkosten wie Personal-, Material-, Gerätekosten oder auch Geschäftsgemeinkosten, das allgemeine oder das auftragsspezifische Risiko oder Finanzierungskosten?
- 184 Das Gesetz kennt den Begriff des Unterangebots nicht, spricht aber in § 125 Abs 3 Z 1 von Angeboten, die einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis

³²⁵ Katary, RPA 2009, 18 (21).

³²⁶ Katary, RPA 2009, 18 (21).

³²⁷ Katary, RPA 2009, 18 (21).

aufweisen, welche einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Abs 4 und 5 dieser Bestimmung unterzogen werden müssen. Abs 4 der genannten Bestimmung ordnet nun an, dass bei der Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit eine gewisse Kostenprüfung durchgeführt werden kann. Es soll geprüft werden, ob im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind. Selbst wenn diese Kosten nun nicht gedeckt sind, bedeutet dies noch nicht automatisch, dass das Angebot betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar ist. Denn es könnte sein, dass eine Nichtdeckung dieser Kosten aus einem anderen in § 125 genannten Grund erklärbar sein könnte. Somit ist immer entscheidend, dass die Nichtdeckung der genannten Kosten betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist.

- 185 In Umsetzung des Art 55 VergabeRL 2004 und der darauf beruhenden Rechtsprechung des EuGH (insbesondere Urteil in der Rechtssache *ARGE Gewässerschutz*)³²⁸ dürfen gemäß § 125 Abs 5 auch Angebote im Verfahren verbleiben, die einen durch die Gewährung einer staatlichen Beihilfe begründeten ungewöhnlich niedrigen Preis aufweisen.³²⁹ Diese Bestimmung unterscheidet nicht zwischen den in § 125 Abs 4 Z 1 genannten und anderen Kosten. Daraus folgt, dass die Angebotspreise diese Kosten eben nicht decken müssen. Ein solches Angebot darf daher nicht nur aus diesem Grund ausgeschieden werden, von einem zwingenden Ausscheiden kann umso mehr keine Rede sein.
- 186 Unter Verweis auf eine sehr frühe Empfehlung der B-VKK spricht das BVA sogar ausdrücklich aus, dass es im Vergaberecht kein Verbot des Verkaufs unter dem Selbstkostenpreis gibt.³³⁰ Diese Empfehlung geht davon aus, dass es einem Unternehmen unbenommen bleibt, zur Einführung eines neuen Produkts einen günstigen Preis anzubieten. Das BVA leitet nun daraus ab, dass es einem Bieter somit auch nicht verwehrt werden kann, eine Einzelposition zu dem ihm seinerseits von seinem Lieferanten bzw Subunternehmer in Rechnung gestellten Preis anzubieten.³³¹
- 187 Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aller Bieter darf es auch keinen Unterschied machen, ob ein Bieter die Kosten der Auftragsausführung mit einer staatlichen Beihilfe oder aber mit den Gewinnen aus anderen Aufträgen deckt. Würde man danach differenzieren, würde dies zu einer Bevorzugung jener Bieter führen, die eine staatliche Beihilfe erhalten (da dies wie soeben erwähnt laut der europäischen Rechtsprechung zulässig wäre).³³²

³²⁸ EuGH 7.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* Rz 25.

³²⁹ Die Materialien gehen davon aus (1171 BlgNR 22. GP 38), dass dies allenfalls ein wettbewerbsrechtliches Problem sein könnte.

³³⁰ BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58 unter Verweis auf B-VKK 23.10.1996, S-40/96-10. Siehe weiters BVA 8.10.1997, N-18/97-17; darauf berufend BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

³³¹ BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58.

³³² *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 36.

- 188 Es ist nicht auf einen Vergleich von Angebotssummen abzustellen sondern allein darauf, ob ein Auftragnehmer mit den ihm zum Zeitpunkt der Angebotsstellung zur Verfügung stehenden Mitteln im individuellen wirtschaftlichen Umfeld gesehen, in der Lage sein wird, die gewünschte Leistung zu erbringen. Eine beträchtliche Preisdifferenz zwischen dem billigsten und dem nachfolgenden Angebot ist für sich allein daher kein Merkmal für einen unangemessen niedrigen Angebotspreis.³³³
- 189 Der Auftraggeber hat ein Interesse an einer einwandfreien Ausführung einschließlich Gewährleistung und dass auf lange Sicht ein ordnungsgemäßer Wettbewerb garantiert werden kann.³³⁴
- 190 Das BVA stellt in einem Fall fest, dass ein Bieter tatsächlich in zwei Positionen einen nicht kostendeckenden Preis angeboten hat, gelangt aber zu der Überzeugung, dass das Angebot insgesamt nicht unterpreisig kalkuliert und damit auch nicht spekulativ ist.³³⁵ Aufgrund dieser nicht kostendeckenden Preise entstand laut Antragstellerin eine Differenz von 40.000 Euro. Das BVA führt nun aus, dass selbst unter der Annahme, dass die von der Antragstellerin genannte Differenz tatsächlich bestünde, wäre dies ca die Hälfte des Unterschieds zwischen dem Angebot der Antragstellerin (ca 1,150 Mio Euro) und dem der Billigstbieterin (ca 1,073 Mio Euro), und wäre dies ca 3,7% des gesamten Auftragsvolumens. Aufgrund der im Vergabeverfahren erfolgten genauen Prüfung konnte das BVA feststellen, dass die beiden Positionen gemessen am gesamten Auftragsvolumen insgesamt nicht unterpreisig kalkuliert sind.
- 191 Ein Ausscheiden der Angebote allein aufgrund hoher Nachlässe ohne weitere Prüfung wäre unsachlich und durch Bestimmungen des Vergaberechts nicht gedeckt. Vielmehr ist dies die Ausgangsposition für eine vertiefte Angebotsprüfung.³³⁶
- 192 Das BVA ermittelte in einem Fall, in dem ein Bieter Unterpreisigkeit des Angebots der beabsichtigten Zuschlagsempfängerin behauptete, die „Musskosten“, die anfallen, um die ausgeschriebene Unterhaltsreinigungsleistung für das erste Jahr zu erbringen.³³⁷ Da der Gesamtpreis um mehr als 13.000 Euro über diesen ermittelten Musskosten lag, stellte das BVA fest, dass diesbezüglich kein Unterpreis vorlag. Hier stellte das BVA auf die durch die Auftragsausführung entstehenden Kosten ab.

³³³ VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07.

³³⁴ BVA 29.7.2004, 09F-26/01-31 unter Verweis auf *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), Handkommentar zur VOB⁸ § 2 Rz 13.

³³⁵ BVA 15.5.2007, N/0032-BVA/07/2007-39.

³³⁶ VKS Wien 2.6.2006, VKS-1360/06.

³³⁷ BVA 5.6.2009, N/0045-BVA/05/2009-23.

- 193 Die ÖNORM B 2061, die sich mit der Preisermittlung für Bauleistungen beschäftigt, geht davon aus, dass ein Unterpreis weit unter den Vollkosten wäre, Grenzgrößen sind die variablen Kosten, dh kein Deckungsbeitrag (für fixe Kosten + Gewinn).³³⁸
- 194 In einer etwas älteren Entscheidung berücksichtigte das BVA die günstigeren Bedingungen eines Bieters bei der Angebotslegung als zulässig, die insbesondere darin lagen, als dass der Bieter aufgrund aller vorangegangenen Tätigkeiten bei der Auftraggeberin bereits über einen derart guten Wissensstand über die Projektbearbeitung und Abwicklung derartiger Leistungen verfügt und durch geschickte Büroorganisation und Bearbeitungstätigkeit sowie Bearbeitungszuordnung eine konzentrierte Abwicklung bzw Bearbeitung der Leistung erfolgen kann. Daher konnte im gegenständlichen Fall nicht davon ausgegangen werden, dass durch den gewährten Rabatt in der Höhe von 17% jene Teilkosten bzw Grenzkosten, die im konkreten Fall die ausgabenwirksamen Kosten darstellen, nicht mehr gedeckt sind. Weiters hält das BVA fest: *„Das Angebot des Auftragnehmers ist knapp kalkuliert und liegt im unteren Bandbreitenbereich der Marktsituation. Es stellt jedoch unter Berücksichtigung der einschlägigen vorlaufenden Tätigkeiten des Auftragnehmers für den Auftraggeber und der projektbezogenen möglichen Effizienzoptimierung keinen Unterpreis dar. Die Zusammensetzung des Gesamtpreises erscheint [...] plausibel.“*³³⁹ Auch der Sachverständige hat in diesem Verfahren festgestellt, dass der Preis als „Kampfpreis“ im unteren noch akzeptablen Preissegment liegt.
- 195 Auch wenn diesem Urteil grundsätzlich zu folgen ist, bleibt es etwas bedenklich, dass in diesem Fall der Auftraggeber einem Bieter den Zuschlag erteilt, der schon wiederholt für ihn gearbeitet hat. Es stellt sich die Frage, ob nicht der Wettbewerb genau durch diese Argumentation verhindert wird. Dadurch, dass ein Bieter stets einen Vorteil daraus hat, dass er schon für den Auftraggeber gearbeitet hat, werden wahrscheinlich andere Bieter sehr lange nicht zum Zug kommen können, was langfristig dem gesamten Wettbewerb schaden könnte. Die Möglichkeit, einen so hohen Rabatt anbieten zu können, hat der Bieter ja nur, weil er schon Erfahrungen mit diesem Auftraggeber gesammelt hat. Darin liegt im weitesten Sinne ein Wettbewerbsvorteil, den andere Bieter nicht geltend machen können und daher stellt sich die Frage, inwieweit andere Bieter überhaupt eine Chance auf Zuschlagserteilung haben können.
- 196 *„Wenn es auch zutrifft, dass ein Unternehmer, um überhaupt in den Markt einzudringen, auch eine Unterdeckung für seine angebotenen Leistungen kalkulieren kann, kann eine derartige Unterdeckung jedenfalls nur in einem geringfügigen Prozentsatz angesetzt sein.“*³⁴⁰ Allein der Hinweis, dass bei einer Unterdeckung eine Gefährdung des Unternehmens nicht gegeben wäre,

³³⁸ BVA 7.9.2007, N/0026-BVA/03/2007-60.

³³⁹ BVA 29.7.2004, 09F-26/01-31.

³⁴⁰ VKS Wien 25.3.2008, VKS-9278/07.

genügt nicht, zumal auch dieser Umstand von der Auftraggeberin nicht näher geprüft wurde.³⁴¹ Der Bieter müsste die fehlende Gefährdung etwas näher begründen und nicht bloß pauschal aussprechen, dass die Unterdeckung das Unternehmen nicht gefährdet.

197 Ein übergangener Bieter in einem Vergabeverfahren zur Lieferung von Brot und Gebäck an diverse Pensionistenheime berief sich darauf, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Bieterin ungewöhnlich niedrig sei, da zu Dumpingpreisen angeboten worden sei. Der beschwerdeführende Bieter hatte eine Preisstudie vorgenommen und festgestellt, dass seine Semmel zum normalen Verkaufspreis 27 Cent kostet, die der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 26 Cent. Allerdings habe der Beschwerdeführer seinen Betrieb vor Ort, während die erwähnte Firma ihren Betrieb weiter entfernt habe, sodass höhere Transportkosten anfallen müssten. Seiner Meinung nach wäre eine vertiefte Angebotsprüfung zwingend gewesen. Der VwGH³⁴² spricht nun aus, dass selbst auf dem Boden der von ihm vorgelegten Preiskalkulation kein Grund ersichtlich ist, die in den einzelnen Angeboten ausgewiesenen Preise als betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar anzusehen. Selbst der Stückpreis für Semmeln ist im Angebot, das für den Zuschlag ausgewählt wurde mit 0,114 Euro nicht so auffallend unter jenem in den übrigen Angeboten (der Beschwerdeführer hat zu 0,14 Euro angeboten), dass von einem ungewöhnlich niedrigen Preis gesprochen werden könnte. Daher war es nicht rechtswidrig, dass keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde, eine Pflicht hierzu konnte der VwGH nicht erkennen. Interessant ist, dass der VwGH nicht auf die Argumente des Beschwerdeführers bezüglich der höheren Transportkosten, die sich im Preis niederschlagen müssten, eingegangen ist.

198 Der VKS Steiermark spricht in einer älteren Entscheidung³⁴³ ausdrücklich aus, dass auch nicht kostendeckende Angebote eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen können, daher stellen nicht kostendeckende Angebote keinen zwingenden Ausscheidungsgrund dar.³⁴⁴ Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die Angebote dahingehend zu überprüfen, ob sie kostendeckend sind. In diesem Fall wurden **Markteinführungsrabatte** als zulässig erachtet. Nicht kostendeckende Angebote können zur **Erlangung von Referenzprojekten** als Voraussetzung für spätere Aufträge gelegt und damit wirtschaftlich sinnvoll sein. Die nächste entscheidende Aussage des VKS ist, dass vom Auftraggeber vor allem nicht das kalkulatorische Wagnis zu beurteilen ist. Der VKS betont, dass bei der vertieften Angebotsprüfung eben nur die wesentlichen Positionen auf ihre Kostendeckung überprüft werden müssen und schließt daraus,

³⁴¹ VKS Wien 25.3.2008, VKS-9278/07.

³⁴² VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090.

³⁴³ VKS Stmk 5.12.2000, S12-2000/19. Siehe auch Entscheidungsanmerkung Pfeiler, ZVB 2001, 15.

³⁴⁴ Darauf verweisend BVA 29.7.2004, 09F-26/01-31.

dass das Vergaberecht nicht verlangt, dass der Gesamtpreis in jeden Fall kostendeckend sein muss.

- 199 Die Judikatur geht mittlerweile geschlossen davon aus, dass auch nicht kostendeckende Angebote eine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen können.³⁴⁵ So können etwa niedrigere Preise aus einer für den Bieter schlechten Auftragslage heraus erklärbar sein, wegen der der Bieter zumindest seine Fixkosten decken will.³⁴⁶
- 200 Der VKS Wien hatte in einem Fall zu entscheiden,³⁴⁷ in dem ein Bieter in einem Vergabeverfahren zur Errichtung und des Betriebes eines virtuellen Firmennetzes/Mobiltelefonnetzes die monatliche Grundgebühr pro SIM-Karte mit nur 1 Euro beziffert hatte. Zunächst wurde festgestellt, dass zu Recht eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden hat, im Zuge derer die Bieterin erklärte, dass es sich bei dieser Position tatsächlich um einen Eingabefehler handle, sie aber nichts desto Trotz diesen Preis aufrechterhalten werde. Der VKS entscheidet, dass die Bieterin ihre Preisgestaltung plausibel damit erklärt, mit der monatlichen Grundgebühr für SIM-Karten primär die Deckung der Fixkosten vorzunehmen. Diese Möglichkeit sei ihr durch die Marktentwicklung eingeräumt worden, weshalb die im früheren Vertragsverhältnis verrechneten Grundgebühren nicht zum Vergleich für die Gestaltung des Angebotes herangezogen werden könnten. Es ist daher grundsätzlich zu prüfen, ob unter den gegebenen Umständen das Angebot als plausibel angesehen werden kann oder nicht. Die Bieterin argumentierte im Wesentlichen damit, dass es ihr möglich war erhebliche Zuwächse an Kunden zu erreichen (etwa eine Verzwanzigfachung) und dass zusätzlich Effizienzgewinne erreicht werden konnten, wobei auf den Preisverfall im gesamten Mobilfunkmarkt hingewiesen wurde. Aus diesen beiden Gründen ist die wesentliche Preissenkung, wie sie im Angebot vorgenommen wurde, erklärbar. Schließlich argumentierte die Bieterin auch damit, dass der gegenständliche Auftrag eine wesentliche Referenz für künftige Aufträge darstelle. Der VKS folgte dieser Argumentation und erklärte, dass sie plausibel und im Rahmen eines entwickelten Wettbewerbs verständlich sei. Gerade der Hinweis darauf, für die Stadt Wien die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen ist eine bedeutsame Referenz für ähnliche zukünftig ausgeschriebene Leistungen. Die Bieterin hat plausibel dargelegt, dass es ihr darauf ankommt, den Markt zu erobern und sich dort zu behaupten. Der VKS betont hier ausdrücklich, dass ein Vergleich mit früheren Preisen (beispielsweise bei einer früheren Ausschreibung) nie das einzige Argument für das Vorliegen

³⁴⁵ VKS Wien 7.11.2003, VKS-8242/03.

³⁴⁶ VKS Wien 7.11.2003, VKS-8242/03.

³⁴⁷ VKS Wien 7.11.2003, VKS-8242/03.

eines ungewöhnlich niedrigen Preises sein kann, da sich die Marktsituation ständig verändert und es in manchen Branchen regelmäßig zu extremen Preisschwankungen kommt.³⁴⁸

- 201 Wie bereits erwähnt, gehen sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung davon aus, dass ein ungewöhnlich niedriger Preis mit der Erlangung von Referenzprojekten, zur Erschließung neuer Märkte, uä gerechtfertigt werden kann.³⁴⁹ Es wäre nicht nachvollziehbar und auch nicht mit dem Zweck einer sparsamen Beschaffung vereinbar, wenn solch ein Angebot zwingend ausgeschieden werden müsste.³⁵⁰ Man geht weiters davon aus, dass kurzfristige „Kampfpreise“ wirtschaftlich sinnvoll sein können. Gerade aufgrund des Umstandes, dass Referenzprojekte zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit verlangt werden können, muss ein Unternehmen, das neu auf den Markt kommt, Projekte schon deshalb durchführen, um eben diese Referenzen zu erhalten.³⁵¹ Daher kann ein ungewöhnlich niedriger Preis mit dem Wunsch nach Erlangung dieser Referenzen gerechtfertigt sein. Das Vergaberecht nimmt sich an manchen Stellen bewusst zurück und überlässt die Verhinderung einer marktbeherrschenden Stellung dem Wettbewerbsrecht. Dennoch schadet ein ruinöser Wettbewerb langfristig gesehen auch dem Auftraggeber, denn er zieht eine Reduktion der möglichen Bieter und somit einen Anstieg des Preisniveaus bei zukünftigen Ausschreibungen nach sich.³⁵²
- 202 Beispiel hierfür ist die Tatsache, dass Markteinführungsrabatte auch durch marktbeherrschende Unternehmen, die der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht unterliegen, teilweise für zulässig erachtet werden.³⁵³ Solch ein Kampf um Marktanteile ist ein geradezu typisches Erscheinungsbild des freien Marktes, der durch die Vergabevorschriften gewährleistet werden soll. *Elsner* vertritt dagegen unter Berufung auf den EuGH die Meinung, dass marktbeherrschenden Unternehmen eine Preisgestaltung unterhalb der Vollkosten kaum zuzugestehen sein wird, damit sie nicht allzu leicht Konkurrenten vom Markt verdrängen können.³⁵⁴

³⁴⁸ Siehe hierzu bereits *Gölles*, wbl 1999, 61, wonach die Beurteilung und Bewertung solcher „Ein-Schilling-Preise“ nach den Umständen des Einzelfalles zu erfolgen haben wird.

³⁴⁹ VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07; UVS OÖ 15.2.2007, VwSen-550313/15/Kü/Hu, VwSen-550315/11/Kü/Hu, VwSen-550316/7/Kü/Hu; BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34.

³⁵⁰ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 37.

³⁵¹ *Elsner*, Vergaberecht (1999) Rz A 123.

³⁵² *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 396.

³⁵³ *Groebe/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU Recht⁵ Art 86; EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg 1979, 461.

³⁵⁴ *Elsner*, Bundesvergabegesetz 2006 Rz 196 mit weiteren Nachweisen und unter Berufung auf EuGH 3.7.1991, Rs C-62/86, *AKZO* Rz 70.

- 203 Die Umstellung der Produktion sowie ein damit verbundener **Lagerabverkauf** als auch die **Sicherstellung der Maschinenauslastung** bei saisonabhängigen Produkten können eine nachvollziehbare Erklärung für einen ungewöhnlich niedrigen Preis sein.³⁵⁵
- 204 Das BVA sprach in einer Entscheidung aus,³⁵⁶ dass ein Lagerabverkauf nur grundsätzlich die Erstellung eines besonders günstigen Angebots begründen und somit die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar machen kann. Im gegenständlichen Fall erlaubten die bloße Zusammensetzung der Rabattsätze (die fast doppelt so hoch waren wie jene anderer Bieter) und die nicht näher dargestellte Möglichkeit eines Lagerabverkaufs allein noch keine Rückschlüsse auf die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit der Preise. In dieser konkreten Situation musste die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit fragwürdig erscheinen. Das BVA entschied, dass der Auftraggeber dieses Argument zumindest hinterfragen hätte müssen. Dies auch, weil die Bieterin aus einem Lagerbestand vollwertige aktuelle Software zu liefern bereit ist, was ohne nähere Erklärung und Hintergrundinformation nicht ohne weiters nachvollziehbar sei. Ein Auftraggeber ist also gehalten, die vom Bieter erbrachten Erklärungen kritisch zu hinterfragen und sich nicht mit Floskeln zufrieden zu geben, welche die tatsächliche Situation nicht oder nur schlecht widerspiegeln.
- 205 Zusammenfassend kann man also sagen, dass **außergewöhnlich günstige Produktionsbedingungen** anerkannt werden (siehe Art 55 Abs 1 lit b VergabeRL 2004). Das kann der Einsatz schon abgeschriebener Maschinen, die Verwendung von Restposten an Lagerware oder der Einsatz günstiger Subunternehmer sein. Instruktiv ist ein von *Elsner* gebrachtes Beispiel: Wenn abzutragendes Humusmaterial oder Erdreich auf einer andren Baustelle benötigt wird und daher einen betriebswirtschaftlichen Wert hat, muss es auch betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sein, den erzielbaren Verkaufspreis als Erlös anzusetzen.³⁵⁷ Obwohl die Argumentation *Elsners* schlüssig und begrüßenswert ist, beurteilt die Rechtsprechung diese Frage anders und entschied in einem solchen Fall, dass dieser Preis betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sei.³⁵⁸
- 206 Im Ergebnis rechtfertigen daher weder das Gebot der Vergabe zu angemessenen Preisen noch das Gebot einer plausiblen Zusammensetzung des Angebotspreises die Ausscheidung eines Angebots, wenn der Bieter einen der dargestellten Gründe (Markterschließung, Erlangung von

³⁵⁵ UVS OÖ 15.2.2007, VwSen-550313/15/Kü/Hu, VwSen-550315/11/Kü/Hu, VwSen-550316/7/Kü/Hu; VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07; *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen (1998) 106.

³⁵⁶ BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

³⁵⁷ *Elsner*, BVergG 2006 Rz 205 FN 733; *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen (1998) 106.

³⁵⁸ UVS OÖ 13.11.2006, VwSen-550294/11/Wim/Be.

Referenzen oder einen gleichwertigen Grund) als nachvollziehbare Begründung für sein nicht kostendeckendes Angebot anführen kann.³⁵⁹

- 207 Es lassen sich zusammenfassend keine absoluten Kriterien aufstellen, wann ein nicht kostendeckendes Angebot auszuschneiden ist. Folglich ist jedes Mal eine Einzelfallbetrachtung und umfangreiche Interessenabwägung durchzuführen. Zunächst ist immer der Wettbewerbsgrundsatz zu beachten. Die Annahme eines Angebots darf nicht zur Behinderung des freien, ungehinderten und lauten Wettbewerbs führen (insbesondere darf kein im Sinne des UWG verbotener Verdrängungswettbewerb vorliegen). Es ist genau zu prüfen, welche Kosten in welchem Umfang nicht gedeckt sind. Für den Auftraggeber wird weiters wichtig sein, vor unvorhergesehenen Mehrkosten geschützt zu sein (beispielsweise durch eine Pauschalpreisvereinbarung). Besonders wichtig ist die Abwägung, ob ein Bieter durch das ungewöhnlich niedrige Angebot in seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie Zuverlässigkeit unbeeinträchtigt bleibt.³⁶⁰ Für den Auftraggeber wird ein Bieter als Vertragspartner uninteressant sein, der sein Unternehmen durch die nicht kostendeckende Auftragsausführung in den wirtschaftlichen Ruin treibt.

b) Preisspiegel und Preisdatenbanken

- 208 In einem ersten frühen Urteil zum BVergG 1997 spricht das BVA³⁶¹ aus, dass bei der Qualifikation als Unterangebot nicht auf die Preise anderer eingelangter Angebote abgestellt werden darf. Der ausschließliche Rückgriff auf so genannte **Preisspiegel** „würde im Ergebnis den ökonomischen Fortschritt hemmen und gerade die wirtschaftlich innovativsten Bieter von der Erlangung öffentlicher Aufträge ausschließen.“ Dieses Verbot der Qualifikation eines Angebots als Unterangebot nur aufgrund des Vergleichs mit den Preisen der konkurrierenden Bieter hat sich in der Rechtsprechung eindeutig durchgesetzt.³⁶² Vielmehr kann es bei der Prüfung, ob ein Unterangebot vorliegt, nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter „gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat.“ Dieses Kriterium wurde von den Vergabekontrollbehörden in zahlreichen späteren Judikaten übernommen.³⁶³ Es finden sich in weiterer Folge Urteile, die diese Formel ausdrücklich um das

³⁵⁹ Fössl, RPA 2007, 194 (197f) zu VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07.

³⁶⁰ BVA 8.10.1997, N-18/97-17: „Ein insgesamt zweifellos beträchtlich unter den Selbstkosten liegendes Angebot könnte höchstens Zweifel an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des Bieters erwecken und deshalb [...] auszuschneiden sein.“ Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen (1998) 106.

³⁶¹ BVA 19.1.1998, N-1/98-15.

³⁶² BVA 6.7.2000, N-22/00-7; BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58; BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

³⁶³ ZB VKS Wien 1.9.2005, VKS-2513/05; UVS OÖ 21.4.2005, VwSen-550206/17/Kl/Pe; BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58; VfGH 22.9.2003, B 1211/01; (BVA 30.1.2006, 13N-130/05-21;) VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07; BVA 27.3.2000, F-4/99-19; BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

Erfordernis der wirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit erweitern.³⁶⁴ Bei der Prüfung, ob ein Bieter kostendeckend kalkuliert hat, sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen, worunter auch sämtliche individuellen Umstände zu verstehen sind.³⁶⁵

- 209 In einer neueren Entscheidung sprach das BVA aus,³⁶⁶ dass der Vergleich von neun Angeboten mittels eines Preisspiegels nicht die relevanten Marktverhältnisse widerspiegelt, jedoch einen Vergleich der Angebote untereinander auf Ebene der einzelnen Positionen ermöglicht. Starkes Abweichen der Positionspreise vermag daher ein Indiz für die Notwendigkeit einer vertieften Angebotsprüfung abzugeben.³⁶⁷ Somit anerkennt das BVA, dass ein Vergleich mit den Angeboten der Mitbieter zwar nicht die relevanten Marktverhältnisse widerspiegelt, aber dennoch ein Indiz für eine vertiefte Angebotsprüfung (ausdrücklich nicht für die Notwendigkeit des Ausscheidens) abgeben kann.³⁶⁸
- 210 Bereits die ältere Rechtsprechung ging teilweise davon aus, dass ein Auftraggeber ein Angebot nicht nur aus dem Grund ausschließen darf, dass es um einen bestimmten Prozentsatz von einem anderen (oder einem errechneten Mittelwert aus mehreren anderen Angeboten) abweicht, wohl aber darf er ein großes Abweichen von anderen angebotenen Preisen als Anlass für eine weitere nähere Untersuchung des Angebots im Wege einer vertieften Angebotsprüfung nehmen.
- 211 Dennoch gab es auch zahlreiche Entscheidungen der früheren Rechtsprechung, welche regelmäßig die Abweichung der Angebotspreise voneinander in Prozent berechnet hat. Der VfGH beruft sich in einer älteren Entscheidung³⁶⁹ auf einen Preisvergleich anhand eines Preisspiegels und erachtet eine vertiefte Angebotsprüfung als nicht zwingend geboten, wenn das erfolgreiche Angebot bloß 6,7% vom Angebotspreis des nächstgereihten Bieters abweicht. In diesem Erkenntnis hatte der VfGH zu untersuchen, ob der VKS Wien bei seiner rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Vergabesachverhalts ein in die Verfassungssphäre reichender Fehler anzulasten ist. Der VKS Wien hatte in einem Nachprüfungsverfahren entschieden, dass es sich bei dem Angebotspreis der Bestbieterin um einen plausiblen Unterpreis handelte, da es dem Unternehmen

³⁶⁴ BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34 unter Verweis auf BVA 30.9.2003, 03N-71/03-19 zur Preisprüfung bei nicht prioritären Dienstleistungen: „Bei der Prüfung, ob ein Unterpreisangebot vorliegt, kann es nach allgemeinem Verständnis nur darauf ankommen, ob ein Bieter gemessen an den ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten kostendeckend kalkuliert hat **und** die Preise wirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind.“ (Hervorhebung der Autorin) Obwohl sich diese Ausführungen auf nicht prioritäre Dienstleistungen beziehen, die grundsätzlich einem verdünnten Vergaberegime unterliegen, kann aus der Formulierung des BVA geschlossen werden, dass diese Verquickung der Prüfelemente auch im „normalen“ Verfahren angenommen werden kann. Aus dieser früheren Entscheidung schließt die spätere, dass sich das BVA in Bezug auf die Preisprüfung bei nicht prioritären Dienstleistungen inhaltlich betrachtet den gesetzlichen Bestimmungen für die vertiefte Angebotsprüfung nähert.

³⁶⁵ BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50 unter Verweis auf BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58.

³⁶⁶ BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-036.

³⁶⁷ Unter Verweis auf BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; siehe auch BVA 27.3.2000, F-4/99-19.

³⁶⁸ BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50.

³⁶⁹ VfGH 22.9.2003, B 1211/01.

gelingen sei, die Kalkulation nachvollziehbar und plausibel darzulegen. Die Beschwerdeführerin warf dem VKS Wien vor, zahlreiche in die Verfassungssphäre reichende Fehler begangen zu haben, die in ihrer Gesamtheit jedenfalls den Vorwurf der Willkür begründen würden. Insbesondere meinte die Beschwerdeführerin, der VKS Wien habe jede Ermittlungstätigkeit unterlassen und sei nicht auf das diesbezüglich substantiierte Vorbringen der Beschwerdeführerin eingegangen. Der VfGH entschied, dass kein in die Verfassungssphäre reichender Fehler vorliegt und betont, dass dem VKS der Vorwurf der Willkür nicht gemacht werden kann, (nur) weil er das Ergebnis der durchgeführten vertieften Angebotsprüfung als rechtskonform gewertet hat. Obwohl der VfGH nun selbst ausspricht, dass er nicht zu beurteilen hat, ob der VKS allen materiellvergaberechtlichen Anforderungen Rechnung trägt, trifft er dazu einige allgemeine Aussagen. Er akzeptiert einen hohen Fixkostenanteil als plausible innerbetriebliche Erklärung für einen niedrigen Preis. Weiters kann seiner Meinung nach der Vorwurf, die Auftraggeberin hätte die Frage der Plausibilität der Zusammensetzung des Angebotspreises nicht einer kritischen Beurteilung unterzogen, nicht erhoben werden, (auch) weil *„das erfolgreiche Angebot bloß um 6,7% vom Angebotspreis des zweitgereihten Bieters abweicht (– die Auftraggeberin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung also nicht einmal zwingend verpflichtet war – [...]“*. Dieses vom VfGH in diesem Nebensatz erwähnte Kriterium war Anlass zu zahlreicher Kritik und scheint durchaus umstritten zu sein. Für die Beurteilung der Angemessenheit eines Preises (die eine Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung auslösen kann) zieht der Gerichtshof als Maßstab ausdrücklich den Abstand des Preises des Bestbieters zum Angebot des zweitgereihten Bietes heran und scheint damit offenbar implizit die Verwendung so genannter Preisspiegel für zulässig zu erklären.

- 212 Dieses Erkenntnis wurde von der Lehre kritisch aufgenommen.³⁷⁰ Als Beleg dafür, dass ein Vergleich von Preisen zulässig ist, zitiert der VfGH in seiner Entscheidung *Gölles*.³⁷¹ Bei genauer Betrachtung dürfte der Gerichtshof *Gölles* missinterpretiert haben.³⁷² Dieser nimmt zwar an, dass eine ungewöhnliche Abweichung *„erst jenseits von etwa plus/minus 20 bis 25 Prozent“* angenommen werden kann, aus seinen weiteren Ausführungen geht jedoch eindeutig hervor, dass er eben nicht ausschließlich auf Preisspiegel abstellen möchte. Vielmehr geht aus seinen Beiträgen zu diesem Thema hervor, dass die Frage, *„ab welcher Höhe ein ‚ungewöhnliches‘ Missverhältnis vorliegt, weder mit einem generellen Prozentsatz plus oder minus noch mit einer generellen Bandbreite determiniert werden kann, also jeweils nach den Umständen des Einzelfalls in Relation zum Marktpreis (,marktüblichen Preisen‘) beurteilt werden muss und somit a) weder durch bloßen Vergleich mit Preisen von Angeboten der Mitbieter (sog*

³⁷⁰ Katary, RPA 2003, 336; Katary, RPA 2003, 342.

³⁷¹ *Gölles*, wbl 2000, 399.

³⁷² Karary, RPA 2003, 336 (338f).

„Preisspiegel“) dokumentiert werden kann, b) noch durch bloßen Vergleich mit den Preisen von früheren Angeboten zu (mehr oder minder) vergleichbaren Lieferungen oder Leistungen (sog. „Preisspeicher“ oder „Preisdatenbank“).“ Nach Gölles kann daher der Maßstab für eine Abweichung nicht das Angebot des Zweitgereihten sein. Auch die frühere Rechtsprechung teilte diese Ansicht (siehe auch die weiter oben bereits erwähnte Rechtsprechung). In einem Urteil folgt das BVA dieser Linie des VfGH, merkt aber ausdrücklich an, dass der VfGH entgegen bedeutenden Literaturmeinungen auf den Vergleich zwischen den einlangenden Angeboten abstellt.³⁷³ Obwohl nun der VfGH in diesem Urteil den Vergleich von Angeboten bei der Bewertung, ob ein Unterpreis vorliegt, scheinbar zulässt, hat das BVA in einem nur wenige Monate später ergangenen Bescheid wieder betont, dass ein Vergleich von Angeboten zu diesem Zweck nicht zulässig ist.³⁷⁴ In der späteren Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden findet sich an keiner Stelle die strittige Aussage des VfGH wieder.

- 213 Der EuGH äußert sich wiederholt zur Problematik ungewöhnlich niedriger Preise und beschäftigt sich vorrangig mit der Frage, ob für die Beurteilung des Vorliegend ungewöhnlich niedriger Preise mathematische Methoden (insbesondere der Vergleich mit den Angeboten der Konkurrenten) geeignet und zulässig sind. Er kommt mehrfach eindeutig zu dem Erkenntnis, dass die Anwendung von mathematischen Kriterien unzulässig ist.³⁷⁵ Nach Ansicht des Gerichtshofes (in der Rechtssache *Impresa Lombardini*)³⁷⁶ nimmt ein mathematisches Kriterium, wonach Angebote, die den als Preis der Arbeiten festgesetzten Grundwert um mehr als 10 Prozentpunkte weniger übersteigen als der Durchschnitt aller zum Vergabeverfahren zugelassenen Angebote, als ungewöhnlich angesehen und daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, den Bietern die Möglichkeit, nachzuweisen, dass diese Angebote seriös sind. Darin sieht der EuGH einen Verstoß gegen die Bestimmungen der Richtlinie, die eine genaue Auseinandersetzung mit dem angeblich unterpreisigen Angebot und eine kontradiktorische Vorgangsweise fordern. Die Auftraggeber haben sich daher an das vorgeschriebene Verfahren zu halten und nicht Angebote von Bietern nach einer mathematischen Rechenoperation ohne weitere Aufklärung auszuschneiden. Es muss das Verfahren der kontradiktorischen Überprüfung durchgeführt werden, wonach sowohl Auftraggeber als auch Bieter ihre Meinungen und Argumente zu einem scheinbar ungewöhnlich niedrigen Preis darlegen können. Es darf weder vor Angebotsöffnung noch bereits bei der Angebotsöffnung durchgeführt werden, sondern erst nach Öffnung und Prüfung aller Angebote und vor der Entscheidung über das Ausscheiden.³⁷⁷

³⁷³ BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34.

³⁷⁴ BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58.

³⁷⁵ EuGH 22.6.1989, Rs 103/88, *Fratelli Costanzo* Rz 18f; EuGH 18.6.1991, Rs C-295/89, *Donà Alfonso*; EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini* Rz 47f.

³⁷⁶ EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini* Rz 47f.

³⁷⁷ Gölles, ZVB 2002/49 zu EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini* Rz 53.

- 214 In der Rechtssache *Impresa Lombardini* entschied der EuGH, dass diese Regelung der Richtlinie einer Verwaltungspraxis entgegensteht, wonach es dem Auftraggeber erlaubt ist, ein Angebot ausschließlich auf der Grundlage der zeitgleich mit dem Angebot selbst eingereichten Erläuterungen zu den wichtigsten Einzelpositionen als ungewöhnlich niedrig auszuschließen.³⁷⁸ Nur so kann Willkür verhindert und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmern gewährleistet werden. Würde man dies zulassen käme es zu einer Schlechterstellung des Bieters, der freiwillig zusätzliche Informationen übermittelt. Es kann wohl nicht sein, dass einem Bieter, der freiwillig ergänzende Informationen übermittelt, daraus ein Schaden entstehen soll.
- 215 Dem Großteil der österreichischen Judikatur folgend geht auch *Kropik* davon aus, dass Preisspiegel immer nur relative, jedoch keine absoluten Aussagen zur Preisangemessenheit treffen können.³⁷⁹ Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob ein Preisspiegel der einzelnen Einheitspreise, Preisgruppen oder des Gesamtpreises erstellt wird. Zu ergänzen ist, dass Preisspiegel nie aussagekräftig sein können, da sie ja quasi per Zufall entstehen. Es ist völliger Zufall welche Unternehmen sich bei einer Ausschreibung beteiligen und wie ihre Angebote sind. Beispielsweise würde ein einzelner Bieter, der aus taktischen Gründen bewusst ein sehr hohes Angebot legt, um jedenfalls ausgeschieden zu werden, Einfluss auf den Mittelwert des Preisspiegels haben.
- 216 *Oberndorfer/Schwarz*³⁸⁰ gehen ebenfalls davon aus, dass sich die Preisangemessenheit von Leistung und Gegenleistung immer nur aus den jeweiligen individuellen Umständen beurteilen lässt – basierend auf sachlichen Gesichtspunkten und nachvollziehbaren, individuellen Erfahrungswerten. Das Sachlichkeitsgebot werde verletzt, wenn die Prüfung der Preisangemessenheit auf dem bloßen Vergleich mit Preisen anderer Mitbewerber oder mit Preisen vergangener Angebote fußt. Die Autoren anerkennen allerdings die Verwendung von Preisspiegeln sowie „aktuelle und inhaltlich zutreffende Preisdatenbanken“.
- 217 Unter **Preisdatenbanken** versteht man die Sammlung der Einheitspreise verschiedener Positionen aus zahlreichen bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren. Während Preisspiegel immer die Relation einzelner Angebote in einem Vergabeverfahren zueinander oder eine Relation zu einem gebildeten Mittelwert zeigen, entstehen Preisdatenbanken aus Erfahrungswerten,³⁸¹ wenn beispielsweise ein Auftraggeber, der oft ausschreibt, die Einheitspreise für wiederkehrende Positionen systematisch sammelt. Diese Preisdatenbanken werden von der Lehre (im Einklang

³⁷⁸ EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini* Rz 58.

³⁷⁹ *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte* II 153.

³⁸⁰ *Oberndorfer/Schwarz*, *Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen*, ZVB 2001, 148 (151).

³⁸¹ *Kropik*, *Mängel in Angeboten*² 133.

mit der Judikatur)³⁸² kritisch gesehen, da eine Vergleichbarkeit meist nicht bzw nur beschränkt gegeben ist, was sich laut *Kropik*³⁸³ aus folgenden Umständen ergibt:

- Einflüsse des Marktes wie Konkurrenzsituation, Preisniveau, Zielsetzung der Bieter;
- unterschiedliche Umstände und Gegebenheiten in der Durchführung der Leistung;
- Einflüsse aus der Ausschreibung, wie eine vertragliche Risikoübernahme durch den Auftragnehmer;
- Plausibilität der ausgeschriebenen Mengen;
- Mengengrundlage für den in der Datenbank gespeicherten Wert;
- Vorfinanzierung, Zahlungsziele usw;
- unterschiedlicher Geräteeinsatz und unterschiedliche Wahl von Bauverfahren;
- unterschiedliche Umlageverfahren bei der Preisbildung.

218 Preisdatenbanken können somit höchstens ein Indiz für ein Unter- oder Überangebot sein.³⁸⁴

219 Selbst wenn es sich somit um ähnliche Leistungen oder Produkte handelt, kann eine Preisdatenbank nicht eine veränderte Markt- oder Wettbewerbssituation widerspiegeln, weshalb Preisdatenbanken meiner Ansicht nach zu Recht abgelehnt werden. Denn wenn der Vergleich mit Angeboten von Mitbieterern aus einem Verfahren einhellig abgelehnt wird, muss der Vergleich mit noch mehr gesammelten Preisen in Preisdatenbanken ebenfalls unzulässig sein. Alles andere wäre unschlüssig.

220 Darüber hinaus sind all diese Verfahren aus mehreren Gründen abzulehnen.³⁸⁵ Zunächst kann ein schematisches Ausscheiden von Angeboten niemals sachlich gerechtfertigt sein, da sich der Auftraggeber mit der besonderen Situation seines Verfahrens auseinandersetzen sollte. Weiters haben Bieter, die technische Innovationen zur Minderung des Preises entwickelt haben bzw grundsätzlich billige Angebote, keine Chance auf Zuschlag, was ebenfalls dem Zweck eines Vergabeverfahrens zuwider läuft. Wie bereits erwähnt ergeben diese Verfahren rein zufällige

³⁸² Siehe beispielsweise OGH 3.2.2000, 2 Ob 20/00f, wo der OGH sich gegen einen Vergleich mit Angeboten aus einem laut Auftraggeber vergleichbaren Vergabeverfahren aussprach. Es sei nicht auf Vergleichsanbote bei bestimmten anderen Projekten abzustellen, weil diese - aus welchen Gründen auch immer - besonders günstig gewesen sein können und der Anbieter nicht verlangen und erwarten kann, dass besonders günstige Preise fortgeschrieben werden. Vielmehr sei auf ein Überschreiten der marktüblichen Preise abzustellen.

³⁸³ *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte* II 153f; *Kropik*, *Mängel in Angeboten*² 133.

³⁸⁴ Vgl zB *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, *ZVB* 2004, 196 (200).

³⁸⁵ Siehe *Kropik*, *Mängel in Angeboten*² 135f.

Vergabeentscheidungen. Weiters sollten Manipulationsmöglichkeiten, wie die gezielte Abgabe hoch- oder niederpreisiger Angebote, nicht außer Acht gelassen werden.

- 221 Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass ein Vergleich mit der Kostenschätzung des Auftraggebers ebenfalls nur ein Hinweis auf die Plausibilität bzw Angemessenheit eines Preises sein kann. Dabei gilt auch hier, dass dem Ergebnis eines Vergleiches nicht unkritisch gefolgt werden darf,³⁸⁶ dieser aber sehr wohl als Indiz herhalten kann.³⁸⁷
- 222 Abweichungen von der Kostenschätzung des Auftraggebers sind oft nicht aussagekräftig, weshalb das BVA sie ebenso wie die Angebote der Mitbewerber meist nicht als Vergleichsbasis heranzieht. In einzelnen Fällen berücksichtigt das BVA aber, dass der Auftraggeber über hervorragende Marktkenntnis in Folge einschlägiger Tätigkeit (siehe sogleich zum Vergabeverfahren Räumung Recycling Point Blumenau) verfügt und seine Kostenschätzung anhand aktueller Marktpreise vorgenommen hat. In so einem Fall sei von einer mit einigem Aufwand erstellten und plausiblen Kostenschätzung durch den Auftraggeber auszugehen.³⁸⁸

6. Sonderfall: Überangebote

- 223 Als Gegenstück zu den ungewöhnlich niedrigen Angeboten sollen auch ein paar Worte zu **ungewöhnlich hohen Angeboten** gesagt werden. Es kann vorkommen, dass ein Auftraggeber Angebote erhält, deren Preise weit über seiner eigenen Schätzung oder den Preisen der Mitbewerber liegen. In diesem Fall muss sich der Auftraggeber ebenfalls an dasselbe gesetzlich vorgesehene Verfahren halten und Aufklärung verlangen. Auch für ungewöhnlich hohe Preise kann es durchaus Erklärungen geben. Wie etwa geringe Stückzahlen bei Sonderanfertigungen, saisonbedingte Preisschwankungen, Währungskurse bei Importen.³⁸⁹ Das BVA entschied, dass eine Bieterin zu Recht ausgeschieden wurde, weil sie ihre ungewöhnlichen – weil im Vergleich zu den übrigen Bietern doppelt so hohen – Wartungskosten nicht plausibel darlegen konnte und die vom Auftraggeber verlangte Aufschlüsselung der Wartungskosten unvollständig war.³⁹⁰
- 224 In einem anderen Fall hatte das BVA festgestellt, dass ein Angebot einen auf den ersten Blick auffällig hohen Angebotspreis aufwies, da es bei der Preis- und Gesamtbewertung eine Punktezahl von minus 15 bzw minus 11 Punkten erhalten hat. Weiters lag der angebotene Preis fast 50 Prozent über der vom Auftraggeber vorgenommenen Kostenschätzung für die ausgeschriebene Leistung. Das BVA berücksichtige ausdrücklich, dass der Auftraggeber über

³⁸⁶ *Kropik in Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II 154.

³⁸⁷ BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34.

³⁸⁸ BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31 unter Verweis auf B-VKK 27.11.2003, S-18/03.

³⁸⁹ *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen (1998) 106.

³⁹⁰ BVA 2.3.2004, 03N-1/04-33.

hervorragende Marktkennntnis in Folge einschlägiger Tätigkeit durch behördliche Vollziehung und Privatwirtschaftsverwaltung im Bereich der Abfallwirtschaft (bei einem Vergabeverfahren zur Räumung des Recycling Points Blumau) verfügte und seine Kostenschätzung anhand aktueller Marktpreise vorgenommen hat. Hier geht das BVA daher von einer plausiblen Kostenschätzung aus, welche geeignet ist, ein Angebot als ungewöhnlich hoch zu entlarven. Das BVA verweist auf eine einzelfallbezogene Empfehlung der B-VKK, laut der bei einzelnen Angeboten, die im Verhältnis zu den plausibel geschätzten Kosten entsprechend weit überhöht sind, der Ausscheidenstatbestand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises verwirklicht ist.³⁹¹ Das BVA schließt sich dieser Ansicht der B-VKK vorsichtig an und entscheidet schließlich, dass *„im vorliegenden Fall – wenn nicht überhaupt ein Ausscheiden der D*** zu erfolgen hat [...] – jedenfalls ein zwingender Widerrufsgrund gemäß § 105 Abs 1 BVergG [2002; entspricht § 139 BVergG 2006] vorliegt.“*³⁹²

- 225 Der OGH kritisiert in einer älteren Entscheidung das Abstellen des Auftraggebers auf Vergleichsangebote bei bestimmten anderen Projekten und erklärt, das für die Beurteilung, ob ein Angebot ungewöhnlich hoch ist, vielmehr auf ein Überschreiten der marktüblichen Preise abzustellen ist.³⁹³

7. Sonderfall: Legung zweier Hauptangebote

- 226 Es gibt Fälle in denen Bieter versuchen ihr Angebot als Unterangebot darzustellen, um bewusst ausgeschieden zu werden. Beweggrund dafür wird in der Regel sein, dass der Bieter nicht mehr an dem Auftrag interessiert ist. Ein besonderer Trick ist die (unzulässige) Legung von **zwei Hauptangeboten**. In so einem Fall werden zwei Angebote abgegeben, die sich nur durch den Preis unterscheiden und nicht als Alternativangebote gekennzeichnet sind.³⁹⁴ Sowohl die österreichische Rechtsprechung als auch Lehre gehen von der Unzulässigkeit der Legung mehrere Hauptangebote aus.³⁹⁵ Die einhellige Begründung liegt im Wettbewerbsprinzip und dem Bindungswillen, denn die Legung mehrerer Angebote könnte zu Manipulationen führen. Bei der Legung mehrerer Hauptangebote liegt der Verdacht nahe, dass der Bieter versuchen könnte, je nach Ergebnis der Angebotsöffnung sein niedrigeres Angebot entweder als Unterangebot

³⁹¹ B-VKK 27.11.2003, S-18/03.

³⁹² BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31; siehe auch OGH 3.2.2000, 2 Ob 20/00f.

³⁹³ OGH 3.2.2000, 2 Ob 20/00f.

³⁹⁴ Werden allerdings ein Hauptangebot und zwei ausgewiesene Alternativangebote gelegt und in der Folge eines der Alternativangebote wegen spekulativer Preisgestaltung ausgeschieden, kann der VwGH in seinem Urteil (vom 13.6.2005, 2005/04/0001 und 2005/04/0009) nicht finden, dass die Nicht-Ausscheidung des (als ausschreibungskonform beurteilen) Hauptangebots gegen das Wettbewerbsprinzip verstoßen würde.

³⁹⁵ Siehe dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen BVA 14.5.2007, N/0034-BVA/10/2007-046. Ebenso BVA 30.9.2002, 01N-41/02-27, ZVB 2002, 345 (*Latzenhofer*) = ZVB 2002, 331 (332) (*Sachs*).

ausscheiden zu lassen oder als zu wertendes Angebot darzustellen. Das BVA³⁹⁶ sprach aus, dass die Bieterin sich mit beiden Angeboten am Verfahren beteiligen und der Auftraggeberin die Wahl überlassen wollte. Insofern sei ihr Bindungswille nicht eindeutig und es bestünde die massive Möglichkeit von Absprachen. Schon diese Möglichkeit widerspräche einem ordentlichen und fairen Wettbewerb, allein deshalb, weil das tatsächliche Vorliegen einer Manipulation kaum kontrollierbar wäre. Durch die Vorgangsweise der Legung mehrerer Hauptangebote überlässt es der Bieter dem Auftraggeber, sich das beste Angebot aus einer Vielzahl von (zulässigen Teil-)Angeboten auszusuchen. Würde man dies akzeptieren, würde es laut *Sachs* schlussendlich darauf hinauslaufen, dass „Unternehmen ihre (gesamte) Produktpalette unter Hinweis eines definierten Prozentsatzes anbieten und der Bieter sich wie im Supermarkt aus dem Warenlager bedient“. ³⁹⁷

- 227 Das BVA befasst sich bereits in einer etwas älteren Entscheidung mit dieser Problematik. Im Urteil vom 7.4.2005, 06N-04/05-31, ging der erkennende Senat davon aus, dass es sich bei den als „Hauptangebot“ und als „Alternativangebot A“ bezeichneten Angeboten tatsächlich um zwei Hauptangebote handelte. Das BVA entschied, dass mehrere von einem Bieter eingereichte Hauptangebote, die sich ausschließlich durch den Preis unterscheiden (was im vorliegenden Fall zumindest auf das „Hauptangebot“ und das „Alternativangebot A“ zutrefte), gemeinsam aus dem Verfahren auszuschneiden sind. Das BVA begründet dies damit, dass (auch auf Grund potentieller Beweis- und Grenzziehungsschwierigkeiten) bereits die abstrakte Möglichkeit der Wettbewerbsverzerrung und spekulativen Angebotslegung ausreichend ist, um die generelle Unzulässigkeit derartiger Hauptangebote zu begründen.
- 228 Ebenso entschied das BVA für den Fall, in dem die Alternative A vom Hauptangebot lediglich und ausschließlich durch einen punktuell anderen Angebotspreis für die inhaltlich selbe Leistung und die im Übrigen rechtlich und wirtschaftlich selben Rahmenbedingungen abweicht.³⁹⁸ Das BVA verweist ausdrücklich auf die deutsche Judikatur³⁹⁹ und Literatur⁴⁰⁰, welche davon ausgeht, dass das Legen zweier Hauptangebote nicht mit dem Wettbewerbsgrundsatz vereinbar ist. Die VK Nordbayern geht davon aus, dieser könne nur von miteinander konkurrierenden Unternehmen gewährleistet werden, die sich als selbständige wirtschaftliche Einheiten unabhängig voneinander um den Auftrag bemühen. Dazu habe jeder Bieter „sein“ (einziges) Hauptangebot zu unterbreiten. Gibt ein Bieter mehrere Hauptangebote ab, müsse vermutet werden, dass er sich dadurch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern verschaffen will.

³⁹⁶ BVA 14.5.2007, N/0034-BVA/10/2007-046.

³⁹⁷ *Sachs*, ZVB 2002, 331 (332).

³⁹⁸ BVA 24.11.2004, 6N-92/04-39.

³⁹⁹ VK Nordbayern 23.8.1999, 320.VK-3194-15/99.

⁴⁰⁰ *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB § 25 Rz 149.

Weiters könne bei Vorliegen von mehr als einem Hauptangebot eines Bieters bei der Wertung nicht zweifelsfrei festgestellt werden, mit welchen Hauptangebot der Bieter am Wettbewerb teilnehmen will, womit unklar sei, welcher Preis für die Leistung letztendlich abverlangt wird. Die österreichische Lehre beruft sich immer wieder auf diese deutschen Ansichten und geht ebenfalls davon aus, dass der vom Vergaberecht propagierte „organisierte Parallelwettbewerb“ durch das Einreichen mehrerer (sich ausschließlich durch den Preis unterscheidender) Hauptangebote eines einzelnen Bieters gefährdet sei.⁴⁰¹ Darüber hinaus ist bei solch einer Konstellation auch unklar, mit welchem Hauptangebot (Angebotspreis) sich der Bieter am Vergabeverfahren beteiligen will, was die gesamte Angebotsstellung unklar erscheinen lässt.⁴⁰² Die österreichische Rechtsprechung scheidet in einem solchen Fall alle gelegten Angebote eines Bieters gemeinsam aus dem Vergabeverfahren aus.⁴⁰³

- 229 Es ist schließlich im Hinblick auf die dargestellte Rechtslage, dass einerseits allgemein das Anbieten mehrerer Hauptangebote, die sich ausschließlich durch den Preis unterscheiden, und andererseits im vorliegenden Fall das Anbieten nicht-technischen Alternativen unzulässig ist, unerheblich, ob die eingereichten Angebote nunmehr als drei derartige Hauptangebote oder als zwei derartige Hauptangebote mit einem nicht-technischen Alternativangebot oder als ein Hauptangebot mit zwei nicht-technischen Alternativangeboten gewertet werden.⁴⁰⁴ Es sind jedenfalls alle drei auszuschneiden.

8. Spekulative Preisgestaltung

- 230 Dieser Sonderfall an Preisgestaltung wird im Gesetz ausdrücklich als Beispiel für eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises genannt. Daher verdient er auch genauere Betrachtung, besonders da das Gesetz auch in diesem Fall eine Definition schuldig bleibt und man sich diesem unbestimmten Rechtsbegriff nur durch Auslegung nähern kann. Was ist spekulative Preisgestaltung und wann ist diese vergaberechtlich verpönt? Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist die Spekulation eine „Geschäftstätigkeit, die auf Gewinne aus zukünftigen Veränderungen der Preise abzielt.“⁴⁰⁵ *Öhler/Schramm* übertragen dies (*Kropik*⁴⁰⁶ folgend) auf den typischen Fall der Spekulation in der Bauwirtschaft und bieten folgende Definition an: „Angebotslegung, die auf Gewinne aus zukünftigen Veränderungen der ausgeschriebenen

⁴⁰¹ *Heid/Hauck/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht 213f; *Heid/Schiefer*, *ecolex* 2002, 70; *Latzenhofer*, ZVB 2002, 345; *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, ZVB 2004, 196.

⁴⁰² BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39; *Hackl*, ZVB 2005, 230 (232).

⁴⁰³ BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39.

⁴⁰⁴ BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39.

⁴⁰⁵ Duden, Deutsches Universalwörterbuch⁵.

⁴⁰⁶ *Kropik*, Mängel in Angeboten² 151; *Kropik in Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II* 158.

*Mengen oder sonstigen Vertragsgrundlagen abzielt.*⁴⁰⁷ Oberndorfer definiert spekulative Preise als Preise, die nicht im Einklang mit den Erfahrungswerten stehen und teils darüber, teils darunter liegen.⁴⁰⁸ Aus bauwirtschaftlicher Sicht wird darunter der Versuch eines Marktteilnehmers verstanden, aus einem vermeintlichen Informationsvorsprung (beispielsweise Kenntnis des Mangels) einen wirtschaftlichen Erfolg (Zuschlag, Mehrerlös) zu erzielen.⁴⁰⁹

231 Wirklich schlagend wird das Problem der Spekulation bei den so genannten Einheitspreisverträgen. Bei der Ausschreibung eines solchen Vertrags erfolgt die Angebotsbewertung zu den vom Auftraggeber im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Mengen, die tatsächliche Abrechnung erfolgt aber aufgrund der tatsächlich erbrachten Mengen. Beim Einheitspreisvertrag sind somit nur die Einheitspreise, nicht aber die Mengen (Vordersätze) verbindlich. Die logische Folge ist, dass der Abrechnungspreis von Angebotspreis differieren kann – je nachdem, ob die Mengen im Leistungsverzeichnis auch tatsächlich im vorgegebenen Umfang oder eben in geringerem oder größerem Umfang zu erbringen und abzurechnen sind.⁴¹⁰ Der Bieter spekuliert damit, dass aufgrund eintretender Massenveränderungen für ihn erhebliche Gewinne zu lukrieren sind und scheut auch nicht das große damit verbundene Risiko. Der Bieter spekuliert somit damit, dass die zukünftige Abrechnung höher als der Angebotspreis ist. Es findet eine Umkehr von einer billigen Angebotssumme zu einer teuren Abrechnungssumme statt.⁴¹¹ Ziel des Einheitspreisvertrages soll sein, eine interessensgerechte Verteilung des Risikos von Mengenänderungen sicherzustellen und genau zu diesem Ziel steht die spekulative Preisgestaltung in einem Spannungsverhältnis.⁴¹²

232 Das einzige Mittel gegen spekulative Angebote wären korrekt ausgeschriebene Mengen,⁴¹³ welche zu einer besseren Ausschreibung führen würden.⁴¹⁴ Es ist allerdings häufig so, dass ein Auftraggeber die genauen Mengen nicht vorhersehen kann und daher diese Art der Vertrags wählt, beispielsweise, wenn er ein völlig neues Projekt zu vergeben hat, mit dem er noch keinerlei Erfahrungen hat oder wenn er aufgrund der Größe eines Projekts (beispielsweise eines umfangreichen Bauauftrags) seriöserweise die exakt benötigten Mengen nicht abschätzen kann.

233 Vorauszuschicken ist, dass Bieter grundsätzlich zu einer gewissen Spekulation bei der Erstellung ihres Angebots neigen, denn sie verfolgen ja primär das Ziel, den Zuschlag und somit den Auftrag zu erhalten. Der Bieter verfolgt somit das Ziel einen solchen Preis anzubieten, dass er im

⁴⁰⁷ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 39.

⁴⁰⁸ Oberndorfer in Oberndorfer/Straube (Hrsg), Kommentar zur ÖNORM A 2050 (1993)

⁴⁰⁹ Reckerzügl/Schwarz, RPA 2001, 62 (64).

⁴¹⁰ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 40.

⁴¹¹ Gölles, wbl 1999, 61.

⁴¹² Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 40.

⁴¹³ Kropik, Mängel in Angeboten² 157; Kropik in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II 161.

⁴¹⁴ Gölles, wbl 1999, 61.

Wettbewerb bestehen kann, die absolute Grenze findet sich im wirtschaftlichen Überleben. Er wird versuchen, einen für den Auftraggeber äußerst günstigen Preis anzubieten, der ihn aber bei tatsächlicher Auftragserteilung nicht an den Rand des wirtschaftlichen Ruins treibt. Man kann daher behaupten, dass jede Angebotslegung im weitesten Sinne spekulativ ist. Zu spekulieren ist besonders verlockend, wenn die Ausschreibung dazu die Möglichkeiten bietet.⁴¹⁵ Es stellt sich die Frage warum der Gesetzgeber die spekulative Preisgestaltung mit der Ausscheidenssanktion pönalisiert. Zu berücksichtigen ist ebenso die Tatsache, dass manche Bieter (beispielsweise Unternehmen, die aufgrund ihrer Größe und wirtschaftlicher Potenz ganz anders kalkulieren können als kleinere Betriebe) naturgemäß gewisse Startvorteile haben.

234 *Kropik* kritisiert das BVergG (2002 sowie der Entwurf zum BVergG 2006) insofern, dass vom Bieter zwingend einzuhaltende Preisbildungsregeln nicht festgelegt sind und daher der Beurteilungsmaßstab von Preisen vom BVergG weitgehend in eine Grauzone gerückt wird.⁴¹⁶ Er kritisiert weiters, dass dadurch dem Ermessen des Auftraggebers Tür und Tor bei der Angebotsbewertung geöffnet wird. Er beruft sich auf die Erfahrung aus der Praxis, aber auch auf die durchaus nicht immer einheitliche Judikatur.

235 *Kropiks* Ansichten kann grundsätzlich gefolgt werden, dennoch bleibt dem Auftraggeber aufgrund fehlender genauer Vorstellungen des Gesetzgebers nichts anderes übrig, als im Einzelfall abzuwägen, ob ein Preis spekulativ ist. Der Gesetzgeber könnte wohl nur grobe Leitlinien formulieren und nie eine unumstößliche jederzeit und für jeden konkreten Fall gültige Formel für die Beurteilung anbieten. Außerdem unterliegt der Prozess der Beurteilung und Ausscheidung eines Angebotes einer gerichtlichen Kontrolle, von Willkür des Auftraggebers kann daher keine Rede sein.

236 *Oberndorfer* hat sich besonders mit der Problematik spekulativer Preisgestaltung beschäftigt und hat das Phänomen einer genauen Betrachtung unterzogen. Er schickt voraus, dass Ausgang jeder Spekulation eine so genannte Nullkalkulation ist, das heißt die Ermittlung selbstkostendeckender Preise. Danach werden zwischen den Positionen bestimmte Umlagen durchgeführt und manche Positionspreise erhöht oder herabgesetzt.⁴¹⁷ Es werden für die Baupreisbildung folgende Fallgruppen unterschieden:⁴¹⁸

- Massenverschiebungen: Der Bieter erkennt, dass aufgrund der gegebenen Planung die Massen (=Mengen) im Leistungsverzeichnis falsch sind (z.B durch bloße Rechenfehler,

⁴¹⁵ *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II 152.

⁴¹⁶ *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II 152.

⁴¹⁷ *Oberndorfer/Kuckacka*, Preisbildung und Preisumrechnung 92.

⁴¹⁸ *Oberndorfer/Kuckacka*, Preisbildung und Preisumrechnung 92f; *Oberndorfer* in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II² 2.1.10.

ungenügende Bodeninformationen, mangelnde Planungsreife). Er bietet die Einheitspreise in Positionen mit Mengenmehrung teurer und in Positionen mit Mengenminderungen billiger an.⁴¹⁹

- Massenentfall: Der Bieter erkennt, dass die im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengenangaben überhöht sind, weil in Leistungspositionen Reserven eingebaut und/oder Wahl- oder Eventualpositionen nicht als solche gekennzeichnet wurden. Der Bieter bietet sicher zur Ausführung gelangende Positionen mit einem teuren Einheitspreis, unsichere Positionen mit einem billigeren Einheitspreis und wahrscheinlich entfallende Positionen überhaupt mit Null an.
- Leistungsänderung: Der Bieter erkennt, dass ausgeschriebene Leistungen aus verschiedensten Gründen nicht zur Ausführung gelangen werden (zB Nutzerwünsche, Unwirtschaftlichkeit, technische Unmöglichkeit, behördliche Nichtgenehmigung etc.) und im Zuge der Ausführung durch andere Leistungen ersetzt werden müssen. Der Bieter legt vom Angebots-Leistungsverzeichnis in das abzusehende Zusatz-Leistungsverzeichnis um, macht also die wahrscheinlich entfallende Leistung sehr billig. Der Bieter bietet die nicht zur Ausführung gelangenden Positionen zu einem billigen Einheitspreis an und legt in der Folge ein teures Zusatzangebot.⁴²⁰

Beispiel:⁴²¹ Das Angebot eines Unternehmens weicht bei Leistungspositionen grob von angemessenen Preisen ab (es enthält so genannte Luftnummern). Das Unternehmen bietet 2.000 Quadratmeter Spundwand zum Gesamtpreis von 200 DM (0,10 DM/Quadratmeter) an, weil es weiß, dass diese Leistung nicht zu erbringen ist. Die anderen Bieter gehen von der Ausführung dieser Leistung aus; ihre Angebote liegen demgemäß zwischen 160.000 DM und 240.000 DM (80 bis 120 DM/Quadratmeter). Das „aufgeklärte“ Unternehmen ist preisgünstigster Bieter und erhält den Auftrag. Die fragliche Leistung kommt dann auch nicht zur Ausführung. Ein Preisvergleich der tatsächlich ausgeführten Leistung zeigt, dass das beauftragte Unternehmen zu teuer und keinesfalls preisgünstigster Bieter war.

- Leistungsverdichtung: Der Bieter erkennt, dass die geplante Leistung viel zu detailliert ausgeschrieben wurde (unnötige Leistungsdetaillierung oder Nebenleistungen als Hauptleistungen) und möchte die Abrechnung vereinfachen (Kostenvorteil, Vermeidung von Meinungsverschiedenheiten bei Abrechnung). Der Bieter wird die Klein- und Nebenleistungen auf die Hauptpositionen umlegen und die Einheitspreise für die Klein- und

⁴¹⁹ Siehe auch *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (65).

⁴²⁰ *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (66).

⁴²¹ *Gölles*, wbl 1999, 61 mit weiteren Nachweisen.

Nebenleistungen billig anbieten. Dabei ergibt sich meist eine Reduktion des Angebotspreises, weil in den Klein- und Nebenleistungen oft Massenreserven stecken. Ansonsten ergibt sich für den Auftraggeber kein Nachteil bei der Abrechnung.

- **Bauherrenanzahlung:** Der Bieter bietet den Einheitspreis für Positionen, die zu Beginn der Leistungsfrist erbracht werden, teurer an, als den Einheitspreis für Positionen, die am Ende der Leistungsfrist zur Ausführung gelangen. Wenn damit eine Reduktion des Gesamtzuschlags zufolge niedrigerer kalkulierter Bauzinsen verbunden ist, ergibt sich für den Bauherrn kein Nachteil.
- **Preisanteilverschiebung:** Nur relevant bei langfristigen Bauverträgen mit veränderlichen Preisen. Der Bieter vermutet, dass bestimmte Kostengrundlagen sich stärker erhöhen werden als andere und verlagert von den weniger steigenden zu den stärker steigenden Positionen, meist zum Lohn. Diese Spekulation ist in Zeiten großer Kostensteigerungen interessant, laut *Oberndorfer* heute aber bedeutungslos.
- Im Fall von Eventualpositionen wird der Positionspreis nicht in den Gesamtpreis inkludiert, sodass ein höherer Einheitspreis bei dieser Positionsart keinen Wettbewerbsnachteil bringt und im Fall des Erfordernisses einen Mehrerlös bedeutet.⁴²² In diesem Fall sind folglich spekulative Überlegungen des Bieters durchaus nachvollziehbar.

237 Die Spekulation liegt also zumeist in einem Informationsplus des Bieters gegenüber dem Auftraggeber und eventuell auch Mitbieter.⁴²³ Dies rührt daher, dass die Bieter oft Spezialisten für bestimmte Projekte sind, während der Auftraggeber vielleicht zum ersten Mal ein solches Projekt zur Ausführung bringt. Ein Bieter mit mehr Erfahrung ist mit dem tatsächlichen Ablauf und den tatsächlich entstehenden Kosten oft viel besser vertraut.

238 Dieses Informationsplus kann sich aus zwei Gründen ergeben. Einerseits kann es sich um echte Fehler in der Ausschreibung handeln, das heißt, dass die im Leistungsverzeichnis beschriebene Leistung nicht dem Letztstand an verfügbarer Information über Art und Größe des Bauwerkes bzw der Umstände, unter denen die Leistung zu erbringen ist (inklusive Boden, Fels, Wasser), entspricht.⁴²⁴ In diesem Fall wäre der Bieter gemäß § 106 Abs 6 verpflichtet, den Auftraggeber darüber zu informieren (siehe hierzu weiter unten). Weitere Beispiele für Ausschreibungsfehler

⁴²² *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (65).

⁴²³ *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (64).

⁴²⁴ *Oberndorfer/Kuckacka*, Preisbildung und Preisumrechnung 93; *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (64).

sind ungenaue Mengenermittlung, mangelhafte Bodenerkundungen, unausgereifte Projektierung, unvollständige Pläne etc.⁴²⁵

- 239 Zweitens kann es sich um echte spekulative Annahmen des Bieters handeln: unter Umständen ist die ausgeschriebene Leistung tatsächlich so zu erbringen und kann so erbracht werden, der Bieter setzt jedoch auf Änderungen.⁴²⁶
- 240 Am häufigsten wird wohl mit Mengenänderungen spekuliert. Das Problem, dass Mengen oft im Vorhinein durch den Auftraggeber nicht genau abgeschätzt werden können, ist eine der Hauptursachen für Spekulationen in diesem Bereich.⁴²⁷ Spekulationen können aber auch auf technisch anspruchsvollen Ideen basieren, wenn zB besonderes technisches Know-how eines Auftragnehmers in die Kalkulation einfließt oder wenn ein Bieter innovative und wirtschaftlichere Bauverfahren durchführen kann. In solchen Fällen kann eine Spekulation in die Nähe einer Alternative rücken, sodass die Spekulation in der Kalkulation in transparenter Weise sogar durch ein Alternativangebot ersetzbar wäre oder ersetzt wird.⁴²⁸ Denkbar wäre auch eine spekulative Verzerrung in der Preisstruktur, etwa durch Verteuerung von früher zu erbringenden Leistungen.⁴²⁹
- 241 Alle Fälle der von *Oberndorfer* beschriebenen Fallgruppen können im weitesten Sinne auch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sein.⁴³⁰ Auch *Kropik* geht davon aus, dass ein spekulativer Einheitspreis aus der Sicht des Bieters nicht unplausibel ist.⁴³¹ *Oberndorfer* kommt zu dem Schluss, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht eine Umlagerung von Preisbestandteilen solange akzeptabel ist, als die Preise für die wesentlichen Leistungs- bzw Gemeinkostenpositionen alle ausgabenwirksamen primären Kosten (Löhne, Gehälter, Stoffe, Gerätereperaturen, Fremdleistungen) inklusive Bauzinsen decken. Dadurch wird zwischen der Vergütung der Einzelleistungen und der Liquidität des Unternehmers eine direkte Beziehung hergestellt und allen Ängsten des Bauherrn, ein Unternehmer könnte einen Auftrag mir spekulativen Preisen nicht durchstehen, ist damit der Boden entzogen.⁴³² Wo der Unternehmer die Deckung seiner anderen Kosten, die Deckung seiner Risiken und seiner Gewinne erwirtschaftet, ist seine Sache. Da die vereinbarten Preise bei Zuschlagserteilung unveränderbar

⁴²⁵ Gölles, wbl, 1999, 61.

⁴²⁶ *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung 93; siehe auch Gölles, wbl 1999, 61; *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (64).

⁴²⁷ Gölles, wbl 1999, 61; *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (65).

⁴²⁸ Gölles, wbl 1999, 61.

⁴²⁹ *Reckerzügl/Schwarz*, RPA 2001, 62 (64).

⁴³⁰ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 43.

⁴³¹ *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II 152.

⁴³² *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung 95.

sind, kann dem Unternehmer ein Spekulationsgewinn nicht weggenommen werden, genauso wie er gnadenlos seinen schlechten Preisen ausgeliefert ist, wenn seine Spekulation nicht aufgeht.⁴³³

242 Wo kann also die Trennlinie zwischen zulässiger und nicht zulässiger Spekulation gezogen werden? Der Begriff der spekulativen Preisgestaltung im Sinne der Ziffer 3 ist dahingehend eng auszulegen, dass nur derartige Preisgestaltungen erfasst sind, die den Grundsätzen eines ordentlichen Unternehmers widersprechen. Um das beurteilen zu können muss im Einzelfall unter Berücksichtigung und Abwägung aller relevanten Interessen und Umstände der Leistungserbringung geprüft werden, ob eine Annahme eines spekulativen Angebots den freien, ungehinderten und lauten Wettbewerb beeinträchtigen würde. Wie schon angedeutet, geht die Lehre geschlossen davon aus, dass auch Fälle spekulativer Preisgestaltung im weitesten Sinne wettbewerbskonform und daher vergaberechtlich zulässig sein können.⁴³⁴ Wäre durch die Annahme eines Angebots mit spekulativer Preisgestaltung aber einer der fundamentalen Grundsätze des Vergabeverfahrens (besonders jene des freien und lauten Wettbewerbs, der Gleichbehandlung oder der Vergabe zu angemessenen Preisen) verletzt, so ist dieses Angebot unzulässig.⁴³⁵ Nach *Öhler/Schramm* müssen folgende Interessen gegeneinander abgewogen werden:⁴³⁶

- Kalkulationsfreiheit des Bieters und sein Interesse, sein Informationsplus (beispielsweise Ortskenntnisse, Erkenntnisse aus einer Besichtigung des Bauobjekts) für die Abgabe eines erfolgreichen Angebots zu nutzen. Hierzu muss man die Vorarbeitenproblematik⁴³⁷ beachten, bei der ein Wissensvorsprung in einem gewissen Ausmaß toleriert wird. Ähnliches muss wohl auch im Fall der spekulativen Preisgestaltung aufgrund eines Informationsplus gelten;
- Schutz des Auftraggebers vor unvorhergesehenen Mehrkosten. Es ist zu fragen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich eine Spekulation zu Lasten des Auftraggebers auswirken kann;
- ob es im Fall der Zugrundelegung fiktiver, auf Grundlage der spekulativen Annahmen errechneter Angebotspreise aller Bieter zu einem Bietersturz kommen würde;⁴³⁸

⁴³³ *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung 95f.

⁴³⁴ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 43; *Oberndorfer/Kukacka*, Preisbildung und Preisumrechnung 95; *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II 161; *Gölles*, wbl 1999, 61.

⁴³⁵ *Gölles*, wbl 1999, 61.

⁴³⁶ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 43

⁴³⁷ Siehe § 129 Abs 1 Z 1 und Kommentierungen dazu, beispielsweise *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz12ff; *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 388ff.

⁴³⁸ Siehe hierzu auch *Gölles*, wbl 1999, 61; *Kropik* in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II.

- welche Kosten nicht in den verbilligten Einheitspreis eingerechnet wurden: die in § 125 Abs 4 Z 1 genannten Personal-, Geräte- und Materialkosten (dann wird ohnehin regelmäßig ein Verstoß gegen Kalkulationsvorschriften vorliegen) oder die Geschäftsgemeinkosten; einen verminderten Gesamtzuschlag, einen Einheitspreis ohne Wagniszuschlag, weil der Bieter erkennt, dass diese Position ohnehin nicht zur Ausführung gelangt, etc.

243 Weiters ist zu beachten, dass die Bieter ihrerseits gemäß § 106 Abs 6 verpflichtet sind, den Auftraggeber auf Fehler in den Ausschreibungsunterlagen aufmerksam zu machen. Allerdings handelt es sich bei dieser Bestimmung um eine *lex imperfecta*, da keine unmittelbare Konsequenz aus dem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht folgt. Die Materialien sehen eine nicht umgehende diesbezügliche Mitteilung als Obliegenheitsverletzung an, die bei einer allfälligen Nachprüfung vor dem BVA von diesem zu bewerten sein wird,⁴³⁹ die aber auch zur Verminderung von Schadenersatzansprüchen führen kann.⁴⁴⁰ Auch wenn das Unterlassen einer Mitteilung über die Erforderlichkeit einer Berichtigung prinzipiell keine unmittelbar vergaberechtliche normative Wirkung hat, wird dadurch vor allem die Möglichkeit der Bekämpfung der Ausschreibung bei den Vergabekontrollbehörden keinesfalls ausgeschlossen.⁴⁴¹

244 Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Fehler des Auftraggebers, nämlich konkret Fehler im Leistungsverzeichnis Ausgangspunkt vieler Preisspekulationen sind. Es sei noch erwähnt, dass im Fall des Vorliegens wesentlicher Fehler des Leistungsverzeichnisses zu prüfen ist, ob nicht ein zwingender Widerrufsgrund (nach § 138 Abs 1 bzw § 139 Abs 1 Z 2) vorliegt. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn bei einer Ausschreibung zur Errichtung einer Turnsaalanlage die Position Außenmauer fehlt.⁴⁴² Doch auch beim fakultativen Widerruf wird es sachgerechter sein, den Wettbewerb unter Zugrundelegung eines korrekten Leistungsverzeichnisses zu wiederholen, da es sich letztlich um ein Problem der Transparenz und damit Gleichbehandlung aller Bieter handelt: Der spekulierende Bieter nützt aufgrund seines Informationsplus einen Fehler im Leistungsverzeichnis zum Nachteil des Auftraggebers und der Mitbieter, die diesen Fehler nicht bemerkt haben. Daher ist im Einzelfall zu prüfen, ob nicht der Auftraggeber bei Erkennen dieses Fehlers verpflichtet ist, das Vergabeverfahren zu widerrufen u durch Behebung des Fehlers eine Informationsgleichheit für alle Bieter herzustellen (Ausgleich von Insiderwissen).⁴⁴³

⁴³⁹ 1171 BlgNR 22. GP 80.

⁴⁴⁰ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht 113f.

⁴⁴¹ Siehe Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 106 Rz 30 unter Verweis auf BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20.

⁴⁴² OGH 17.12.2001, 1 Ob 284/01y.

⁴⁴³ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 46.

245 Da eine konkrete Beurteilung, ob tatsächlich ein unzulässiger spekulativer Preis vorliegt, nur im Einzelfall unter Abwägung aller Interessen möglich ist, kann man grob sagen, dass ein spekulatives Angebot dann zuschlagsfähig sein kann, wenn sich alle Preise im Rahmen eines angemessenen Preises bewegen, eine plausible Zusammensetzung des Preises nachgewiesen werden kann, kein Ausscheidensgrund verwirklicht ist und auch nicht gegen Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen wurde. Ein Blick auf weitere Rechtsprechung zeigt wie schwierig diese Abwägung im Einzelfall sein kann.

a) Beispiele zu spekulativen Angeboten

246 Zunächst ist vorzuschicken, dass auch die Judikatur davon ausgeht, dass nicht jede spekulative Preisgestaltung in einem Angebot den Ausscheidensgrund der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises verwirklicht.⁴⁴⁴

247 Laut UVS Stmk liege eine Spekulation dann vor, wenn die angebotenen Preise bei erwarteten Mengenverschiebungen völlig aus dem Rahmen fallen.⁴⁴⁵ Der UVS scheint einen nicht allzu strengen Maßstab anzulegen, wenn er es implizit für zulässig erachtet, dass sich der angebotene Preis bei erwarteten Mengenverschiebungen nur etwas verändert. In einem Fall hatte sich der Auftraggeber bei der Ausschreibung eines Bauvorhabens dahingehend verschätzt, dass im Abschnitt „Entsorgen von Baurestmassen“ die Position „Entsorgen Bodenaushub verunreinigt“ mit der Massenangabe „10 t“ viel zu gering war, während die Position „Entsorgen Bodenaushub rein“ mit der Massenangabe „11.200 t“ zu hoch veranschlagt wurde. Es sei nun nahe liegend, dass sich die Bewerber vor einem Angebot Gedanken über allfällige Massenverschiebungen machen (und zu ihren Gunsten unterschätzte Leistungsanteile spekulativ teurer kalkulieren sowie überschätzte Anteile relativ günstig anbieten). Im vorliegenden Fall war aufgrund der Mengenverschätzung des Auftraggebers und der unrichtigen Erwartung des Bieters, dass diese geschätzte Masse von 11.200 Tonnen ein verkaufsfähiges Produkt (Murschotter) sei, ein negativer Positionspreis angeboten worden. Ebenso fiel der kalkulierte Einheitspreis für die Entsorgung des verunreinigten Bodenaushubs völlig aus dem Rahmen, da ihn der Bieter, ein Vielfaches über dem Marktpreis veranschlagt hatte. Der UVS entschied, dass das Angebot zu Recht wegen spekulativer Preisgestaltung ausgeschieden worden war.⁴⁴⁶

248 Strenger dürfte es der UVS Krnt sehen, der davon ausgeht, dass es nicht mit den gesetzlichen Bestimmungen (im konkreten Fall aus 2003: mit dem Kärntner Auftragsvergabegesetz 1997 sowie der ÖNORM A 2050) zu vereinbaren ist, dass einzelne Positionen mit niedrigen Preise in

⁴⁴⁴ UVS Stmk 28.7.2004, UVS-443.20-8/04, ZUV 2005/269.

⁴⁴⁵ UVS Stmk 28.7.2004, UVS-443.20-8/04, ZUV 2005/269.

⁴⁴⁶ UVS Stmk 28.7.2004, UVS-443.20-8/04, ZUV 2005/269.

der Erwartung angeboten werden, dass die in diesen Positionen ausgeschriebenen Leistungen nicht in vollem Umfang zu erbringen sein werden.⁴⁴⁷ Er stellt nicht darauf ab, wie stark sich der Preis konkret verändern könnte oder ob dies den Wettbewerb oder die Gleichbehandlung der Bieter beeinträchtigt, sondern straft die bloße Tatsache, dass spekuliert wird.

- 249 In einem anderen Fall hatte es das BVA mit einem Angebot zu tun, welches teilweise auffallend hohe und auffallend niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen enthielt.⁴⁴⁸ Aus diesem Grund war eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Ein Gutachten stellte fest, dass dieser Kalkulation die Annahme einer Verkürzung der Bauzeit auf die Hälfte zugrunde lag. Deshalb konnten zeitgebundene Gemeinkosten in Leistungspositionen verschoben werden. Im Zuge der mündlichen Verhandlung konnten zwar einige Unklarheiten beseitigt werden, der Gutachter stellte dennoch fest, dass vor allem die zeitgebundenen Baustellengemeinkosten als nicht entsprechend kalkuliert zu bewerten sind, da die Fixkosten des operativen Bereichs, die dieser Position direkt zuordenbar sind, in der Position nicht enthalten waren. Trotz Nachfrage wurde die Frage der Einsatzzeiten der Bediensteten für die Baustelle nicht ausreichend beantwortet. Die Kalkulation war somit mangels genauer Angaben in der schriftlichen Aufklärung durch die Antragstellerin in diesem Punkt nicht nachvollziehbar. Weiters stellte der Sachverständige fest, dass die Bauleitungsregie von 2% derart niedrig angesetzt ist, dass die zu berücksichtigenden Kosten keineswegs abgedeckt seien, denn gemäß geltender ÖNORMEN sind die Gehaltskosten samt den Gehaltsnebenkosten aller für die Durchführung des Bauauftrags eingesetzten Angestellten in die zeitgebundenen Kosten der Baustelle einzurechnen. Er stellte überdies fest, dass fallweise Leistungs- und Kostenanteile nicht in den gemäß der geltenden ÖNORMEN (deren Geltung in der Ausschreibung vorgeschrieben war) vorgesehenen Stellen berücksichtigt wurden. Denn selbst wenn allenfalls andere Ansätze baubetrieblich sinnvoll sein mögen, ist doch von den Festlegungen der Ausschreibung auszugehen.

Zusammenfassend kann man sagen, dass eine Umlagerung von Kosten in Leistungspositionen stattgefunden hat, der sich aus dem Leistungsverzeichnis ergebenden Aufgliederung der Leistungspositionen lagerte die Antragstellerin einzelne Kostenansätze um. Diese Umlagerung führt zu einer Verschiebung der Kosten der angebotenen Leistung von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Das BVA stellt daher fest, dass eine derartige Vorgangsweise den Tatbestand der spekulativen Angebotserstellung erfüllt.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ UVS Kmt 6.2.2003, KUVS-K2-1905/11/2002, ZUV 2003/2/32.

⁴⁴⁸ BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34.

⁴⁴⁹ BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34.

250 Es kann aber auch Konstellationen geben, in denen hohe Baustellen-Gemeinkostenpositionen nicht auf eine Spekulation zurückzuführen sind. Der VKS Wien spricht hierzu aus:⁴⁵⁰ Die Tatsache, dass die Baustellen-Gemeinkostenpositionen aufgrund der eher kleinen Einzelauftragssummen einen verhältnismäßig hohen Anteil der Einzelabrechnungssummen ergeben, kann als kalkulatorisches Faktum hingenommen werden. Die größtenteils aus Fixkosten bestehenden Baustellengemeinkosten machen sich gerade bei diesen kleinen Auftragssummen von 400 bis 500 Euro erheblich bemerkbar. Dieses auf den ersten Blick erklärungsbedürftige Bild, wonach in den Leistungspositionen erhebliche Nachlässe, in den Baustellen-Gemeinkostenpositionen aber durchaus ins Gewicht fallende Aufschläge angeboten wurden, ist kalkulatorisch wie folgt erklärbar: Die Baustellengemeinkosten bestehen im gegenständlichen Fall mehrheitlich aus Fixkosten, die ja nach Unternehmensphilosophie zu einem Teil entweder in die so genannten Geschäftsgemeinkosten eingerechnet werden oder eben in die entsprechenden Positionen der Baustellengemeinkosten. Werden sie vom Bieter in die Baustellen-Gemeinkostenpositionen eingerechnet, dann folgt daraus, dass der Gesamtzuschlag entlastet und der Mittellohnpreis sowie die Materialpreise in die der Gesamtzuschlag eingeht, niedriger werden. Mittellohnpreis und Materialpreis sind die wesentlichen Grundlagen für die Kalkulation der Leistungspositionen und erlauben daher dort die höheren Nachlässe. Bieter, die diese Kosten in den Gesamtzuschlag einbezogen haben, erhöhen dadurch ihren Mittellohnpreis und ihre Materialpreise, was ihnen einerseits nur geringere Nachlässe in den Leistungspositionen erlaubt, andererseits jedoch günstigere Preise in den Baustellengemeinkosten. Diese Kalkulationsvariante ist aus unternehmerischen Überlegungen jedenfalls zulässig, sie stellt keine spekulative Angebotsgestaltung dar und schadet daher auch nicht der plausiblen Zusammensetzung eines Angebots.

251 Im folgenden Fall entschied das BVA auf Vorliegen eines spekulativen Preises:⁴⁵¹ Eine Bieterin hatte zu ihrem Preis von 0,01 Euro für eine Regiestunde eines Hilfsarbeiters ausgeführt, dass dieser Preis zum Ausdruck bringen sollte, dass sie bei der geforderten Arbeit keine Hilfsarbeiter einsetzen will. Da die Ausschreibung und damit auch das Leistungsverzeichnis jedoch bestandskräftig geworden sind, hielt das BVA fest, dass alle Bieter für diese Position einen angemessenen und plausiblen Preis anzugeben hatten. Der von der Bieterin angebotene Preis war jedoch offensichtlich weder angemessen noch plausibel. In einer Vorbemerkung zu dieser Leistungsposition legte der Auftraggeber fest, dass Regieleistungen nur ausgeführt werden dürfen, wenn sie von ihm im Einzelfall angeordnet werden. Daher war davon auszugehen, dass der Auftraggeber diese Leistung möglicherweise gar nicht in Anspruch nehmen wird. Die

⁴⁵⁰ VKS Wien 2.6.2006, VKS-1360/06 und VKS-1362/06.

⁴⁵¹ BVA 2.5.2007, N/0021-BVA/13/2006-37.

Bieterin konnte damit spekulieren, dass sie etwaige Regieleistungen entweder gar nicht oder nur mit Facharbeitern (welche im Angebot plausibel ausgepreist wurden) durchführen wird. Das BVA entschied, dass sie sich dadurch jedoch einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschafft hatte, weil der Gesamtpreis ihres Angebots günstiger als der von anderen Bietern erschien. Die Auspreisung der 20 Regiestunden von Hilfsarbeitern von 0,2 Euro ist somit als spekulative Preisgestaltung zu werten und führt dazu, dass das Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist und daher auszuschneiden gewesen wäre. Das BVA überrascht hier mit einer Mahnung an die Adresse der Bieter, dass offenkundig spekulative Preisgestaltung wettbewerbsverzerrend ist und die zwingende Ausscheidung des Angebots zur Folge hat.⁴⁵² *Etlinger* geht mE zu Recht davon aus, dass im vorliegenden Fall auch ohne Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen die Preisgestaltung als spekulativ zu erkennen gewesen wäre.

- 252 Interessante Möglichkeiten zur Spekulation haben sich im weiter oben (im Kapitel IV.A.4. zu zweifelhaften Preisangaben) bereits ausführlich dargestellten Fall ergeben.⁴⁵³ Die Bieterin hatte statt des Einheitspreises die Anzahl der Monate eingefügt, worauf der Einheitspreis und der Positionspreis nicht übereingestimmt haben und § 124 schlagend geworden ist. In weiterer Folge war der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt. Doch darüber hinaus hatte die entstandene Situation Möglichkeiten zur Spekulation eröffnet. Stellt man nämlich auf die angebotenen Einheitspreise ab, ergibt sich ein Positionspreis von jeweils 2.304 Euro, insgesamt somit ein Betrag von 4.608 Euro. Stellt man hingegen auf die angegebenen Positionspreise ab, ergibt sich eine Summe von 127.000 Euro, welche auch in den Gesamtpreis eingeflossen ist. Bei der Angebotsöffnung werden die Gesamtpreise verlesen. Stellt sich dabei heraus, dass die Bieterin den billigsten Gesamtpreis angeboten hat, so kann sie damit spekulieren, dass sie den Zuschlag zu diesem (hohen) Gesamtpreis erhalten wird. Stellt sich jedoch bei der Angebotsöffnung heraus, dass ihr Gesamtpreis höher ist, als der Gesamtpreis der anderen Bieter, so kann sie unter Berufung auf § 124 damit spekulieren, dass nur der von ihr angebotene Einheitspreis herangezogen wird, wodurch der Gesamtpreis ihres Angebots um 122.592 Euro sinkt. Genau diese Art von Spekulation ist unzulässig und muss zu einem Ausscheiden des Angebots führen. Das BVA betont in seinem Urteil ausdrücklich, dass die Ausführungen zur Spekulation in diesem Fall nicht nur theoretischer Natur sind, sondern die Bieterin während des Verfahrens tatsächlich ihre Meinung in Bezug auf die Positionspreise geändert hat. Nachdem sie zuerst noch tatsächlich – ebenfalls unter Berufung auf § 124 – von einem Positionspreis von 2.302 Euro (sic!) ausgeht,

⁴⁵² *Etlinger*, RPA 2007, 179 (181).

⁴⁵³ BVA 19.11.2008, N/0132-BVA/13/2008-24.

ändert sie nach der mündlichen Verhandlung ihre Position und spricht von einem Erklärungsirrtum.

- 253 Ebenso entschied das BVA in folgendem Fall auf das Vorliegen einer spekulativen Preisgestaltung:⁴⁵⁴ Ein Bieter hatte in einem Verfahren, in dem in der Ausschreibung keine bestimmte Baumethode festgelegt wurde, ein Angebot gelegt, das einen Nachlass für den Fall der Durchführung einer bestimmten Baumethode vorsah. Alle anderen Bieter mussten aber davon ausgehen, dass eben zu diesem Zeitpunkt noch keine bestimmte Baumethode festgelegt war. Die (zu Recht) ausgeschiedene Bieterin wollte sich dadurch einen Vorteil bei der Kalkulation ihres Angebots verschaffen, dass sie vorweg eine Methode festlegt, um dadurch besser kalkulieren zu können. Würde man die "Randbedingungen" der Antragstellerin akzeptieren, so würde dies bedeuten, dass sie – und nur sie – unter anderen Bedingungen als die anderen Bieter ihr Angebot kalkulieren dürfte. Dies würde dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter widersprechen und würde einen objektiven Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter unmöglich machen. Das Angebot der Antragstellerin widersprach daher den Ausschreibungsbestimmungen und darüber hinaus lag auch ein Fall spekulativer Preisgestaltung vor.
- 254 Das Phänomen der spekulativen Preisgestaltung ist oft eng mit der Unterpreisigkeit des Angebots verbunden und umgekehrt. Oft wird eine unterpreisige Kalkulation auch spekulativ sein.
- 255 Das Problem der Unterpreisigkeit ist häufig mit spekulativer Preisgestaltung verwoben und umgekehrt. Laut BVA ist das Ausscheiden eines Angebots jedenfalls gerechtfertigt, wenn es in Folge nicht kostendeckender Preise als spekulativ zu betrachten wäre.⁴⁵⁵

9. Exkurs: Preisangemessenheit versus Preisplausibilität

- 256 Das Gesetz verwendet an zahlreichen Stellen den Begriff des angemessenen Preises.⁴⁵⁶ In der Bestimmung des § 19 (und der Parallelbestimmung § 187) über die Grundsätze des Verfahrens ordnet das Gesetz die Vergabe zu angemessenen Preisen an ohne diesen Begriff zu definieren. Ebenso ergibt sich aus der Bestimmung des § 125, dass die Angemessenheit des Preises ein zentraler Begriff bei der Bewertung von Angeboten ist. Unangemessene Preise können Über- oder Unterpreise sein. Ein Überpreis führt zu unmittelbaren Mehrkosten für den Auftraggeber, ein Unterpreis hingegen zu einem ruinösen Wettbewerb unter den Unternehmern. Die Forderung nach angemessenen Preisen dient somit einerseits dem Schutz der Unternehmer vor einem

⁴⁵⁴ BVA 30.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-18.

⁴⁵⁵ BVA 15.5.2007, N/0032-BVA/07/2007-39.

⁴⁵⁶ § 19 Abs 1, § 109 Abs 1, §§ 123, 125, 127 und deren Parallelbestimmungen § 258 Abs 1, §§ 267, 268.

ruinösen Preisverfall, andererseits der Sicherstellung einer langfristigen wirtschaftlichen Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber.⁴⁵⁷

- 257 Die Angemessenheit der Preise ist gemäß § 125 Abs 1 in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei soll gemäß § 125 Abs 2 von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen ausgegangen werden. Wenn nach dieser Prüfung begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen, hat der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung anzuschließen. Die Plausibilität eines Preises ist Voraussetzung, damit ein Angebot nicht gemäß § 129 ausgeschieden wird. Da nun § 129 Abs 1 Z 3 einen Verweis auf § 125 enthält, stellt sich die Frage inwieweit sich die Begriffe Preisangemessenheit und Preisplausibilität decken. Sind sie gar synonym zu verwenden oder hat der Gesetzgeber doch etwas anderes gemeint? Zu dieser Frage gibt es unterschiedliche Ansichten.
- 258 Das Gesetz liefert weder eine Definition noch Anhaltspunkte dafür, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. Angemessen ist laut Duden etwas, wenn es „der Lage entsprechend, richtig bemessen, adäquat“ ist. Aus diesem Wortsinn ergibt sich, dass ein angemessener Preis als exakter Wert nicht festlegbar ist. Man kann daher nur eine Spanne angeben, innerhalb derer ein Preis als angemessen anzusehen ist.
- 259 *Katary*⁴⁵⁸ ist gegen eine Trennung der beiden Begriffe und stützt sich dabei auf die Entscheidung des VfGH vom 22.9.2003, B 1211/01. Seiner Meinung nach sieht der Gerichtshof den Ausscheidenstatbestand des nicht plausible zusammengesetzten Gesamtpreises nicht unabhängig von oder neben den Regelungen über die Preisangemessenheit. Vielmehr überwinde seiner Meinung nach der Gerichtshof die Trennlinie zwischen Preisangemessenheit und Preisplausibilität und legt dar, dass die beiden Regelungsbereiche insofern verknüpft sind, als eine fehlende Angemessenheit des Preises zum Ausscheidensgrund des „nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises“ führen kann, wie dies auch *Gölles*⁴⁵⁹ vertritt.
- 260 *Heid/Hauck/Preslmayr*⁴⁶⁰ haben noch in der ersten Auflage ihres Handbuchs die Auffassung vertreten, dass die Prüfung der Preisplausibilität und die Prüfung der Preisangemessenheit zwei voneinander zu trennende Verfahrensschritte sind, die in der Praxis zumeist nacheinander erfolgen. In der zweiten Auflage des Handbuchs wird diese Ansicht etwas relativiert und davon

⁴⁵⁷ *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 396.

⁴⁵⁸ *Katary*, RPA 2003, 336.

⁴⁵⁹ *Gölles*, wbl 2000, 399.

⁴⁶⁰ *Heid/Hauck/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts 206.

gesprächen, dass die beiden Begriffe miteinander verknüpft sind. Es wird im Wesentlichen gesagt, dass die fehlende Plausibilität auch die Unangemessenheit nach sich zieht und bei vorhandener Plausibilität eines Preises auch von seiner Angemessenheit auszugehen ist.⁴⁶¹

261 *Oberndorfer/Schwarz* weisen darauf hin, dass *Oberndorfer* bereits 1992 auf die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Preisangemessenheit und Preisplausibilität hingewiesen hat.⁴⁶² Obwohl die Preisangemessenheit in den Stand eines Vergabegrundsatzes erhoben wurde, findet sich kein adäquater Ausscheidenstatbestand.⁴⁶³ Die ersten Hinweise zur Preisangemessenheit finden sich bereits in einem Entwurf des NÖ Gewerbevereins für eine Submissionsverordnung aus dem Jahr 1889.⁴⁶⁴ Der Begriff der Plausibilität hingegen wurde im österreichischen Vergaberecht erst im Zuge der Angleichung an das europäische Vergaberecht 1993 eingeführt und an diesen Begriff wurde schließlich ausdrücklich ein Ausscheidenstatbestand geknüpft. Die Autoren wenden sich gegen die Ansicht, dass der unplausible Preis einen unangemessenen Preis per definitionem voraussetzt. In diesem Fall wäre die vorgesehene Regelung der Ausscheidung von Angeboten mit preislichen Besonderheiten sinnvoll und ausreichend und kein dezidiertes Ausscheidenskriterium bei Vorliegen von unangemessenen Preisen nötig. Nach Meinung der Autoren können (unter Zugrundelegung ihrer eigenen Definitionen) unplausible Preise genauso gut im Bereich der Angemessenheit liegen wie unangemessene Preise plausibel sein können, weshalb die Begriffe zu trennen sind.

262 Ein pragmatischer Ansatz findet sich bei *Pfeiler*, der davon ausgeht, dass das Angebotsergebnis, das heißt die abgegebenen Angebotspreise in der Regel die aktuelle Marktlage widerspiegeln. Diese sind von Angebot und Nachfrage abhängig und sind daher der angemessene Preis.⁴⁶⁵ Ähnlich sehen es *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*,⁴⁶⁶ die den angemessenen Preis als einen prozedural (dh verfahrensmäßig) bestimmten Begriff sehen: Es sei jener Preis, der sich bildet, wenn in einem den rechtlichen Regelungen entsprechend durchgeführten Vergabeverfahren der Zuschlag dem Bestbieter erteilt wird. Der angemessene Preis sei also der Wettbewerbspreis, der sich als Ergebnis des Vergabewettbewerbs im Vergabeverfahren gebildet hat. Ihrer Meinung nach verzichtet das Vergaberecht daher konsequent auf Regelungen, wie ein solcher angemessener Preis nach materiellen, also inhaltlichen Kriterien zu bestimmen wäre.

⁴⁶¹ *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch des Vergaberechts² 399.

⁴⁶² *Oberndorfer/Schwarz*, ZVB 2001, 148 (153) unter Verweis auf *Oberndorfer*, Gratwanderung, Vertiefte Angebotsprüfung – Ausscheiden von Angeboten II, ÖBZ 35/1992, 8.

⁴⁶³ *Oberndorfer/Schwarz*, ZVB 2001, 148 (153).

⁴⁶⁴ *Oberndorfer/Schwarz*, ZVB 2001, 148 (149).

⁴⁶⁵ *Pfeiler*, ZVB 2001, 15.

⁴⁶⁶ *Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner*, ZVB 2004, 196; ebenso *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 85.

263 Zusammenfassend kann man daher sagen, dass die beiden Begriffe sehr eng miteinander verbunden sind, da auch das Gesetz zwischen den beiden Begriffen hin und her verweist ohne sie eindeutig voneinander abzugrenzen. Würde man statt beider Begriffe im Gesetz nur einen der beiden verwenden, würde man bei der Bewertung von Angeboten wahrscheinlich zum gleichen Ergebnis kommen.

B. Relatives Preisunterbieten (Z 4)

264 Diese Bestimmung ordnet das Ausscheiden von Angeboten an, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten. Tatsächlich verstößt der Bieter bei der Legung eines solchen Angebots gegen fundamentale Grundsätze des Vergabeverfahrens. Er verstößt zunächst gegen § 108 Abs 1 Z 4, der normiert, dass jedes Angebot insbesondere einen Preis samt allen geforderten Aufgliederungen enthalten muss. Bei dieser Aufzählung des § 108 handelt es sich um Mindestanforderungen, die jedes Angebot erfüllen muss.⁴⁶⁷ Der Bieter muss die Gesamtleistung anbieten und das gesamte Leistungsverzeichnis auspreisen.⁴⁶⁸ Tut er dies nicht, so ist sein Angebot unvollständig und kann daher gemäß § 129 Abs 1 Z 7 ausgeschieden werden.

265 Weiters kann man sagen, dass ein Bieter bei der Legung eines solchen Angebots gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstößt. Das Wettbewerbsprinzip, das durch das Vergabeverfahren besonders in den Vordergrund gerückt wird, wäre ad absurdum geführt, wenn Bieter pauschal die Preise ihrer Mitbewerber unterbieten könnten. Auch eine genaue Prüfung des Preises wäre unmöglich.

266 Abschließend ist festzuhalten, dass dieser Ausscheidenstatbestand – der aus der Tradition der ÖNORM A 2050 übernommen wurde – in der heutigen Praxis keine Bedeutung mehr hat.⁴⁶⁹

C. Verspätet eingelangte Angebote (Z 6)

267 Das BVergG schreibt an mehreren Stellen (§§ 110, 114 Abs 1) vor, dass Angebote **innerhalb der Angebotsfrist einzureichen** sind. Im Anhang XV des BVergG 2006 finden sich Muster für die Bekanntmachung von Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, die bei offenen Verfahren die Angabe des Datums und des Ortes für das Einlangen der Angebote vorsehen. Die Anhänge der Vergaberichtlinien enthalten ebenfalls Vorgaben, dass die Vergabestellen in ihren Bekanntmachungen unter anderem Tag, Stunde und Ort der Angebotsöffnung festlegen

⁴⁶⁷ G. Gruber in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 108 Rz 1.

⁴⁶⁸ G. Gruber in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 108 Rz 18.

⁴⁶⁹ Siehe auch Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 98 Rz 68f; Öhler/Schramm in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 51f.

müssen.⁴⁷⁰ Der EuGH hat ebenfalls ausdrücklich ausgesprochen, dass es sich bei diesen Informationen um zwingende und unbedingte Angaben handelt, da „*andernfalls eine Teilnahme der Bieter an der Öffnung – und somit ihre Kontrolle durch die Wettbewerber und ihre Transparenz – illusorisch würde*“.⁴⁷¹ Es ist weiters geläufige Praxis, dass der Auftraggeber eine genaue Uhrzeit für das Ende der Angebotsfrist angibt.

268 Verspätet sind – auch aus Gründen der Gleichbehandlung – alle Angebote, die nach Ablauf der Angebotsfrist einlangen, sei es bloß eine Verspätung von nur einer Minute. In einem etwas später ausführlich behandelten Bescheid verweist das BVA zu dieser Frage auf einen Beschluss des OLG Düsseldorf.⁴⁷² Es handelte sich um ein Verfahren, in dem von einer festen Frist auszugehen war, obwohl diese nicht ausdrücklich als Ausschlussfrist bezeichnet wurde. Das OLG spricht aus, dass die Antragstellerin ihre Fristversäumung von einer Viertelstunde nicht bagatellisieren kann. Vielmehr muss der Auftraggeber jede Fristversäumung ernst nehmen und daraus die notwendigen Konsequenzen ziehen. Denn es gäbe kein taugliches Abgrenzungsmerkmal, welche Fristversäumung harmlos und daher zu vernachlässigen sein könnte und ab welchem Zeitmaß eine Fristversäumung nicht mehr unberücksichtigt gelassen werden darf.⁴⁷³ Das OLG macht allerdings die Einschränkung, dass dies nicht gilt, wenn der Bieter aufgrund der technischen Ausstattung des Auftraggebers nicht die Möglichkeit hatte, sein Angebot rechtzeitig zu übersenden. Diese Argumentation des OLG Düsseldorf ist völlig überzeugend.

269 Im Gegensatz zur Rechtslage nach dem BVergG 2002 muss gemäß § 118 Abs 1 BVergG 2006 die Angebotsöffnung in begründeten Ausnahmefällen nicht unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist stattfinden. Die Materialien⁴⁷⁴ erachten als Prototyp eines derartigen begründeten Ausnahmefalls die Situation, dass ein Auftraggeber aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen mehrere Verfahren parallel durchführt. In so einem Fall wäre er gezwungen, zeitgleich mehrere Angebotsöffnungen durchzuführen, obwohl zu erwarten ist, dass es Bieter gibt, die ein Angebot in mehr als einem von der zeitgleichen Öffnung betroffenen Verfahren abgegeben haben. In derartigen Situationen soll durch die zeitlich abfolgenden Angebotsöffnungen dem betroffenen Bieter die Möglichkeit gegeben werden, an allen Angebotsöffnungen teilzunehmen. Der maximale Zeitraum zwischen dem Ende der Angebotsfrist und der Verlesung des ersten Angebots sollte nicht mehr als 15 bis 30 Minuten betragen.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ Beispielsweise Anhang VII A. 13. lit b VergabeRL 2004; Anhang XIII A. 11. lit b SektorenRL 2004.

⁴⁷¹ Prieß, Handbuch³ 274 unter Verweis auf EuGH 24.1.1995, Rs C-359/93, *Unix* und dazu SA GA Tesauero 17.11.2004, Rs C-359/93, *Unix* Rz 8.

⁴⁷² BVA 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63 unter Verweis auf OLG Düsseldorf 7.1.2002, Verg 36/01.

⁴⁷³ OLG Düsseldorf 7.1.2002, Verg 36/01, ZVB 2002, 186 (*Bert*).

⁴⁷⁴ 127 BlgNR 23. GP 10.

⁴⁷⁵ Fink in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 375; Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmman/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 88 Rz 21.

- 270 In § 118 Abs 3 ist jedoch unmissverständlich klargestellt, dass auch in dem Fall, dass die Öffnung der Angebote nicht unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist stattfindet, das Angebot innerhalb der Angebotsfrist eingelangt sein muss. Ein Bieter kann sich daher nicht darauf berufen, dass die Angebotsöffnung noch nicht stattgefunden hat.
- 271 Auch zur älteren Rechtslage nach dem BVergG 2002 war sich die österreichische herrschende Lehre einig, dass zur Vermeidung von Manipulationen und aus Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz Angebote, die nach Ende der Angebotsfrist, aber vor der Verlesung des ersten Angebots einlangen, jedenfalls auszuschneiden sind.⁴⁷⁶
- 272 Die Stelle, bei der die Angebote einzureichen sind, ist verpflichtet, bei Entgegennahme des Angebots auf dem verschlossenen Umschlag Datum und Uhrzeit des Einlangens zu vermerken. Weiters sind alle Angebote in der Reihenfolge ihres Einlangens in ein Verzeichnis einzutragen.⁴⁷⁷ Durch die Novelle 2008 wurde § 118 Abs 3 um den Satz erweitert, dass nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote als verspätet eingelangt zu kennzeichnen und nicht zu öffnen sind (außer wenn dies zur Feststellung der Identität des Bieters für die Verständigung über das Ausscheiden erforderlich ist).
- 273 *Gölles* sieht hierin einen gewissen Widerspruch. Wenn ein Angebot nicht zu öffnen und als verspätet eingelangt zu kennzeichnen ist, somit am Vergabeverfahren nicht mehr teilnimmt und auch nicht mehr geprüft wird, bedürfe es keiner Entscheidung des Auftraggebers, das verspätete Angebot auszuschneiden.⁴⁷⁸ Auch wenn dieses Argument nicht völlig von der Hand zu weisen ist, so wird es wohl aus Transparenz- und Rechtsschutzgründen sinnvoll und durchaus wünschenswert sein, das Ausscheiden nach außen sichtbar zu manifestieren.
- 274 Die Rechtzeitigkeit ist nur gewahrt, wenn das Angebot tatsächlich an dem in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen genannten **Ort** eingelangt ist. Nennt der Auftraggeber ein Stockwerk oder ein Zimmer als Ort für die Abgabe des Angebots, so reicht es nicht, wenn das Angebot im Gebäude eingelangt ist.
- 275 Mit dieser Problematik beschäftigt sich das BVA⁴⁷⁹ in einem Fall, in dem der Bieter das Angebot nicht ausreichend gekennzeichnet hatte, sodass die Poststelle nicht wissen konnte, dass es sich um ein Angebot handelt, das gesondert verwahrt werden muss. Der Auftraggeber hatte vorgesehen, dass ein Mitarbeiter der zuständigen Fachabteilung kurz vor Angebotsöffnung alle

⁴⁷⁶ *Fink* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 375; *Pachner* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 88 Rz 21. Zum BVergG 2006: *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 59, 62.

⁴⁷⁷ § 117 BVergG.

⁴⁷⁸ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 98 Rz 75.

⁴⁷⁹ BVA 8.10.1998, N-25/97-14.

noch in letzter Minute eingelangten Angebote aus der Poststelle holt. Zu diesem Zweck hatte die Ausschreibung den ausdrücklichen Hinweis auf dem Kuvert gefordert, dass es sich um ein Angebot in einem bestimmten Vergabeverfahren handelt. Dieser Aufforderung war der Bieter nicht nachgekommen. Für die Poststelle war daher nicht erkennbar, dass es sich um ein Angebot handelt. Dies führte dazu, dass das Angebot, welches zwar rechtzeitig in der Poststelle eingelangt war, mit dem normalen Postlauf erst verspätet bei der vergebende Stelle ankam, weshalb es ausgeschieden wurde. Das BVA entschied, dass die vergebende Stelle ausreichend Sorge getragen hatte, bis zuletzt eingelangten Angeboten noch die Teilnahme zu ermöglichen. Die Konsequenzen für das falsche Beschriften des Kuverts trägt somit der Bieter, weshalb das Ausscheiden rechtmäßig erfolgt ist.

- 276 Es ist ebenso nicht ausreichend, wenn ein Bieter bloß ankündigt, innerhalb einer vom Auftraggeber gesetzten Nachfrist einen geforderten Nachweis zu erbringen und die schließlich nachgereichte Bestätigung am Tag nach Ablauf dieser gesetzten Frist ausgestellt ist.⁴⁸⁰ In diesem Fall war der Bieter somit der Aufforderung des Auftraggebers zur Erbringung des Nachweises der Leistungsfähigkeit nicht fristgerecht nachgekommen.
- 277 Ein weiterer zu erörternder Aspekt dieses Ausscheidensgrundes ist der Begriff des **Einlangens**. Da das Gesetz auf das Einlangen bei der vergebende Stelle abstellt, reicht das bloße Absenden innerhalb der Angebotsfrist nicht für die Wahrung der Rechtzeitigkeit. Daraus ergibt sich auch, dass das Angebot auf Risiko des Bieters reist.
- 278 In einem vom BVA⁴⁸¹ zu beurteilenden Fall hatte der Auftraggeber die Leistung als Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ordnungsgemäß ausgeschrieben. Im Zuge des Verhandlungsverfahrens setzte er eine Frist für die Einreichung der Angebote für ein Shortlist-Verfahren. Das BVA hält fest, dass auch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens Angebotsfristen nur als Ausschlussfristen verstanden werden können. Für die Überarbeitung der Angebote hat der Auftraggeber den Bietern angemessene und verhältnismäßige Fristen zu setzen. Entsprechen Bieter dieser Aufforderung nicht, sind ihre Angebote auszuschneiden. Ein Auftraggeber hat für eine transparente Ausgestaltung des Verfahrens zu sorgen, der Ablauf muss den Teilnehmern bekannt sein. Gleichzeitig steht es dem Auftraggeber frei, den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens durch Form- und Fristvorgaben den formalisierten offenen bzw nicht offenen Verfahren anzunähern, wobei die Bieter verpflichtet sind, derartige Fristen genauso zu beachten wie in offenen bzw nicht offenen Verfahren. Das

⁴⁸⁰ VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094; BVA 20.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32.

⁴⁸¹ BVA 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63.

BVA verweist weiters auf *Fink/Heid*,⁴⁸² die sich auf ein Urteil des OLG Düsseldorf⁴⁸³ berufen, in dem das Ausscheiden als zwingend erachtet wurde, obwohl die Frist nicht ausdrücklich als Ausschlussfrist bezeichnet und lediglich um 15 Minuten überschritten wurde.

279 Im vorliegenden Fall hatte der Bieter, der die Nichtigkeitsklage der Zuschlagsentscheidung beantragt hatte, drei Mal versucht, sein Angebot – wie vom Auftraggeber verlangt – per E-Mail zu übermitteln. Das erste E-Mail, welches fristwährend ungefähr eine Stunde vor Ende der Frist abgeschickt wurde, langte erst am nächsten Tag auf dem Server des Auftraggebers ein. Nach Telefonaten mit einem Vertreter des Auftraggebers wurde das Angebot noch zwei Mal nach Ablauf der Frist abgeschickt, beide Mails langten ebenfalls erst am nächsten Tag am Server des Auftraggebers ein. Die Frage, ob es durch die Gespräche mit einem Vertreter des Auftraggebers möglicherweise zu einer Fristerstreckung gekommen ist – wie der antragstellende Bieter behauptete –, ließ das BVA zu Recht ausgeklammert, da dies mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter unvereinbar gewesen wäre und daher nicht anzunehmen war. Das BVA entschied, dass das Angebot des Bieters verspätet war und daher auszuschneiden gewesen wäre. Allein deshalb, weil der Auftraggeber von einem formalen Ausscheiden des Angebots Abstand genommen hat, wird ein verspätet eingelangtes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag erteilt werden kann.⁴⁸⁴ Denn es steht – wie bereits in den Vorbemerkungen (Kapitel II.A.) erwähnt – nicht in der Disposition des Auftraggebers, vom Ausscheiden nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigkeitsklage der Zuschlagsentscheidung nicht stattzugeben. Das BVA konstatiert, dass der unterbliebene fristgerechte Zugang des elektronischen Angebots somit allein in der Risikosphäre des Bieters liegt.⁴⁸⁵

280 In einer aktuellen Entscheidung hatte sich das BVA mit einem nicht alltäglichen Problem zum rechtzeitigen Einlangen zu beschäftigen.⁴⁸⁶ Die Österreichische Nationalbank (ÖNB) forderte in der Ausschreibung, dass Angebote für die Lieferung einer Buchförderanlage bis Montag, 30.11.2009, 13 Uhr bei der ÖNB unter der Adresse 1010 Wien, Josefsplatz 1 einlangen müssen. Ein Bieter übermittelte sein Angebot am 27.11.2009 per Boten und gab als Adresse Josefsplatz 1 an und erhielt auch eine Zustellbestätigung mit dieser Adresse. Tatsächlich wurde das Angebot in der Poststelle der ÖNB an der Adresse Heldenplatz 1 abgegeben und dort auch bestätigt und im Posteingangsbuch vermerkt. Die zuständige Abteilung wurde vom Einlangen des Pakets verständigt, ohne dabei anzugeben, dass es sich um ein Angebot zu einem laufenden Verfahren

⁴⁸² *Fink/Heid* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 205.

⁴⁸³ OLG Düsseldorf 7.1.2002, Verg 36/01, ZVB 2002, 186 (*Bert*).

⁴⁸⁴ Siehe beispielsweise BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20.

⁴⁸⁵ BVA 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63.

⁴⁸⁶ BVA 27.1.2010, N/0126-BVA/10/2009-43.

handelt. Dieser Umstand muss der zuständigen Abteilung dennoch bewusst gewesen sein, da sie angab, das Paket bis Montagmittag zu benötigen. Diese Behandlung des Angebots wäre am Josefsplatz genau so gewesen.

Es war zu prüfen, ob das Angebot gemäß den Regeln des rechtzeitigen Zugangs von empfangsbedürftigen Willen Übermittlungsanstalt möglich sind. Zwar entsprach die Beschriftung des Angebots nicht ganz den Vorgaben des Gesetzes und den Vorgaben in der Ausschreibung, laut BVA war dennoch problemlos erkennbar, dass es sich um ein Angebot zu dem laufenden Vergabeverfahren handelte.⁴⁸⁷ Dass diese Bestimmungen nicht wegen übertriebenen Formalismus zum Ausscheiden von Angeboten führen sollen, ergebe sich aus der Anordnung des Gesetzes, dass die allenfalls vom Auftraggeber beigestellten Umschläge „tunlichst“ zu verwenden sind. Das Angebot wurde zwar an der falschen Adresse abgegeben, von der Bediensteten der ÖNB ungeachtet dessen aber übernommen und die Übernahme bestätigt. Die Abgabe von Angeboten an der Adresse Heldenplatz 1 entspricht der üblichen Praxis bei der Übermittlung von Sendungen an die ÖNB. Dort werden sie auch anstandslos übernommen, die Übernahme für die angegebene Adresse bestätigt und intern weitergeleitet.

Kurz vor Angebotsöffnung erkundigte sich die zuständige Abteilung noch bei allen in Frage kommenden Einlaufstellen nach Irrläufern, erhielt allerdings eine falsche Auskunft, da die Mitarbeiterin, die das Angebot am Freitag übernommen hatte, am folgenden Montag, auf den das Ende der Angebotsfrist fiel, in Urlaub war. Später schied die ÖNB das Angebot des Bieters aus. Das BVA entschied nun, dass der ausgeschiedene Bieter aufgrund der besonderen Konstellation zu Recht davon ausgegangen ist, dass das Angebot fristgerecht bei der ÖNB abgegeben wurde.⁴⁸⁸ Das Risiko der Weiterleitung des Angebots an die zuständige Abteilung ging in diesem besonderen Fall mit der Entgegennahme des Angebots durch die Poststelle der ÖNB auf diese über. Die Bedienstete der Poststelle unternahm die gebotenen Schritte, um das – ihrer Ansicht nach – wichtige Paket möglichst schnell der Wirtschaftsstelle zuzuleiten, für die es entsprechend den Vorgaben der Angebotsunterlagen erkennbar bestimmt war. Daher ist es dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren nicht zuzurechnen, dass das Angebot bei der Angebotsöffnung nicht vorlag. Das Ausscheiden wegen Verspätung gemäß § 129 Abs 1 Z 6 BVergG sei daher rechtswidrig, da das Angebot fristgerecht eingelangt war. Bemerkenswert ist jedenfalls, dass das BVA nicht auf das Spannungsverhältnis zu der bestandsfesten Ausschreibung eingeht, welche die Gefahrtragung bis zum Eintreffen bei der ausschreibenden Stelle den Bietern übertragen hat, insbesondere falls das Angebot nicht beim Haupteingang, sondern bei einem anderen Eingang abgegeben wird (siehe dazu ausführlich Kapitel II.B.1.). Aufgrund der besonderen Umstände

⁴⁸⁷ BVA 27.1.2010, N/0126-BVA/10/2009-43.

⁴⁸⁸ BVA 27.1.2010, N/0126-BVA/10/2009-43.

dieses Falles ist die Entscheidung im Ergebnis mit der bisherigen Rechtsprechung im Einklang und es ist ihr inhaltlich zuzustimmen.

- 281 Wie sich auch aus der soeben geschilderten Entscheidung des BVA ergibt, trägt der Bieter grundsätzlich die **Beweislast** für das rechtzeitige Einlangen seines Angebots.
- 282 In diesem Zusammenhang sei ein Urteil des VKS Wien vom 6.7.2006, VKS-2028/06 und VKS-2029/06 erwähnt, welches sich mit verspätet eingelangten Teilnahmeanträgen beschäftigt. Die Antragstellerin begehrte die Nichtigerklärung der Bewerberauswahl in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, in dem ihr Teilnahmeantrag nicht berücksichtigt wurde. Die Auftraggeberin hatte eine genaue Uhrzeit sowie ein Zimmer mit Nummer genannt, wo die Teilnahmeanträge abzugeben waren. Ein Bote der Antragstellerin war zwar rechtzeitig im Gebäude der vergebenden Stelle, aufgrund unzulänglicher Beschriftungen und unklarer Auskünfte des Portiers langte das Angebot erst elf Minuten später im genannten Zimmer ein, weshalb die Auftraggeberin den Antrag nicht mehr berücksichtigte. Eine entsprechende Verständigung der Antragstellerin erfolgte etwa ein Monat später.

Die Antragstellerin führte aus, dass die Ablehnung ihres Teilnahmeantrags rechtlich nicht gedeckt sei, da es in Zusammenhang mit verspätet eingelangten Teilnahmeanträgen keine explizite Anordnung eines Ausschlusses wie bei verspätet eingelangten Angeboten gäbe. Da sie durch die Verspätung keinen zusätzlichen Zeitgewinn, der zu einem Wettbewerbsvorteil hätte führen können, hatte und auch sonst das Verfahren nicht verzögert worden sei, sei der Ausschluss ihres Teilnahmeantrags nicht gerechtfertigt gewesen.

Der VKS gesteht zunächst ein, dass es tatsächlich keine explizite Regelung bezüglich der Vorgehensweise bei verspätet eingelangten Teilnahmeanträgen gibt. Er verweist zunächst auf die Bestimmung des § 103 Abs 4, wonach nur jenen Unternehmen die Gelegenheit zur Beteiligung am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben ist, die aufgrund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben. Wenn auch in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich von einem Ausscheiden des Teilnahmeantrags gesprochen wird, ist dennoch klar, dass nur rechtzeitig eingelangt Teilnahmeanträge weiter zu berücksichtigen sind.

Da die Auftraggeberin die Stelle für die Abgabe genau bezeichnet hatte – sprich die Zimmernummer des entsprechenden Zimmers angegeben hatte – ist auch nicht relevant und daher nicht weiter zu prüfen, ob der Teilnahmeantrag rechtzeitig im Gebäude der vergebenden Stelle eingelangt war.

Der VKS konstatiert, dass der Begriff „rechtzeitig“ so auszulegen ist, dass Anträge oder Angebote spätestens zu dem in den Ausschreibungs- oder Teilnahmebedingungen genannten Zeitpunkt dem Auftraggeber vorliegen müssen. *„In diesem Sinne sind die Bestimmungen zum Ausscheiden verspätet eingelangter Angebote analog auf nicht rechtzeitig gestellte Teilnahmeanträge anzuwenden.“*⁴⁸⁹ Nur durch eine solche Interpretation wird der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter gewahrt. Andernfalls könnte der Auftraggeber nach Ablauf der Frist frei entscheiden, welches der verspäteten Angebote noch „rechtzeitig“ eingelangt sei und welches eben nicht mehr. Würde man dies zulassen, entspräche dies einer Verletzung der fundamentalen Grundsätze eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens. Diese individuelle Auslegung des Begriffes „rechtzeitig“ würde zu Eingriffen des Auftraggebers in den freien und lauten Wettbewerb führen.

- 283 Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass trotz fehlender expliziter Regelung im Gesetz sowohl bei Fristen für Teilnahmeanträge als auch für alle Angebotsfristen im Verhandlungsverfahren die Regelung des § 129 Abs 1 Z 6 zur Anwendung kommt, um die Gleichbehandlung aller Bieter zu gewährleisten.⁴⁹⁰
- 284 Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick auf die deutsche Bestimmung in der VOB/A (Verdingungsordnung für Bauleistungen), wonach die Angebotsfrist endet, sobald im Eröffnungstermin der Verhandlungsleiter mit der Öffnung der Angebote beginnt.⁴⁹¹ Folglich ist ein Angebot erst verspätet, wenn es dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorliegt (§ 22 Nr. 2 VOB/A).⁴⁹²
- 285 Ein weiterer wesentlicher Unterschied zur österreichischen Regelung liegt darin, dass der Verhandlungsleiter verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass alle bis zum Beginn der Öffnung bei der Posteinlaufstelle eingegangenen Schriftstücke ihm vorgelegt werden.⁴⁹³ Kann der Bieter beweisen, dass dem Auftraggeber das Angebot nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist ordnungsgemäß zugegangen war, so gilt das Angebot – trotz Nichtvorliegens beim Verhandlungsleiter – nicht als verspätet und verbleibt im Verfahren.⁴⁹⁴ Das Risiko für die rechtzeitige Vorlage des Angebots beim Verhandlungsleiter trägt somit der Auftraggeber. Der Bieter trägt das Risiko nur bis zum Einlangen des Angebots beim Auftraggeber.

⁴⁸⁹ VKS Wien 6.7.2006, VKS-2028/06, VKS-2029/06.

⁴⁹⁰ Siehe auch *Elsner*, BVergG 2006 Rz 207.

⁴⁹¹ *Heiermann* in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), VOB/A § 18 Rz 2; siehe auch *Pachner* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 88 Rz 21.

⁴⁹² *Heiermann* in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), VOB/A § 18 Rz 3.

⁴⁹³ *Heiermann* in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), VOB/A § 18 Rz 3.

⁴⁹⁴ *Rusam* in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), VOB/A § 25 Rz 4, 119; *Noch* in *Müller-Wrede* (Hrsg), VOL/A Kommentar § 25 Rz 91.

- 286 Hintergrund dieser Regelung in der VOB/A ist die Überlegung, dass der Auftraggeber an einem möglichst starken Wettbewerb interessiert sein muss. Weiters kann es bis zur Öffnung und Verlesung des ersten Angebots noch zu keiner Wettbewerbsverzerrung kommen, da noch keine Daten über Bieter oder Angebote bekannt sind.⁴⁹⁵
- 287 Meines Erachtens ist die österreichische Regelung klarer und daher zu bevorzugen. Mit Verstreichen des vom Auftraggeber festgelegten Zeitpunkts ist es definitiv vorbei. Im Gegensatz dazu birgt die deutsche Formulierung in der VOB/A viel Platz für Missverständnisse und Diskussionen. In welchem Augenblick beginnt die Öffnung? Wenn der Verhandlungsleiter zum Brieföffner greift, wenn er das Kuvert öffnet, wenn er das Angebot aus dem geöffneten Umschlag zieht oder doch erst, wenn er beginnt den Inhalt des ersten Angebots vorzutragen? Hier entsteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit, sowohl für die Bieter als auch für den Auftraggeber.
- 288 Man muss der deutschen Regelung allerdings attestieren, dass sie sich an die diesbezüglichen europäischen Vorgaben hält. Gemäß dieser sind Angebote, die im Eröffnungstermin dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorgelegen haben, von der Wertung auszuschließen.⁴⁹⁶

D. Sammelatbestand (Z 7)

1. Allgemeines

- 289 Diese Ziffer umfasst inhaltlich sehr umfangreiche Bestimmungen. Sie fungiert als Sammelatbestand der angebotsbezogenen Mängel, der fünf Gruppen von auszuschheidenden Angeboten nennt:
1. den Ausschreibungsbedingungen widersprechende Angebote
 2. nicht zugelassene Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote
 3. nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote
 4. Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen
 5. fehlerhafte oder unvollständige Angebote
- 290 Besonders interessant ist das Verhältnis zwischen der ersten und fünften Gruppe der Ausscheidungstatbestände in Hinblick auf die Notwendigkeit der Abgrenzung dieser beiden

⁴⁹⁵ Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 88 Rz 21

⁴⁹⁶ Priß, Handbuch³ 274.

voneinander. Der letzte Halbsatz der Ziffer 7 „*wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind*“ bezieht sich auf die fehlerhaften oder unvollständigen, nicht aber auf die den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden Angebote. Das belegen auch eindeutig die Materialien⁴⁹⁷ und klären somit die unpräzise Formulierung und der Vorgängerbestimmung und damit verbundene Kontroversen auf.⁴⁹⁸

2. Begriff des Mangels

- 291 Das BVergG verwendet in Bezug auf die Angebotsbezogenen Ausscheidungstatbestände an zwei Stellen den Begriff des Mangels. Einerseits indirekt in Bezug auf Ziffer 5, andererseits in der Ziffer 7.
- 292 § 129 Abs 1 Z 5 regelt den Ausscheidungstatbestand des fehlenden Nachweises über den Erlag des Vadiums. Das Vadium selbst wird in § 2 Z 32 lit a definiert als „*Sicherstellung für den Fall, dass der Bieter während der Zuschlagsfrist von seinem Angebot zurücktritt oder der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt.*“ § 129 Abs 1 Z 7 regelt mehrere Tatbestände, die das Ausscheiden von Angeboten vorschreiben, „*wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind.*“
- 293 Wenngleich das BVergG an einigen Stellen den Begriff des Mangels verwendet, findet sich keine Definition dieses Begriffs. Die Lehre ist sich einig, dass der Begriff des Mangels eher weit verstanden werden und alle Fälle von Angeboten umfassen sollte, die Angebots- und unternehmerbezogene Verstöße gegen das BVergG aufweisen.⁴⁹⁹
- 294 Die methodische Vorgangsweise bei Feststellung eines Mangels im Angebot für den Auftraggeber ist folgende: Zunächst wird festgestellt, ob es sich um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot oder ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot handelt. Handelt es sich um ein widersprechendes Angebot, ist dieses

⁴⁹⁷ 1171 BlgNR 22. GP 85.

⁴⁹⁸ § 98 Abs 1 Z 8. Diese Bestimmung war so formuliert, dass aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht klar hervorging, ob genannter Teilsatz auch für den Ausschreibungsbedingungen widersprechende Angebote gelten solle. Sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung waren sich bei dieser Frage nicht einig. Bejahend: *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 98 Exkurs: Mangelhafte Angebote Rz 139. Gegen einen kategorischen Ausschluss jeglicher Verbesserungsmöglichkeit: *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 402. Für ein zwingendes Ausscheiden von Angeboten mit eindeutigem Widerspruch zur Ausschreibung ohne Verbesserungsmöglichkeit: *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 98 Rz 82, 112; *Schramm* in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 35 (39, 40, 51) mit weiteren Nachweisen. Auch in der Judikatur findet sich keine eindeutige Linie. Für ein zwingendes Ausscheiden ohne Verbesserungsmöglichkeit: BVA 30.6.1999, N-25/99-17, N-28/99-4. Für die Behebbarkeit eines widersprechenden Angebots: VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186. VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181 geht bei der wortgleichen Bestimmung des Punktes 4.5.8. der ÖNORM A 2050 (1993) von einer grundsätzlichen Möglichkeit einer Mängelbehebung aus.

⁴⁹⁹ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 7.

sofort ohne weitere Aufklärungsersuchen auszuschneiden. Handelt es sich allerdings um ein fehlerhaftes oder unvollständiges Angebot, muss geklärt werden, ob der Mangel behebbar oder unbehebbar ist. Ist der Mangel unbehebbar, muss das Angebot ausgeschieden werden, weil es andernfalls zu einer rechtswidrigen Angebotsänderung kommt. Ist der Mangel behebbar, kommt das Mängelaufklärungsverfahren des § 126 zur Anwendung. Dennoch ist es methodisch problematisch, wenn sich das BVA nicht an die vom Gesetz getroffene Unterscheidung hält, besonders da es einen großen Unterschied in der Behandlung der einzelnen Fachgruppen gibt.

3. Abgrenzung der Fallgruppen

- 295 Da sich der letzte Halbsatz der Ziffer 7 – wie soeben geschildert – nur auf die fehlerhaften oder unvollständigen Angebote bezieht, sind alle anderen Fallgruppen keiner Verbesserung und Mängelbehebung zugänglich. Es ist daher zwingend nötig diese Fallgruppen auch eindeutig voneinander abzugrenzen. Die Lehre zur Vorgängerbestimmung ging noch davon aus, dass eine Abgrenzung nicht möglich und auch nicht nötig sei.⁵⁰⁰
- 296 Besonders schwierig stellt sich die Abgrenzung zwischen den widersprechenden, fehlerhaften und unvollständigen Angeboten dar. Ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot wird immer im weitesten Sinne fehlerhaft sein, da die Einhaltung der vom Auftraggeber aufgestellten Ausschreibungsbedingungen gemäß § 106 gefordert ist. Der Begriff der Fehlerhaftigkeit scheint ebenfalls umfassend zu sein, weil der Begriff des Fehlers alles beinhaltet, was vom Richtigen, also der Einhaltung der Ausschreibungsbestimmungen und des Bundesvergabegesetzes, abweicht.⁵⁰¹ Am ehesten einer genauen Abgrenzung zugänglich scheinen die unvollständigen Angebote zu sein. Ein Angebot ist unvollständig, wenn Unterlagen, Dokumente oder Angaben, die in den Ausschreibungsunterlagen gefordert wurden, fehlen, also beispielsweise nicht alle Teile der ausgeschriebenen Leistung angeboten werden. Trotzdem werden diese unvollständigen Angebote immer auch fehlerhaft und den Ausschreibungsbedingungen widersprechend sein, weil diese ein vollständiges Angebot fordern.⁵⁰² Hierzu ein Beispiel:⁵⁰³ Die bestandsfeste Ausschreibung fordert mit der Abgabe des Angebots auch die Abgabe von K4-Kalkulationsblättern. Der Bieter unterlässt dies und legt somit

⁵⁰⁰ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 98 Exkurs: Mangelhafte Angebote Rz 139, 144 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁰¹ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 68.

⁵⁰² Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 68.

⁵⁰³ BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29.

einerseits ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes und andererseits ein unvollständiges Angebot.⁵⁰⁴ sagen

- 297 Besonders bemerkenswert ist, dass die Rechtsprechung zu dieser Ziffer bisher die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen diesen Fallgruppen nicht aufgegriffen hat. Oft wird gar nicht zwischen den Tatbeständen differenziert. In einer jüngeren Entscheidung erklärt das BVA: Das Angebot „war unvollständig und somit mangelhaft und stellt somit ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot dar.“⁵⁰⁵ Diese Formulierung war für den behandelten Sachverhalt im Ergebnis nicht weiter problematisch, da der Auftraggeber in seinen unangefochten gebliebenen Ausschreibungsbestimmungen den vorliegenden Mangel des Angebotes als unbehebbar qualifiziert hatte. Daher kam die Möglichkeit der Mängelbehebung des letzten Halbsatzes der Ziffer 7 nicht zum Tragen. Grundsätzlich wäre es wünschenswert, dass das BVA in Zukunft vorsichtiger formuliert und auch tatsächlich zwischen den Fallgruppen unterscheidet, um auch dem eindeutigen Willen des Gesetzes nach einer Differenzierung Rechnung zu tragen.
- 298 Weiteres Beispiel für eine mangelnde Abgrenzung der Fallgruppen ist eine ältere Entscheidung des BVA vom 7.4.2005, 06N-04/05-31 zum BVergG 2002. Im Vergabeverfahren „Räumung des ‚Recycling Point Blumau – Leistungen für Transport und Entsorgung“ hatten die Anforderungen an das Entsorgungskonzept sowohl in den Teilnahme- als auch in den Ausschreibungsunterlagen von den einzelnen Bietern verlangt, Entsorgungspfade einschließlich der (endgültigen) Behandlung bzw Verwertung der einzelnen Abfallfraktionen darzustellen. Die Antragstellerin hatte jedoch für einzelne Mengen von Abfallfraktionen das angebotene Entsorgungskonzept mit der Darstellung des Pfades bis zu einer Zwischenlagerung und zu mechanischen Abfallbehandlungsanlagen begrenzt, wobei in beiden Fällen der größte Teil der so zwischengelagerten bzw vorbehandelten Abfallfraktionen noch einer weiteren Behandlung zugeführt werden müsste. Das BVA stellte nun fest, dass die Antragstellerin „ein unvollständiges bzw den Ausschreibungsunterlagen widersprechendes Angebot vorgelegt hat. Unabhängig von der Frage, ob auch derartige Angebotsmängel (im weiteren Sinn) einer Mängelbehebung zugänglich sein können [...], ist festzuhalten, dass es sich dabei jedenfalls um einen unbehebbaeren Mangel (im weiteren Sinn) gemäß § 98 Z 8 BVergG handeln würde.“⁵⁰⁶ Im vorliegenden Fall scheint sich das BVA nicht zu einer genauen Spezifizierung des Mangels durchringen zu können, denn als conclusio fällt folgender Satz: „Nachdem der vorliegenden

⁵⁰⁴ In diesem Fall hatte das BVA auf Grundlage des BVergG 2002 zu entscheiden und begnügte sich mit einer bloßen Aufzählung aller verwirklichten Ausscheidensgründe. In diesem Fall war auch noch die Zusammensetzung des Gesamtpreises unplausibel. Das BVA lässt Aufklärungsgespräche allerdings zu.

⁵⁰⁵ BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27.

⁵⁰⁶ BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31.

*Angebotsmangel (im weiteren Sinn) damit einer Mängelbehebung jedenfalls nicht zugänglich ist, ist bezüglich des Angebotes der Antragstellerin unmittelbar der Ausscheidenstatbestand des § 98 Z 8 BVergG erfüllt.*⁵⁰⁷ Hier tut das BVA genau das, was das Gesetz zu verhindern versucht: es verweist pauschal auf den gesamten Ausscheidenstatbestand der Z 7 (vormals § 98 Z 8 BVergG 2002).

- 299 Ebenso hat das BVA in einer neueren Entscheidung alle drei Begriffe bei der Klassifizierung des Mangels verwendet.⁵⁰⁸ Ein Bieter hatte nicht angegeben, welche Betonart (das Leitprodukt oder ein gleichwertiges Produkt) er anbieten wolle. Das BVA sprach davon, dass diese Bieterlücken das Angebot fehlerhaft, unvollständig und nicht behebbar mangelhaft machen. Dieselben Bieterlücken bezeichnet es aber nur einen Absatz später als der Ausschreibung widersprechend und prüft dennoch die Möglichkeit der Behebbarkeit.
- 300 In einer weiteren neueren Entscheidung hat das BVA ebenso undifferenziert auf die Ziffer 7 verwiesen.⁵⁰⁹ In diesem Fall war die fehlende Leistungsfähigkeit des Bieters das vordringliche Problem. Die Ausschreibung hatte gefordert, dass der Nachweis über die Einhaltung bestimmter Richtlinien zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe in schriftlicher Form vorliegt. Dieser Nachweis wurde nicht zum gewünschten Zeitpunkt erbracht. Erst mehrere Monate nach Angebotsöffnung und nach Aufforderung durch den Auftraggeber reichte die Bieterin einen Nachweis nach, der mehrere Monate nach Angebotsöffnung datiert war. Das BVA entschied, dass dieser Nachweis nicht als Nachweis der Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung ausreicht. Da somit die vom Auftraggeber geforderte Mängelbehebung nicht erfolgt ist, wäre das Angebot gemäß § 129 Abs 1 Z 7 auszuschneiden gewesen. Bemerkenswert ist, dass das BVA nur pauschal von der Verwirklichung des Ausscheidenstatbestands der Ziffer 7 spricht und in der ganzen Entscheidung keine der Fallgruppen explizit erwähnt. Streng genommen hätte es sich bei dem gelegten Angebot um ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot handeln müssen, bei dem eine Mängelbehebung nicht zulässig ist.
- 301 In den folgenden Unterkapiteln soll der Versuch unternommen werden, die einzelnen von der Ziffer 7 genannten Kategorien von mangelhaften Angeboten anhand der vorhandenen Judikatur näher zu analysieren.

⁵⁰⁷ BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31.

⁵⁰⁸ BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52.

⁵⁰⁹ BVA 30.4.2009, N/0028-BVA/03/2009-19.

4. Widersprechende Angebote

- 302 Diese Gesetzesbestimmung dient offenkundig der Gewährleistung der Gleichbehandlung der Bieter und der Vergleichbarkeit der Angebote. Denn die Vergleichbarkeit der Angebote wäre beeinträchtigt, wenn jeder Bieter berechtigt wäre, seine eigenen Bedingungen für die Leistungserbringung dem im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe zu schließenden Vertrag zugrunde zu legen.⁵¹⁰ Aus diesem Grund sieht das Gesetz auch die Bindung der Bieter an die Ausschreibung vor (siehe ausführlich Kapitel II.A.).
- 303 Zunächst kann man grob festhalten, dass ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen vorliegt, wenn das Angebot eine inhaltliche Änderung oder einen inhaltlichen Vorbehalt zu konkreten Ausschreibungsbestimmungen beinhaltet.
- 304 Das bedeutet beispielsweise, dass ein Angebot diesen Ausscheidenstatbestand erfüllt, wenn der Bieter in seinem Angebot erklärt, den Vertrag nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sondern zu anderen Bedingungen abschließen zu wollen. Manchmal wird dieser Widerspruch ausdrücklich vorliegen, es gibt aber durchaus Fälle, in denen er konkludent erfolgt.⁵¹¹ Bei der Beurteilung, ob tatsächlich ein Widerspruch vorliegt, sind die zivilrechtlichen Interpretationsmaßstäbe (insbesondere §§ 914, 915 ABGB) anzuwenden und zunächst der Inhalt des Angebots zu ermitteln (siehe hierzu ausführlich Kapitel II.C.).⁵¹² Demnach sind laut herrschender Rechtsprechung bei der Entscheidung der Frage, ob ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot vorliegt, weder die Motive der Erklärenden (Bieters), wie etwa allfällige Missverständnisse der Ausschreibungsbestimmungen, noch das subjektive Verständnis des Erklärungsempfängers (Auftraggeber) und dessen weitere Vorgangsweise erheblich, sondern allein jene Bedeutung des Angebotsschreibens, die sich unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem objektiven Erklärungswert des Textes des Angebotes ergibt.⁵¹³ Dieser objektive Erklärungswert des Angebots muss sich mit dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen decken.⁵¹⁴ Siehe hierzu ausführlich Kapitel II.C.

⁵¹⁰ UVS Burgenland 19.6.2009, VNP/15/2008.006/089; BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29.

⁵¹¹ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 72.

⁵¹² Vgl für viele BVA 22.1.2007, N/0096-BVA/13/2006-68.

⁵¹³ BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23; BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; zuletzt UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003.

⁵¹⁴ *Rummel* (ÖZW 1999, 1) folgend, gelten die zivilrechtlichen Vorschriften auch im Vergaberecht, die davon ausgehen, dass die Bedeutung einer Willenserklärung sich danach richtet, wie sie unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste. Maßgeblich ist somit weder der Wille des Erklärenden noch die subjektive Auslegung des Erklärungsempfängers. In der sogleich erörterten Entscheidung spricht der VwGH dies auch aus: „auf den von ihr [Anm: der Bieterin] vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es jedoch nicht an.“ Diese Aussage ist Ausdruck der Vertrauens Theorie, die davon ausgeht, dass ein Erklärungsempfänger nur schutzwürdig ist, wenn er die Erklärung so verstanden hat,

- 305 Der VwGH spricht dies (ebenso wie die Vergabekontrollbehörden⁵¹⁵) mehrfach ausdrücklich aus, grundlegend in seiner Entscheidung vom 29.3.2006.⁵¹⁶ Er interpretiert die Ausschreibungsunterlagen nach der Parteienabsicht und konstatiert, dass am Maßstab der Ausschreibungsunterlagen zu messen sei, ob ein Angebot einen zur Ausscheidung führenden Mangel aufweise. In dieser grundlegenden Entscheidung spricht der VwGH aus, dass Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen sind, wobei das Verständnis eines durchschnittlich fachkundigen Bieters anzulegen ist.⁵¹⁷ Diesem Erkenntnis folgt auch die Rechtsprechung des BVA.⁵¹⁸
- 306 Der Auftraggeber soll ein Angebot erhalten, das seine – in der Ausschreibung genannten – Anforderungen erfüllt und dem er bloß (durch Zuschlagserteilung) zustimmen muss, um den von ihm gewünschten Vertrag abzuschließen. Dies wird allerdings unmöglich gemacht, wenn das abgegebene Angebot nicht mit den Ausschreibungsbedingungen übereinstimmt. In diesem Fall könnte man erst durch Verhandlungen (die nur im Verhandlungsverfahren zulässig sind) das Angebot so ändern, dass es wieder den Vorstellungen des Auftraggebers entspricht. Verhandlungen sind aber in den klassischen Verfahrensarten, dem offenen und dem nicht offenen Verfahren, streng verboten.⁵¹⁹ Dieses strikte Verhandlungsverbot ist eine Konkretisierung der Gebote der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs und bedeutet ein Verbot der Änderung des Angebots.⁵²⁰ Verboten sind Änderungen des Angebots jeglicher Art (der Preise, des Leistungsgegenstands, des Leistungsumfangs, der technischen und rechtlichen Bedingungen für die Leistungserbringung etc) nach der Angebotsöffnung.⁵²¹
- 307 Widersprüche können einerseits **technischer Natur** sein, wenn der Bieter Produkte anbietet, die nicht der Leistungsbeschreibung entsprechen. Es kann sie auch im Hinblick auf die **Modalitäten der Vertragsabwicklung** geben, beispielsweise bei Verweis auf eigene, abweichende Zahlungsmodalitäten, bei Vorbehalt weiterer Verhandlungen oder wenn der Bieter erklärt zu seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrahieren zu wollen, die zwingenden Ausschreibungsvorgaben widersprechen. Die Vergabekontrollbehörden haben schon zur alten Rechtslage immer wieder Angebote, die weitere Verhandlungen vorgesehen haben, als den

wie sie ein redlicher, verständiger Erklärungsempfänger verstehen durfte. Siehe ausführlich zum objektiven Erklärungswert: *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹².

⁵¹⁵ BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038.

⁵¹⁶ VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144.

⁵¹⁷ Der VwGH beruft sich auf EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC* und EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN Wienstrom*.

⁵¹⁸ Siehe zB BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; BVA 28.7.2006, N/0048-BVA/14/2006-28 sowie BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88.

⁵¹⁹ Siehe zu offenen Verfahren § 101 Abs 4 und zu nicht offenen Verfahren § 104 Abs 2.

⁵²⁰ *Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 101 Rz 17; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 96 Rz 2ff.

⁵²¹ BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44.

Ausschreibungsbedingungen widersprechend qualifiziert. Darunter fanden sich beispielsweise folgende Formulierungen: „Über einige weitere Details in den allgemeinen Vertragsbedingungen müsste in einem Gespräch das Einvernehmen hergestellt werden“⁵²² oder „über die Vertragsbedingungen ist im Auftragsfall Übereinstimmung zu erzielen“.⁵²³

- 308 Selbst wenn widersprechende Erklärungen in den Beilagen zum Angebot versteckt werden, ist der Wille des Bieters eindeutig erkennbar, sie im Auftragsfall als Vertragsbestandteil anzusehen. Es ist eindeutig, dass der Bieter den Vertrag zu seinen Bedingungen abschließen will und eben nicht zu den Bedingungen der Ausschreibung, sonst hätte er diese Beilagen und Begleitschreiben nicht seinem Angebot beigelegt. Das BVA entscheidet im Einklang mit der Lehre,⁵²⁴ dass diese widersprechenden Bestimmungen in Beilagen oder Begleitschreiben Teil des Angebots und daher ebenso zu behandeln sind: enthalten sie einen Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen, so ist das Angebot auszuschneiden.
- 309 Leider findet sich in der bisherigen Rechtsprechung zum BVergG 2006 keine Definition des „den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden“ Angebots. Es finden sich aber zahlreiche instruktive Judikate in der Vergaberechtsprechung, die als Orientierung dienen können. Diese sollen in den nächsten Unterkapiteln dargestellt werden.
- 310 Eine das sofortige Ausscheiden des Angebots gemäß § 129 Abs 1 Z 7 nach sich ziehende Ausschreibungswidrigkeit ist laut BVA darüber hinaus auch in einem Verstoß eines Bieters gegen die Regelung des § 106 Abs 1 begründet.⁵²⁵ Nach § 106 Abs 1 hat sich der Bieter bei der Erstellung des Angebots an die Ausschreibungsunterlagen zu halten; der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Laut BVA sei davon auszugehen, dass § 106 selbst Teil der Ausschreibungsbestimmungen wird und zwar selbst dann, wenn in der Ausschreibung bzw in den Ausschreibungsunterlagen der Gesetzestext des § 129 Abs 1 Z 7 nicht bzw nicht wortwörtlich aufscheint.⁵²⁶ Man kann davon ausgehen, dass § 106 die Bestimmung des § 129 Abs 1 Z 7 ergänzt, da die Vergleichbarkeit der Angebote ebenso beeinträchtigt würde, wenn Bieter ihre eigenen Bedingungen zumindest soweit dem Vertrag zugrunde legen können, als sie den Vorgaben des Auftraggebers nicht widersprechen, sondern diese bloß ergänzen.⁵²⁷ Daher ist in systematischer und teleologischer Auslegung davon auszugehen, dass nicht bloß der Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen, sondern

⁵²² BVA 19.10.1998, N-32/98-6.

⁵²³ BVA 21.11.1997, N-33/97-7.

⁵²⁴ Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 403.

⁵²⁵ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

⁵²⁶ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 unter Verweis auf Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 106 Rz 4.

⁵²⁷ UVS Burgenland 19.6.2009, VNP/15/2008.006/089.

auch deren Ergänzung zu einem Ausscheiden des Angebotes des Bieters führen muss, obgleich § 129 Abs 1 keinen gesonderten Ausscheidenstatbestand für die eigenmächtige Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen kennt. Der UVS Burgenland geht in einer neueren Entscheidung davon aus, dass Angebote, die Ergänzungen der Ausschreibungsunterlagen enthalten, insofern mangelhafte Angebote im Sinne des § 129 Abs 1 Z 7 und demnach auszuschneiden sind.⁵²⁸

311 Anders sieht es der VwGH in einem älteren Erkenntnis zum oberösterreichischen Vergabegesetz, wonach ein Angebot als widersprechendes Angebot ohne die Möglichkeit zur Mängelbehebung qualifiziert wurde, da der Bieter Ergänzungen des Ausschreibungstextes vorgenommen hatte.⁵²⁹ Die angewandten Regelungen des oberösterreichischen Vergabegesetzes sind im Wortlaut mit den Regelungen der §§ 126 und 129 ident.

312 Es ist noch anzumerken, dass laut einhelliger Judikatur und Lehre ausschreibungswidrige Angebote keiner Zurücknahme des Widerspruchs durch den Bieter zugänglich sind.⁵³⁰ Darin wäre ebenso eine unzulässige Verbesserung des Angebots zu erblicken. Das BVA spricht hierzu aus, dass es auf der Hand liegt, dass im Falle eines ausschreibungswidrigen Angebots Aufklärungen von vorn herein nicht in Betracht kommen, da „Aufklärungen“ letztlich nur mit dem Ziel geführt werden könnten, die im Widerspruch zum Ausschreibungstext stehende Erklärung des Bieters zurückzunehmen.⁵³¹ Im konkreten Fall hatte der Bieter Streichungen und Ergänzungen im Ausschreibungstext vorgenommen. Eine von ihm geforderte „Besprechung“ mit dem Auftraggeber könnte letztlich nur dem alleinigen Zweck der Rücknahme der angebrachten Anmerkungen und Streichungen im Text des Leistungsverzeichnisses dienen, was zu einer unzulässigen, dem Verhandlungsverbot im offenen Verfahren zuwiderlaufenden, nachträglichen Angebotsänderung führen würde.⁵³²

313 In einer neueren Entscheidung des UVS Burgenland stellt dieser in besonders gut begründeter Weise ein weiteres Kriterium zur Beurteilung der Unzulässigkeit von Widersprüchen auf.⁵³³ Er argumentiert folgendermaßen: Das Vergabeverfahren dient dem Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags. Im Streitfalle wird über den maßgeblichen Inhalt dieses Vertrags nicht durch die Vergabekontrollbehörden sondern durch die ordentlichen Gerichte entschieden. Der Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote wäre verletzt, wenn eine Vergabekontrollbehörde zum Ergebnis käme, dass entsprechend den Zielsetzungen des Gesetzes die Vertragslage

⁵²⁸ UVS Burgenland 19.6.2009, VNP/15/2008.006/089.

⁵²⁹ VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181.

⁵³⁰ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; siehe auch *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 73.

⁵³¹ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

⁵³² BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31.

⁵³³ UVS Burgenland 19.6.2009, VNP/15/2008.006/089.

ausschließlich durch die Vorgaben des Auftraggebers bestimmt wird, für den Auftraggeber aber weiterhin das Risiko bestünde, dass ein ordentliches Gericht im Rahmen von Streitigkeiten über die Auslegung des Vertrages zu einem anderen Ergebnis kommt. Der Auftraggeber müsste ein Angebot berücksichtigen, bei welchem für ihn Ungewissheit darüber besteht, zu welchen Konditionen die Leistung im Streitfall tatsächlich erbracht werden wird. Daher kommt dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit maßgebliche Bedeutung zu. Demnach sind auch solche Angebote auszuschneiden, bei denen begründete Ungewissheit darüber besteht, ob den Ausschreibungsbestimmungen widersprochen wird oder diese ergänzt werden.

a) Beispiele zu widersprechenden Angeboten

- 314 Zunächst gibt es viele Fälle, in denen ein Widerspruch sprachlich klar zu Tage tritt. Ein solcher liegt vor, wenn die Ausschreibung eine Zahlungsfrist von 60 Tagen verlangt, das Angebot aber nur eine von 30 Tagen anbietet.⁵³⁴ Weiters, wenn die Ausschreibung ein Skonto von 3% bei Zahlung innerhalb von 21 Tagen gewährt, das Angebot hingegen ein Skonto von 2% bei Zahlung innerhalb von 14 Tagen anbietet oder die Zuschlagsfrist fünf Monate beträgt, das Angebot eine Angebotsgültigkeit von nur drei Monaten vorsieht.⁵³⁵ Weitere den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Angebote: Nettoangebotssumme von 668.995 Euro bei einem vorgegebenen Budgetrahmen bzw einer bestandfest normierten Höchstangebotssumme von 600.000 Euro;⁵³⁶ Anbieten einer Heizungsanlage auf Basis von Sonnenenergie oder Geothermie, wenn die Ausschreibung eine mit einem erneuerbaren, nachwachsenden Energieträger befeuerte Heizungsanlage verlangt;⁵³⁷ entgegen der technischen Anforderung der Ausschreibung nach einer erprobten Lösung, wird bloß ein Prototyp einer Gebläseeinheit angeboten;⁵³⁸ das Angebot bietet Reinigungszeiten bis maximal 12 Uhr an, obwohl die Ausschreibung zwingend verlangt, dass mittags und nachmittags Sichtkontrollen in den Sanitärbereichen durchzuführen sind;⁵³⁹ ein Bieter ergänzt die Ausschreibungsunterlagen an einer nicht für das Ausfüllen durch ihn vorgesehenen Stelle derart, dass das BVA die Ergänzung nur als eine Verkürzung der Mindestgewährleistungsfrist verstehen kann;⁵⁴⁰ in einem Begleitschreiben erklärt der Bieter keine Liefergarantie für Arzneimittel abgeben zu können, obwohl die Ausschreibung anordnet, dass der Auftragnehmer verpflichtet ist, „die Versorgung sicher zu stellen“ (in diesem Fall lässt der VKS das Argument, dass es sich um einen zulässigen Vorbehalt handeln soll, nicht gelten, weil die

⁵³⁴ BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026.

⁵³⁵ BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026.

⁵³⁶ BVA 27.4.2008, N/0030-BVA/07/2007-43.

⁵³⁷ BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038 zum BVergG 2002.

⁵³⁸ BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88.

⁵³⁹ BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23.

⁵⁴⁰ BVA 16.2.2005, 2004/04/2005; ebenso VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030.

Formulierung im eindeutigen Widerspruch zur Ausschreibung steht).⁵⁴¹ Weiters liegt ein widersprechendes Angebot vor, wenn ein Bieter ein Gebrauchtgerät anbietet, obwohl aus den Ausschreibungsunterlagen eindeutig hervorgeht, dass für das gegenständliche Los ein neues Gerät verlangt wird;⁵⁴² wenn die angebotene Lieferfrist 6-8 Wochen beträgt, obwohl laut Ausschreibung binnen sechs Wochen zu liefern ist;⁵⁴³ wenn ein Bieter in einer Position des Leistungsverzeichnisses im Text der Ausschreibung den vom Auftraggeber vorgegebenen Passus „inkl. 10-Jahresbatterie“ um den Zusatz „5-Jahresbatterie“ ergänzt.⁵⁴⁴ Trotz Aufforderung in der Ausschreibung gibt ein Bieter mit seinem Angebot keine K4-Blätter ab.⁵⁴⁵ Das Leistungsverzeichnis hatte ausdrücklich eine Schraubverbindung zwischen der Platte und dem Gestell der zu liefernden Tische gefordert, der Bieter bietet Tische mit einer Verbindung mittels Clip an.⁵⁴⁶

- 315 Bei einer Ausschreibung eines „Rahmen-Abwurfvertrags“ über ABC-Schutzanzüge und ABC-Überschuhe hatten die Bieter nur einen Festpreis für das Jahr 2008 anzugeben, der für das Folgejahr und die Option nach den in der Ausschreibung vorgegebenen Regelungen entsprechend anzupassen war. Der antragstellende Bieter hatte jedoch für das Jahr 2009 einen weiteren höheren Festpreis angeboten und damit ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot gelegt. Das BVA entschied, dass das Angebot zu Recht ausgeschieden worden war.⁵⁴⁷
- 316 In einem anderen Fall hatte eine Bieterin die Kosten für die Wartung und die Instandsetzung innerhalb der ersten sechs Betriebsjahre in die dafür gesondert ausgeschriebenen Kosten ab dem siebenten Betriebsjahr kalkuliert. Damit hat sie den kalkulatorischen Vorgaben der Ausschreibung widersprochen, wonach die Kosten der Inspektion und Wartung sowie der Instandhaltung innerhalb der gesetzlichen und der verlängerten Gewährleistungsfrist in den einzelnen Leistungspositionen zu kalkulieren sind. Aus den Zuschlagskriterien ergab sich, dass die Kosten der Instandhaltung nur zur Hälfte in den der Bewertung zugrunde liegenden Angebotspreis einfließen. Das Verschieben von Kosten in den Teil des Leistungsverzeichnisses, der nur zur Hälfte in die Angebotsbewertung einfließt, vermag daher dem Bieter Vorteile bei der Bewertung der Angebote zu verschaffen, die in Widerspruch zu den Vorgaben der Ausschreibung

⁵⁴¹ VKS Wien 13.7.2006, VKS-1715/06.

⁵⁴² BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026. In einem ähnlichen Fall hatte das BVA durch Auslegung ermittelt, dass ein redlicher Erklärungsempfänger die Ausschreibungsunterlagen nur so verstehen konnte, dass fabriksneue Geräte zu liefern sind. Der Bieter hatte hingegen „refurbishte Lagerrestbestände“ angeboten, weshalb sein Angebot zu Recht als widersprechendes Angebot ausgeschieden worden war: BVA 8.1.2002, N-107/01-23.

⁵⁴³ BVA 23.01.2008, N/0125-BVA/10/2007-026.

⁵⁴⁴ VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181.

⁵⁴⁵ BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29.

⁵⁴⁶ BVA 20.6.1996, F-1/96-17.

⁵⁴⁷ BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20.

stehen. Das BVA entschied, dass diese Kalkulation im Widerspruch zu den Festlegungen der Ausschreibung steht.⁵⁴⁸

- 317 Laut BVA kann ein Bieter einen Einheitspreis von jeweils 1 Euro für die Regiestunde für einen Facharbeiter, einen Hilfsarbeiter und einen Elektromonteur nicht damit rechtfertigen, Lohnkosten in andere Positionen einkalkuliert zu haben, wenn aus der Ausschreibung klar hervorgeht, dass in die Position „Bereitstellung von Arbeitskräften“ alle Lohnbestandteile einzukalkulieren sind.⁵⁴⁹ Diese Rechtfertigung widerspricht den Vorgaben der Ausschreibung und darüber hinaus ist der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt.

Im soeben erwähnten Urteil⁵⁵⁰ hatte das BVA noch über ein weiteres Problem zu befinden: Der Auftraggeber hatte eine Position in seine Ausschreibung aufgenommen, aus der ersichtlich sein sollte, mit welchem Aufschlag ein Bieter Baustofflieferungen oder Fremdleistungen weiterverrechnet. Verrechnungseinheit war laut Ausschreibung eine Währungseinheit, also 1 Euro, den der Auftragnehmer für einzusetzendes Material oder eine Fremdleistung zahlen muss. Aus dieser Position sollte konkret hervorgehen mit welchem Betrag diese Rechnung dem Auftraggeber weiterverrechnet wird. Dies wird auch durch ein im Ausschreibungstext enthaltenes Beispiel verdeutlicht. Im gegenständlichen Angebot wurde kein Aufschlag verrechnet, sondern wurde 1 Euro an Ausgaben mit 0,12 Euro verrechnet. Dies widerspricht den kalkulatorischen Vorgaben des Auftraggebers und kann laut BVA nicht durch günstige Einkaufspreise gerechtfertigt werden. Diese wirken sich nämlich auf Ebene der Verrechnungseinheiten, nicht jedoch auf Ebene des Einheitspreises aus. Das zur Rechtfertigung vorgebrachte Argument eines strategischen Preisnachlasses ist von den Kalkulationsvorschriften der Ausschreibung nicht erfasst. Ganz im Gegenteil ergibt sich, dass der Bieter auch die besonders günstig auf Lager liegenden Waren weit unter ihrem Einstandspreis anbietet. Somit entschied das BVA, dass das Angebot gegen die Kalkulationsvorschriften der Ausschreibung verstößt und darüber hinaus der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt ist.

- 318 Das BVA entschied auch im folgenden Fall auf das Vorliegen eines widersprechenden Angebots:⁵⁵¹ Der Auftraggeber legte in seinen bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen fest, dass Freitage und Samstage volle Arbeitstage sind und der Auftragnehmer ohne gesonderte Vergütung für den ganztägigen Arbeitseinsatz auf der Baustelle Sorge zu tragen und diverse Überstundenzuschläge in die Einheitspreise einzukalkulieren hat. Eine Bieterin hatte nun in ihrem Begleitschreiben darauf hingewiesen, dass die Arbeitszeiten auf der Baustelle von Montag bis

⁵⁴⁸ BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29.

⁵⁴⁹ BVA 15.7.2005, 17N-56/05-33.

⁵⁵⁰ BVA 15.7.2005, 17N-56/05-33.

⁵⁵¹ BVA 2.5.2007, N/0021-BVA/13/2006-37.

Donnerstag von 7.00 bis 17.00 und am Freitag von 7.00 bis 13.00 sind. Sie verwies weiters auf gesetzliche Ruhezeiten, die 40 Stunden Woche und die Regelung, wonach jeder zweite Freitag frei ist, sowie darauf, dass Mehrarbeiten mit entsprechenden Zuschlägen geltend gemacht werden müssen. Trotz dieses Verweises auf die geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen ging die bestandsfeste Ausschreibung vor (siehe dazu ausführlich Kapitel II.B.). Somit widersprachen die Ausführungen des Begleitschreibens den Ausschreibungsbedingungen, weshalb das Angebot auszuscheiden gewesen wäre.

- 319 Eine Auftraggeberin hatte bei der Ausschreibung eines Lieferauftrags zur Beschaffung von 20.000 Stück Wollpullover eine genaue Beschreibung der Qualität der Körper- und Ärmelteile beigefügt. Gemäß dieser sollte das Flächengewicht $400 \text{ g/m}^2 (\pm 5\%)$ betragen. Berücksichtigt man die Toleranz musste sich das Flächengewicht somit zwischen 380 und 420 g/m^2 bewegen. Das von der Bieterin vorgelegte Mustermaterial hatte allerdings nur ein Gewicht von 353 g/m^2 . Somit wurde das Mindestgewicht nicht erreicht und das Angebot wäre als widersprechendes Angebot auszuscheiden gewesen. Weiters hatte die Auftraggeberin eine Reihendichte von 61 Reihen/10 cm und eine Stäbchendichte von 56 Stäbchen/10 cm vorgeschrieben, aus der sich eine Sollmaschendichte von 3416 Maschen pro dm^2 ergab. Die Maschendichte des von der Bieterin angebotenen Pullovers betrug 3720 Maschen pro dm^2 . Obwohl die Bieterin somit eine höhere Maschendichte anbot, betonte das BVA in diesem Zusammenhang, dass zahlenmäßig festgesetzte Vorschreibungen in der Leistungsbeschreibung keinen Interpretationsspielraum zulassen. Daher wäre das Angebot auch aus diesem Grund auszuscheiden gewesen.
- 320 Immer wieder kam es in älteren Entscheidungen zu der Konstellation, dass die eine Seite auf geltende ÖNORMEN und die andere Seite auf die Geltung eigener Vertragsbestimmungen, welche nicht mit den ÖNORMEN in Einklang zu bringen waren, verwies.
- 321 In einer (älteren Entscheidungen immer wieder zu Grunde liegenden) Konstellation hatte der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen für einen Auftrag über Glaserarbeiten die Geltung einer bestimmten ÖNORM vorgeschrieben und die Beilagen zu Bestandteilen des Angebots erklärt. Ein Bieter hatte nun in einem Begleitschreiben auf die Geltung eigener Vertragsbedingungen verwiesen, die insbesondere hinsichtlich der Folgekosten, der Gewährleistung, der Kreditversicherung und des Eigentumsvorbehalts abweichend zur ÖNORM geregelt waren. Das BVA prüfte nun der Reihe nach die einzelnen Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit miteinander. Das Ergebnis sah folgendermaßen aus:⁵⁵²

⁵⁵² BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10.

- Die ÖNORM regelte beispielsweise, dass der Auftragnehmer in der Regel bis zur Übernahme die Gefahr für seine Leistung trägt. Die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit ist an schuldhaftes Zufügen eines Schadens gekoppelt. Im Begleitschreiben wurden Folgekosten, die aus bei der Produktion und beim Transport unvermeidlichen Ausfällen durch Bruch oder Fehler resultieren, abgelehnt. Diese Regelung weicht nun sowohl von der in der ÖNORM genannten Gefahrtragungsregel (dahingehend, dass der Auftragnehmer die neuerliche Herstellung von auf dem Transport beschädigter Ware auf seine Kosten ablehnt) als auch der Schadenersatzregelung (dahingehend, dass die Haftung für Mangelfolgeschäden grundsätzlich und damit verschuldensunabhängig abgelehnt wird) ab.
- Weiters hatten die Ausschreibungsbestimmungen (wenn nicht anders angegeben) die von der Bundesinnung der Glaser herausgegebenen Technischen Richtlinien für das Glaserhandwerk und die Verarbeitungsrichtlinien des Erzeugers zum Maßstab der Gewährleistung erhoben, wohingegen der Bieter die aktuellen Verglasungsrichtlinien der UNIGLAS zur Gewährleistungsgrundlage erklärte.
- Der Auftraggeber hatte ausdrücklich erwähnt, dass die Erreichbarkeit des Verarbeitungsorts erschwert ist und der Bieter sich über die örtlichen Gegebenheiten zu informieren hat. Der Bieter hatte im Begleitschreiben die Verpflichtung, eventuell erforderliche Hebezeuge bauseits bereitzustellen einseitig auf den Auftraggeber übertragen.
- Gemäß der ÖNORM kann ein Vertragspartner eine Sicherstellung bis zur Höhe von 20 Prozent der Auftragssumme verlangen. Der Bieter legte in seinem Begleitschreiben fest, dass eine Sicherstellung durch den Auftraggeber in der vollen Auftragshöhe zu erfolgen hat.
- Die ÖNORM sah einen möglichen Eigentumsvorbehalt nur für den Fall vor, dass der Leistungsgegenstand nach Erfüllung eine bewegliche Sache darstellt. Im Begleitschreiben des Bieters war einseitig ein Eigentumsvorbehalt normiert.

Das BVA stellte in seinen Schlussfolgerungen fest, dass alle in Rede stehenden rechtlichen Bedingungen im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen stehen und das Angebot des Bieters daher zu Recht ausgeschieden worden ist.

- 322 In einem neueren Fall hatte ein Bieter seinem Angebotsbegleitschreiben eine Passage beigefügt, die nicht bloß – wie der Bieter behauptet – Kalkulationsgrundlagen offen legte, sondern eine Grundlage dafür schuf, dass über den Angebotspreis hinaus etwas verrechnet werden könnte.⁵⁵³ Die Passage lautete: „*Sollten [sic] die Arbeitszeit von täglich 8 Stunden überschritten werden,*

⁵⁵³ BVA 25.5.2009, N/0034-BVA/08/2009-39; N/0043-BVA/08/2009-25.

wären die zusätzlich anfallenden Stunden nach ausdrücklicher Rücksprache mit dem AG in Regie abzugelten.“ Das BVA legte diese Erklärung des Bieters gemäß § 915, 2. Halbsatz ABGB aus und kam zu dem Schluss, dass das Begleitschreiben dahingehend zu bewerten ist, dass sich der Bieter damit eine Willenserklärung zurechnen lassen muss, mit der er ausgesagt hat, dass eine bloße Rücksprache, also eine bloße Kontaktaufnahme mit dem Auftraggeber – ohne diesbezügliche Zustimmungserfordernis durch den Auftraggeber – ausreichen würde, um über eine anzubietende Tagespauschale pro Probenehmer hinaus auf Stundensatzbasis mehr als den Angebotspreis verrechnen zu können, wenn der fragliche Probenahmetag im Auftragsfalle eben länger als acht Arbeitszeitstunden dauern sollte.⁵⁵⁴ Dies widerspricht dem Text einer Leistungsposition, wonach eine Pauschale als Produkt aus Anzahl des Tagsatzes pro Probenehmer und aus der Anzahl der Probenahmetage den Positionspreis je Verdachtsfläche des Loses auszupreisen ist; und gerade keine zusätzliche Abrechnung nach tatsächlich am Probentag geleisteten Arbeitsstunden bei dieser Position stattfinden soll. Durch diesen Vorbehalt einer Mehrabrechnung über den Positionsangebotspreis hat der Bieter ein den Vorgaben der Ausschreibung widersprechendes Angebot gelegt, weshalb er zu Recht ausgeschieden wurde.

323 Der UVS Burgenland⁵⁵⁵ hatte den Fall zu beurteilen, dass ein Bieter seinem Angebot eine Projektbeschreibung mit Ergänzungen beilegte und diese zum Bestandteil seine Angebots erklärte. In dieser Projektbeschreibung war die Einrichtung einer Projektgruppe vorgesehen und Änderungen des Leistungsumfanges an die Zustimmung der gemeinsam von dem Bieter und der Auftraggeberin zu besetzenden Projektleitung gebunden. Dadurch wurde die Vertragslage wesentlich verändert, da statt einer einseitigen Anordnungsmöglichkeit der Auftraggeberin ein Zustimmungsvorbehalt der Antragsgegnerin vorgesehen ist. Ferner wurde in der Projektbeschreibung die Einhaltung des umfangreichen, von der Auftraggeberin vorgegebenen Terminplans von wesentlichen Mitwirkungspflichten der Auftraggeberin abhängig gemacht. Außerdem machte die Projektbeschreibung die Ausführungsplanung von der gemeinsamen Erarbeitung eines Pflichtenheftes abhängig und räumt damit wiederum dem Bieter ein gleichberechtigtes Mitwirkungsrecht an der Präzisierung der erforderlichen Leistungen ein. Zudem enthielt das Angebot auch rechtliche Vertragsinhalte bezüglich Gewährleistung und Garantie, die nicht zweifelsfrei als ausschreibungskonform angesehen werden konnten. Aus all diesen Gründen lag daher ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot vor.

324 Im folgenden Fall entschied das BVA,⁵⁵⁶ dass das Angebot des Bieters zu Unrecht als widersprechendes Angebot ausgeschieden wurde. In einem Vergabeverfahren zur Beschaffung

⁵⁵⁴ BVA 25.5.2009, N/0034-BVA/08/2009-39; N/0043-BVA/08/2009-25.

⁵⁵⁵ UVS Burgenland 19.6.2009, VNP/15/2008.006/089.

⁵⁵⁶ BVA 14.11.2003, 09N-100/03-19.

von Projektoren hatte der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsbestimmungen die Angabe der garantierten Lampenlebensdauer in Stunden gefordert. Die Bieterin gab bei sämtlichen Geräten eine garantierte Lampenlebensdauer von 5.000 Stunden an. Der Auftraggeber sah in dieser Angabe eine Abweichung von den technischen Unterlagen und forderte die Angabe der tatsächlichen Lebensdauer. Die Bieterin bestätigte daraufhin ihre Angebotsangaben dahingehend, dass sie 5.000 Stunden Lampenlebensdauer für die von ihr angebotenen Geräte garantiert. Daraufhin schied der Auftraggeber das Angebot mit der Begründung, dass eine gegenüber der Herstellerangaben (4.000 Stunden) höhere Garantiezeit angeboten wurde und *„aufgrund einer vertieften Angebotsprüfung festgestellt wurde, dass für allfällige Garantieansprüche in der Kalkulation keine Vorsorge getroffen wurde“*, wodurch „ein spekulativer Preis“ vorliege. Es wurde ein Schlichtungsverfahren eingeleitet, im Zuge dessen die Bundes-Vergabekontrollkommission vorschlug, den Angebotsprüfungs- und Aufklärungsprozess zu vertiefen und nachvollziehbar zu dokumentieren. Die Bieterin erklärte, dass die tatsächliche Lebensdauer der angebotenen Lampen nach ihren Erfahrungswerten regelmäßig bei weitem über den Herstellerangaben hinausgeht. Sie verwies dabei auf den entscheidenden Umstand, dass der Hersteller selbst eine Garantie im Ausmaß von 4.000 Stunden abgegeben hat und darüber hinaus der Antragstellerin einen Sonderpreis für den Fall des Lampenausfalls zwischen 4.000 und 5.000 Stunden gewährt. Dennoch teilte der Auftraggeber der Bieterin mit, dass ihr Alternativangebot gemäß § 98 Z 5 BVergG 2003 (entspricht § 129 Abs 2 BVergG 2006) auszuschneiden ist. In der Begründung stützte er sich inhaltlich im Wesentlichen darauf, dass über die „tatsächliche Lampenlebensdauer“ nicht aufgeklärt wurde. Das BVA entschied einerseits, dass wenn der Auftraggeber entgegen seinen eigenen Ausschreibungsbestimmungen die Angabe der „tatsächlich“ anstelle der „garantierten“ Lampenlebensdauer verlangt, die Erfüllung dieser Anforderungen unmöglich sei. Andererseits widerspricht dies auch dem Gebot der Bindung des Auftraggebers an seine eigenen Ausschreibungsbestimmungen, weshalb das Angebot zu Unrecht als widersprechendes Angebot ausgeschieden wurde.

- 325 Das BVA führt in einem neueren Urteil aus, dass in dem Durchstreichen von Wörtern in Textpassagen schon nach allgemein üblichem Verständnis keineswegs – wie der Bieter behauptete – eine Präzisierung bzw Klarstellung zu sehen ist, sondern vielmehr jene Bedeutung zukommt, dass die durchgestrichenen Wörter – für den sie Streichenden – grundsätzlich keine Geltung haben sollen.⁵⁵⁷ Dies und nichts anderes wird nach langläufigem Verständnis mit dem Durchstreichen von Textpassagen vermittelt und nach außen zu erkennen gegeben. Im vorliegenden Fall entschied das BVA daher, dass der objektive Aussagegehalt des Durchstreichens der Begriffe „Schleuse, Lagerraum“ im Angebot somit dahingehend zu

⁵⁵⁷ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

verstehen ist, dass die durchgestrichenen Bereiche „Schleuse und Lagerraum“ von der Angebotserklärung des Bieters nicht erfasst sind. Zusätzlich hatte der Bieter zu den Streichungen vor das danach allein verbliebene Wort „Schießraum“ handschriftlich in Großbuchstaben das Wort „NUR“ eingesetzt. Damit hat er den sich schon aus seinen Streichungen objektiv ergebenden Bedeutungsgehalt seiner Erklärung noch verstärkt. Es blieben also keine Zweifel darüber, dass sich die Willenserklärung allein auf den Schießraum bezieht. Das BVA stellte nunmehr fest, dass der Auftraggeber als redlicher Erklärungsempfänger unter Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt die Erklärung des Bieters nur im dargestellten Sinn verstehen durfte und musste und hat darin, angesichts der Eindeutigkeit der abgegebenen Erklärung, zu Recht keine Unklarheit erblickt.⁵⁵⁸ Zusammenfassend hielt das BVA fest, dass Aufklärungsschritte vom Auftraggeber zu Recht unterlassen wurden, da in diesem Fall keine Mängelbehebung zulässig war.

- 326 In einem Verfahren zur Beschaffung von Kompaktkehrblasgeräten und Schneepflügen hatte der Auftraggeber in der Ausschreibung genaue technische Angaben zum geforderten Gerätekonzept gemacht. Das gewünschte Gerät sollte folgende Komponenten enthalten: Pflug – Vorderachse – Gebläse – Kkehrbürste gegen die Fahrtrichtung – Hinterachse – Heckblaseeinrichtung, zusammengefasst zu einem kompakten, wendigen Gerät. Der Auftraggeber hatte nun eine Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Angebots getroffen, welches ein im Baukastensystem hergestelltes Gerät offerierte, welches eindeutig über kein in der Ausschreibung gefordertes zusätzliches Gebläse vor der Kkehrbürste verfügte. Weiters enthielt das Angebot nicht die geforderten Referenzen, wonach ausschließlich Lieferungen des angebotenen Geräts anzuführen waren, welche im Umfang bzw in der Art und Weise den in der gegenständlichen Ausschreibung geforderten Geräten entsprachen und in den letzten fünf Jahren erfolgreich durchgeführt wurden. Da generell ausschließlich das Baukastensystem zum Einsatz kommt, werden in der Referenzliste Lieferungen angeführt, welche die für den gegenständlichen Vergabefall notwendigen technischen Optionen nicht berücksichtigen. Daraus geht hervor, dass es sich jedenfalls nicht um Geräte handelt, die – wie in der Ausschreibung ausdrücklich gefordert – mit dem angebotenen Gerät ident sind und deren Lieferung genau in der dem nunmehrigen Auftraggeber angebotenen Version bereits an andere Käufer innerhalb der letzten fünf Jahre erfolgte. Das BVA entschied daher, dass das Angebot, dem der Zuschlag erteilt wurde, den Ausschreibungsbestimmungen im Hinblick auf das fehlende zusätzliche Gebläse als auch auf die unzureichenden Referenzen widerspricht, weshalb die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig und daher für nichtig zu erklären sei.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

⁵⁵⁹ BVA 7.9.2004, 11N-65/04-12.

327 In einer älteren Entscheidung stellte das BVA fest,⁵⁶⁰ dass es sich beim als Alternativangebot B bezeichneten Angebot – schon alleine wegen des Anbietens eines abgeänderten Abrechnungssystems (unter anderem mit der Möglichkeit zu Teilabrechnungen) – tatsächlich um ein Alternativangebot handelt, das allerdings nicht-technischer Natur ist. Ein derartiges Alternativangebot ist jedoch nach den insgesamt zu beurteilenden Ausschreibungsunterlagen unzulässig. Das Alternativangebot B ist daher als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechend aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden. Ergänzend führte das BVA aus, dass es in der Sphäre des Auftraggebers gelegen ist, (möglicherweise irrtümlich, aber dennoch eindeutig) die Unzulässigkeit nicht-technischer Alternativangebote für das gegenständliche Verfahren zu regeln. Hätte der Auftraggeber die Zulässigkeit rechtlicher und wirtschaftlicher Alternativangebote gewollt, hätte er den seiner Sphäre entstammenden „Fehler“ in der Bekanntmachung später sanieren müssen, was eben nicht geschehen ist.

328 In einem anderen Fall⁵⁶¹ hatte der Auftraggeber in der Ausschreibung die Festlegung getroffen, dass die Baustellengemeinkosten maximal 8% des Gesamtpreises betragen dürfen. Das Angebot einer Bieterin, deren Baustellengemeinkosten 9,11% des Gesamtpreises betrugen, hätte daher vom Auftraggeber als widersprechendes Angebot ausgeschieden werden müssen.

329 Fordert die Ausschreibung eine rechtsgültige Unterfertigung des Angebots und hat ein Mitarbeiter der Kalkulationsabteilung der Bieterin unterfertigt, der weder gemäß dem Firmenbuch zeichnungsberechtigt ist noch den Nachweis einer sonstigen Vollmacht beigelegt hat, so widerspricht das Angebot der Ausschreibung.⁵⁶² Siehe zur Problematik der rechtsgültigen Unterfertigung ausführlich Kapitel V.B.

b) Problemfeld: Bieter verweist auf eigene Geschäftsbedingungen

330 Das BVA hatte in einer älteren Entscheidung⁵⁶³ den Fall zu beurteilen, dass ein Bieter sein Angebot überwiegend auf Firmenpapier gelegt hatte, wobei die Fußzeilen der einzelnen Seiten auf die Geltung der umseitigen Liefer- und Zahlungsbedingungen des Bieters verwiesen. Diese wichen in wesentlichen Punkten von den Vertrags- und Lieferbedingungen der Ausschreibung ab. In diesem Fall hatte der Bieter eindeutig durch einen Hinweis auf der Vorderseite seines Angebots zu verstehen gegeben, dass seine Vertragsbedingungen zugrunde zu legen sind. Das BVA entschied, dass ein widersprechendes Angebot vorlag, welches zwingend auszuschneiden gewesen wäre.

⁵⁶⁰ BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31.

⁵⁶¹ BVA 2.10.2003, 17N-80/03-37.

⁵⁶² BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17.

⁵⁶³ BVA 2.7.1997, N-4/97-17.

331 Im Gegensatz zu dieser Entscheidung hat der VKS Wien in einem jüngeren Fall entschieden, dass das bloße Anführen der eigenen – von den Ausschreibungsbedingungen abweichenden – allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite eines Begleitschreibens noch nicht zu einem widersprechenden Angebot führt.⁵⁶⁴ Er verweist auf Judikatur des OGH und spricht aus, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen für ihre Gültigkeit der Einbeziehung in den Vertrag bedürfen. Es müsste sich folglich ein Verweis im Vertragstext selbst (also im Angebot des Bieters) finden oder die Geltung müsse stillschweigen vereinbart worden sein. Dies ist nur anzunehmen, wenn der Vertragspartner deutlich erkennen kann, dass der Unternehmer den Vertrag nur zu seinen Vertragsbedingungen abschließen will. Doch auch in diesem Fall müsste es zumindest einen Hinweis in den Vertragsunterlagen geben. Da das Begleitschreiben des antragstellenden Bieters im vorliegenden Fall keinerlei Hinweis auf seine allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhaltete, erkannte der VKS, dass das Angebot zu Unrecht ausgeschlossen worden sei. Diese Entscheidung ist dahingehend problematisch, dass es keinen Unterschied machen sollte, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen lose in das Kuvert mit dem Angebot beigelegt, auf der Rückseite des Angebotsschreibens oder auf der Rückseite eines Begleitschreibens stehen. Legt ein Bieter seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen egal in welcher Form seinem Angebot bei, wird der Auftraggeber dies regelmäßig nur so verstehen können, dass der Bieter auch deren Geltung statuieren will. Für den Auftraggeber besteht jedenfalls das Risiko, dass ein Zivilgericht später von einer Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieters ausgeht, obwohl eine Vergabekontrollbehörde von deren Nicht-Geltung ausging. Der Auftraggeber könnte hier daher im Nachhinein von einem Zivilgericht zu einem Vertragsinhalt gezwungen werden, den er so nie beabsichtigt hatte. Dies widerspricht eindeutig der Intention des Vergaberechts. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es daher wünschenswert, dass hier eine einheitliche Linie gefunden wird, wobei das vom Vergaberecht gewünschte Ziel meines Erachtens nur erreicht werden kann, wenn die Beilegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bieter – egal in welcher Form – grundsätzlich für unzulässig erachtet wird.

332 Schließlich beschäftigte sich auch der VwGH mit dieser Problematik.⁵⁶⁵ In diesem Fall hatte der Auftraggeber in seinen bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bieters ausgeschlossen. Ein Bieter übermittelte daraufhin sein Angebot, wobei auf der Rückseite des Begleitschreibens seine Lieferbedingungen abgedruckt waren. Der Auftraggeber schloss diesen Bieter unter Verweis auf seine Festlegung in der Ausschreibung aus. Zunächst entschied der UVS Niederösterreich, dass in diesem Fall die

⁵⁶⁴ VKS Wien 20.1.2006, VKS-4037/05.

⁵⁶⁵ VwGH 19.11.2008, 2004/04/0102.

Verwendung der eigenen Lieferbedingungen zeige, dass der Bieter die Ausschreibungsunterlagen nicht genau gelesen oder nicht ernst genommen habe. Es sei *„zumindest klar, dass nicht klar ist, was Auftragsinhalt werden würde.“* Der UVS ging von Dissens aus. Im Gegensatz zur soeben geschilderten Entscheidung des VKS Wien, ging der UVS davon aus, dass die Lieferbedingungen, obwohl sie ebenso nur auf der Rückseite eines Begleitschreibens abgedruckt waren, Inhalt des Angebots des Bieters gewesen sind. Der UVS ging somit von einem unbehebbar Mangel aus und verwies zudem darauf, dass ein Kaufmann nach den im Geschäftsleben üblichen Regeln seine Lieferbedingungen dann auf der Rückseite seines Geschäftspapiers verwende, wenn er nur zu diesen abschließen möchte.

Diese Auffassung wurde vom VwGH nicht geteilt. Knackpunkt ist die Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung. Diese kann laut VwGH nach allgemeinem Sprachgebrauch nur so verstanden werden, dass derartige Auftragsbedingungen so zu behandeln sind, als ob sie nicht vorgelegt worden wären, dass sie also nicht zu beachten sind und demnach allfällige Widersprüche zwischen den Auftragsbedingungen des Auftraggebers und jenen des Anbieters keine Ausschreibungswidrigkeit zu begründen vermögen. Schließlich trifft der VwGH noch folgende wegweisende Aussage: *„Unabhängig von der Bestandskraft ist darauf hinzuweisen, dass dann, wenn der Anbieter ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen möchte, er dies **klar zum Ausdruck** bringen muss. [...] Tut er dies nicht und legt irrtümlich seine Bedingungen dem Angebot bei, so kann nicht daraus geschlossen werden, dass er damit ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot legen wollte.“* (Hervorhebungen der Autorin)

Besonders diese letzte Aussage des VwGH ist meines Erachtens höchst problematisch. Bei der Abgrenzung ob ein Widerspruch vorliegt oder nicht, soll es auf den erkennbaren Willen des Bieters ankommen, dass er ein widersprechendes Angebot legen möchte. Wie ein Bieter dies „klar zum Ausdruck“ bringen muss, lässt der Gerichtshof allerdings offen. Es entspricht wohl nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Bieter bewusst ein widersprechendes Angebot legen möchte und dies auch in seinem Angebot ausspricht. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Linie in der zukünftigen Rechtsprechung durchsetzen wird. Die Autorin ist skeptisch.

5. Fehlerhafte oder unvollständige Angebote

- 333 Da der allgemeine Begriff der Fehlerhaftigkeit als Auffangtatbestand fungiert, soll zunächst der Begriff der Unvollständigkeit erläutert werden. Ein Angebot ist **unvollständig**, wenn Unterlagen, Dokumente oder Angaben fehlen bzw wenn Teile der ausgeschriebenen Leistung nicht angeboten

werden, die laut den Ausschreibungsunterlagen oder dem Gesetz (insbesondere § 108 Abs 1) beigelegt bzw angeboten hätten werden müssen.⁵⁶⁶

334 **Fehlerhaft** sind schließlich alle Angebote, die nicht den engeren Tatbestand des den Ausschreibungsbedingungen widersprechenden oder unvollständigen Angebots erfüllen, aber dennoch in irgendeiner Weise mangelhaft sind. Es handelt sich daher – wie schon erwähnt – um einen Auffangtatbestand für alle sonstigen Angebotsmängel. Umfasst werden alle Fälle von Angeboten, die angebots- oder unternehmerbezogene Verstöße gegen das BVergG aufweisen.⁵⁶⁷

335 Besonders die Unterscheidung zwischen einem widersprechenden und sonst fehlerhaften Angebot wird in der Praxis große Probleme bereiten. Sie ist aber essentiell, da sich an diese Qualifizierung schwerwiegenden Folgen knüpfen. Wie bereits erläutert müssen widersprechende Angebote sofort ausgeschieden werden, bei fehlerhaften Angeboten muss der Auftraggeber eine Möglichkeit zur Mängelbehebung einräumen.

336 Selbst wenn die fehlende Unterscheidung zwischen fehlerhaften und unvollständigen Angeboten hingegen im Hinblick auf die Rechtsfolgen nicht so problematisch scheint, wäre dennoch eine Determinierung aus Gründen der juristischen Genauigkeit wünschenswert.

a) Beispiele zu fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten

337 Zu dieser Fallgruppe gibt es in erster Linie unstrittige Zuordnungen. Unvollständig ist beispielsweise ein Angebot, dem eine Seite des Leistungsverzeichnisses fehlt,⁵⁶⁸ dem Kalkulationsblätter nicht beigelegt wurden,⁵⁶⁹ dessen Gesamtpreis nicht berechenbar ist, weil nicht alle Positionen ausgepreist wurden,⁵⁷⁰ das bei einem Auftrag über die Lieferung und Montage einer Klimaanlage die Bauleistungen nicht mit anbietet.⁵⁷¹

338 In einem Fall⁵⁷² behauptete der Auftraggeber die Bieterin hätte ein unvollständiges Angebot abgegeben. Das BVA stellte fest, dass die Bieterin in einem Schriftsatz die vollständig ausgefüllte Seite 65 (Schlussblatt des Leistungsverzeichnisses) vorgelegt hatte, was dem Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gebracht wurde. Dieser konnte keine weiteren Beweismittel vorbringen, vielmehr widersprachen seine Behauptungen seinem eigenen Prüfbericht, wonach das Angebot rechtsgültig unterfertigt und vollständig ausgefüllt worden ist.

⁵⁶⁶ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 77.

⁵⁶⁷ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 78.

⁵⁶⁸ VKS Wien 15.3.2007, VKS-402/07.

⁵⁶⁹ Siehe grundsätzlich die Entscheidung BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, auch wenn in diesem Fall wegen der unangefochten gebliebene Ausschreibung das Fehlen rechtswidrig als unbehebbarer Mangel angesehen wurde.

⁵⁷⁰ BVA 22.1.2007, N/0096-BVA/13/2006-68.

⁵⁷¹ BVA 27.6.2006, N/0038-BVA/04/2006-28.

⁵⁷² BVA 3.10.2007, F/0001-BVA/12/2007-23.

Das BVA entschied, dass das Angebot nicht unvollständig war, aber die Mindestanforderungen des BVergG nicht erfüllte, da die Prüfung der Angebote und die – auf deren Grundlage erfolgte – Wahl des Angebotes für den Zuschlag an ein und demselben Tag erfolgt ist. Dies ungeachtet des Umstandes, dass der Auftraggeber – aufgrund der festgestellten Mängel im Angebot der Zuschlagsempfängerin – zur Einleitung eines Mängelbehebungsverfahrens iSd § 126 BVergG verpflichtet gewesen wäre.⁵⁷³

339 In einem vom VKS Wien⁵⁷⁴ zu beurteilenden Fall hatte der Bieter die Baustellengemeinkosten nicht – wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert – separat angeboten, sondern in die einzelnen Positionspreise aufgenommen. Der VKS spricht zu diesem Fall aus, dass der Bieter grundsätzlich nur dann von dieser Kostenumlage Gebrauch machen darf, wenn im Leistungsverzeichnis keine eigene Position für Baustellengemeinkosten enthalten ist. Im gegenständlichen Fall hatte der Auftraggeber eine entsprechende Position in das Leistungsverzeichnis aufgenommen, somit wäre der Bieter verpflichtet gewesen auch diese Position zu benennen. Da er dies – auch nach Aufforderung zur Verbesserung – nicht getan hatte, war sein Angebot unvollständig und somit zu Recht ausgeschieden worden. Bemerkenswert ist die fehlende Differenzierung nach dem Mangel des Angebots. Zunächst stellt der VKS fest, dass die Antragstellerin nicht nur ein unvollständiges Angebot abgegeben hat, sondern dass auch keine plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises angenommen werden kann. Etwas weiter im Urteil stellt das Gericht noch fest, dass der von der Antragstellerin vertretene Standpunkt nicht nur im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen steht (was offenbar für die Annahme eines widersprechenden Angebotes spricht), sondern auch betriebswirtschaftlich verfehlt ist. Diese Vorgangsweise zeigt, dass das Gericht keinen Grund zur Differenzierung der einzelnen Tatbestände des § 98 Z 8 BVergG 2002 (Vorgängerbestimmung zu § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006) sieht. Der Grund liegt wohl darin, dass die Lehre teilweise davon ausging, dass diese Bestimmung in ihren Rechtsfolgen nicht zwischen den Fallgruppen unterscheidet.⁵⁷⁵ Dennoch wäre es im Sinne der Nachvollziehbarkeit und der juristischen Präzision wünschenswert, dass ein Gericht genau den Tatbestand benennt, unter den es subsumiert hat.

340 Weiters handelt es sich um eine Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit des Letztangebots, wenn dieses entgegen den Wünschen des Auftraggebers und entgegen den Ausschreibungsunterlagen nur 24 Monate Garantie/Gewährleistung anbieten wollte.⁵⁷⁶ Selbst, wenn das Angebot eine „Option“ auf die geforderten 36 Monate Garantie/Gewährleistung (optional warranty) enthielt, allerdings ohne einen Preis dafür zu nennen.

⁵⁷³ BVA 3.10.2007, F/0001-BVA/12/2007-23.

⁵⁷⁴ VKS Wien 20.4.2006, VKS-1035/06.

⁵⁷⁵ Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 402f.

⁵⁷⁶ BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 und N/0117-BVA/08/2007-42.

341 Interessant ist zuletzt noch ein Blick auf die europäische Rechtsprechung zum Fehlen eines Positionspreises. Während die österreichische Rechtsprechung in diesem Fall von einem unvollständigen Angebot ausgeht, ist die europäische Rechtsprechung weniger streng. In einem Fall, den das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) zu entscheiden hatte, hatte die bestandsfeste Ausschreibung bei fehlenden Preisen einen Ausschluss des Angebots vorgesehen. Dennoch ist das Gericht von der Behebbarkeit dieses Mangels ausgegangen. Ein Angebotsfehler sei dann behebbar, wenn der fehlende Positionspreis mit Sicherheit aus einem anderen Posten derselben Leistungsbeschreibung oder zumindest nach Klarstellung zum Inhalt des Angebots bei dessen Verfasser abgeleitet werden kann.⁵⁷⁷ Argumentiert wurde in erster Linie mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip. Die rein grammatikalische und enge Auslegung der entsprechenden Bedingung der Ausschreibung würde zur Ablehnung wirtschaftlich vorteilhafter Angebote aufgrund offenkundiger und unbedeutender sachlicher Auslassungen oder Irrtümer führen, was letztlich nicht mit dem in der Haushaltsordnung angeführten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu vereinbaren wäre.⁵⁷⁸ Siehe zum Umgang der österreichischen Rechtsprechung mit der präkludierten Ausschreibung ausführlich Kapitel II.B.

342 Der VwGH⁵⁷⁹ hatte einen sehr interessanten Fall zu entscheiden, in dem ein Bieter nicht wahrhaben wollte, dass er gegen die Ausschreibungsbestimmungen verstößt. Die Beschwerdeführerin hatte behauptet, dass die Auftraggeberin vor der Ausscheidung des Angebots dieses im Rahmen der Entscheidung über den „preferred bidder“ bewertet habe und damit zunächst das Angebot der beschwerdeführenden Partei und damit deren Abweichungen von den Ausschreibungsbedingungen „einvernehmlich“ akzeptiert habe, sodass die Auftraggeberin in der Folge nicht mehr berechtigt gewesen sei, diese Ausschreibungswidrigkeiten als Ausscheidungsgrund aufzugreifen. Konkret vertritt die beschwerdeführende Partei die Rechtsansicht, die Auftraggeberin habe durch ihr Verhalten, indem sie ihr Angebot im Rahmen der Entscheidung über den „preferred bidder“ bewertet habe, in schlüssiger Form zum Ausdruck gebracht, dass sie mit den Abweichungen ihres Letztangebotes von den Ausschreibungsbedingungen hinsichtlich der in der Ausschreibung verlangten 36-monatigen Garantie für die Anlagenverfügbarkeit einverstanden sei. Der VwGH betont nun, dass gerade bei der Annahme eines stillschweigenden Verzichts besondere Vorsicht geboten ist und stellt im Ergebnis fest, dass diese Rechtsansicht nicht aus dem Verfahren abgeleitet werden kann. Weiters könne der Auftraggeberin eine solche schlüssige Willenserklärung schon deshalb nicht unterstellt werden, weil sie in der Ausschreibung ausdrücklich Gegenteiliges festgelegt hat. Wegen des

⁵⁷⁷ EuG 10.12.2009, T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken* Rz 63.

⁵⁷⁸ EuG 10.12.2009, T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken* Rz 65.

⁵⁷⁹ VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232, 2007/04/0233. Vgl bestätigte E des BVA 7.12.2007, N/0087-BVA/08/2007-257.

Fehlens der in der Ausschreibung verlangten 36-monatigen Garantie betreffend die Verfügbarkeit der Gesamtanlage war das Angebot nicht ausschreibungskonform und wurde daher zu Recht als den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot ausgeschieden. Da bezüglich der letzten 12 Monate zur Erreichung der geforderten 36 Monate Garantie kein konkreter Preis genannt war, war das Angebot der Antragstellerin nicht verbesserungsfähig unvollständig. Im Ergebnis hat der VwGH die Bescheide des BVA⁵⁸⁰ bestätigt.

b) Verbesserungsmöglichkeit

343 Für diese Fallgruppe des § 129 Abs 1 Z 7 gilt der Halbsatz, der die Möglichkeit einer Mängelbehebung vorsieht. Diese Bestimmung geht davon aus, dass es behebbare und unbehebbar Mängel geben kann. Leider findet sich im BVergG zu dieser heiklen Abgrenzung kaum ein Anhaltspunkt. Klar ist nur, dass bei Vorliegen eines unbehebbar Mangels das Angebot ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden ist.⁵⁸¹ Selbst wenn der Auftraggeber den Bieter zur Verbesserung eines unbehebbar Mangels auffordert und der Bieter diese auch vornimmt, kann der Mangel nicht als behoben gelten. Dies untermauert der VwGH mit seiner Entscheidung zum steiermärkischen Vergaberecht.⁵⁸² Das Steiermärkische Vergaberecht sah für das Vorliegen eines widersprechenden Angebots zwingend die Ausscheidung vor. Diese Vorschrift entspricht der Regelung des BVergG, weshalb diese Entscheidung als Beispiel herangezogen werden kann. Der VwGH schließt aus dieser Bestimmung, dass es demnach nicht in der Disposition des Auftraggebers steht von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen. Somit kann allein deshalb, weil der Auftraggeber von einer formalen Ausscheidung Abstand genommen hat, ein zwingend auszuschneidendes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot werden, dem der Zuschlag erteilt werden kann (siehe hierzu bereits Kapitel II.A.).⁵⁸³ Daraus kann geschlossen werden, dass auch im Wege einer Mängelbehebung aus einem unbehebbar Mangel kein behobener Mangel werden kann.⁵⁸⁴ Auch das BVA geht davon aus, dass es grundsätzlich nicht in der Disposition des Bieters liegt, einen Mangel als behebbar oder unbehebbar zu definieren, sondern vielmehr ein objektiver Maßstab anzulegen ist.⁵⁸⁵

⁵⁸⁰ BVA 7.12.2007, N/0087-BVA/08/2007-257; BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 u N/0117-BVA/08/2007-42.

⁵⁸¹ BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10.

⁵⁸² VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050.

⁵⁸³ BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20; BVA 27.4.2007, N/0030-BVA/07/2007-43; BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41; VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039.

⁵⁸⁴ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 79

⁵⁸⁵ BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39 unter Verweis auf BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53 (Mecenovic).

- 344 Liegt hingegen ein behebbarer Mangel vor, ist eine Verbesserung möglich. Der Auftraggeber muss dem Bieter gemäß den Vorgaben des **Aufklärungsverfahrens** (§ 126) die Gelegenheit zur Verbesserung des Angebots mangels geben. Hier auferlegt das Gesetz dem Auftraggeber eine Pflicht. Bei einem behebbaren Mangel liegt es nicht im Ermessen des Auftraggebers, ob er die Möglichkeit zur Mängelbehebung einräumt. Scheidet ein Auftraggeber ein Angebot mit einem behebbaren Mangel ohne vorherige Aufforderung zur Verbesserung aus, ist diese Ausscheidensentscheidung rechtswidrig.⁵⁸⁶
- 345 Das Verhältnis zwischen § 129 und § 126 stellt sich folgendermaßen dar: § 126 regelt das Verfahren, dessen Ergebnisse die Entscheidungsgrundlage für den Auftraggeber bieten, ob er ein Angebot gemäß § 129 ausscheiden oder in die nächste Stufe des Vergabeverfahrens – die Angebotsbewertung – aufnehmen muss. Zweck dieses Aufklärungsverfahrens ist somit einerseits, dem Auftraggeber alle nötigen Sachverhaltsinformationen zu liefern, die er für eine Ausscheidensentscheidung benötigt, andererseits wird dem Bieter Gehör zu Fragen in Zusammenhang mit Unklarheiten und Mängeln seines Angebots eingeräumt.⁵⁸⁷ Somit trägt diese Bestimmung auch dem Bieterschutz und der europäischen Rechtsprechung Rechnung.⁵⁸⁸ Macht der Bieter aber von seinen Rechten keinen Gebrauch, so wird gemäß § 129 Abs 2 die unterlassene Aufklärung durch den Bieter mit dem Ausscheiden seines Angebots sanktioniert.
- 346 Es sei hier noch darauf hingewiesen, dass das BVergG auch andere – teilweise bereits erwähnte – Aufklärungsverfahren kennt.⁵⁸⁹
- 347 Neben der zwingenden schriftlichen Aufklärung bei der vertieften Angebotsprüfung regelt § 127, dass im offenen und nicht offenen Verfahren nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- und Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig sind.⁵⁹⁰ Diese Aufklärungsgespräche sind kommissionell zu führen und die Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.⁵⁹¹ Das Verhältnis zwischen der von § 126 vorgeschriebenen Aufklärung und den Bestimmungen des § 127 gestaltet sich folgendermaßen:

⁵⁸⁶ Siehe zB schon zum BVergG 1997: BVA 4.2.2004, N-49/00-40.

⁵⁸⁷ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 2.

⁵⁸⁸ Die zwingende Einräumung des Rechts des Bieters auf Gehör und die Pflicht des Auftraggebers vor einem Ausscheiden des Angebots mit dem Bieter Rücksprache zu halten, ist wichtiger Bestandteil der europäischen Rechtsprechung. Siehe zB EuGH 10.2.1982, Rs 76/81, *Transporoute*; EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini*; EuGH 16.10.1997, Rs C-304/96, *Hera*.

⁵⁸⁹ Beispielsweise § 125 Abs 3 (vertiefte Angebotsprüfung bei bestimmten ungewöhnlichen Preisen), § 70 Abs 3 (Aufforderung zur Vervollständigung der Bescheinigungen zum Nachweis der Eignung) oder § 127 (siehe sogleich).

⁵⁹⁰ § 127 Abs 1.

⁵⁹¹ § 127 Abs 2.

Erfolgt ein Mängelbehebungsauftrag gemäß § 126 Abs 1, muss in weiterer Folge auch auf Abs 2 Bedacht genommen werden, welcher unter anderem auf § 127 verweist. Weiters darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Vergabegrundsätze nicht verletzen. Das BVA führte dazu in einer Entscheidung aus, dass eben der Wortlaut dieser Bestimmung darauf abstellt, dass – bei etwaigen Unklarheiten – eine Aufklärung im Sinne des § 127 Abs 1 möglich scheint und somit nicht von vornherein unzulässig ist.⁵⁹²

348 Gemäß dieser Bestimmungen hat der Auftraggeber die Angaben des Bieters zu überprüfen, dass BVA geht aber grundsätzlich – *Gölles* folgend – davon aus, dass keine Pflicht zur misstrauischen Hinterfragung aller eigenen Angaben des Bieters oder Bewerbers besteht. Wenn aber konkrete Zweifel bei der Eignungsprüfung (die mit pflichtgemäßer Sorgfalt zu erfolgen hat) bestehen, ist die Richtigkeit der Eigenangaben (beispielsweise zu Referenzen) eines Bewerbers oder Bieters sorgfältig zu prüfen.⁵⁹³

349 Ziel der Aufklärung ist es, die Unklarheiten bzw Mangelhaftigkeit des Angebots zu beseitigen. Dementsprechend hat der Bieter die Aufklärung so vollständig und detailliert zu geben, dass mit der Aufklärung das Angebot des Bieters von Unklarheiten oder verbesserungsfähigen Mängeln bereinigt ist.⁵⁹⁴

350 Aus dem bereits Gesagten ergibt sich, dass ein gewisses Spannungsfeld zwischen dem Verhandlungsverbot und der zulässigen Aufklärung durch den Bieter besteht. Der OGH⁵⁹⁵ äußert sich zu dieser Frage folgendermaßen: Bietergespräche nach Angebotsöffnung könnten den Zweck der ganzen Wettbewerbsveranstaltung konterkarieren. Nachträgliche Bietergespräche zerstören vor allem die machtnutralisierende Funktion des organisierten Vergaberechtes. Trotz des grundsätzlichen Verhandlungsverbots seien Auskünfte und Aufklärungen des Auftraggebers über angebots- und bieterbezogene Umstände unentbehrlich und daher zulässig. Ob jedoch einem Bieter die Möglichkeit zur Mängelbeseitigung überhaupt gewährt werden solle, werde dann fraglich, wenn man bedenkt, dass der geschickte Einbau von Mängeln („Irrtümern“) ein ideales Manipulationsinstrument für den Bieter darstellen könnte. Als Ausnahme vom Verbot der Bietergespräche müsse aber der Kreis zulässiger Verbesserungen und damit der Begriff des behebbaren Angebotsmangels jedenfalls durch die Teleologie des Verhandlungsverbotes begrenzt werden. Zum einen sollten Aufklärungsverhandlungen über mangelhafte Angebote nur soweit zulässig sein, als sie die Wettbewerbslage nicht beeinflussen; zum anderen dürfe nicht bei jedem

⁵⁹² BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29.

⁵⁹³ BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29 unter Verweis auf *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 51 Rz 48.

⁵⁹⁴ BVA 25.6.2004, 14F-11/03-39; *Hahn*, Bundesvergabegesetz 2002, Kommentar (2002) E.2 zu § 94 Abs 1.

⁵⁹⁵ OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a.

Mangel, der Gegenstand von Aufklärungsverhandlungen war, die Möglichkeit der Verbesserung eingeräumt werden. Vielmehr müsse die Vergabestelle berücksichtigen, dass ein Angebot trotz erfolgter Aufklärung ausgeschieden werden muss, wenn die Mangelbehebung die Wettbewerbslage nachteilig verändert.

- 351 Erkennt der Auftraggeber das Vorliegen eines behebbaren Mangels, so muss er Aufklärung und eine Behebung des Mangels verlangen. Eine Zuschlagsentscheidung zugunsten eines mangelhaften Angebots entspricht jedenfalls nicht dem Gesetz und wird vom VwGH für nichtig erklärt.⁵⁹⁶ Diese Entscheidung ist dahin gehend zu kritisieren, dass der Gerichtshof ausspricht, dass eine Behebung des Mangels (Nachreichung eines den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Datenträgers) die Wettbewerbsstellung nicht verbessern würde, was bedeutet, dass der VwGH von einer Behebbarkeit des Mangels ausgeht. Dennoch wird die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt, da der Auftraggeber unterlassen hat vom Bieter Aufklärung und eine Behebung des Mangels zu verlangen. Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber das Angebot – rechtmäßiger Weise – bereits berichtet, es stellt sich laut *Hackl* die Frage, worin eine Aufklärung durch den Bieter noch bestehen könnte.⁵⁹⁷

c) Formeln zur Behebbarkeit

- 352 Mit der Aufklärung und somit Behebbarkeit von Mängeln beschäftigt sich – wie bereits erwähnt – § 126: *„Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot [...] oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter schriftliche Aufklärung zu verlangen.“* Diese Bestimmung unterscheidet offenbar zwischen Unklarheiten und Mängeln und ordnet an, dass in beiden Fällen Aufklärung zu verlangen ist.
- 353 **Unklarheiten** über den Angebotsinhalt bestehen, wenn der objektive Erklärungswert des Angebots nicht eindeutig ist und auch nicht mit Hilfe der zivilrechtlichen Interpretationsmethoden ermittelt werden kann.⁵⁹⁸ Ist der Inhalt des Angebots klar oder eindeutig zu ermitteln, liegt keine Unklarheit vor, die einer Aufklärung bedürfte.⁵⁹⁹ Der Inhalt einer eventuell trotzdem erbrachten nachträglichen Bieteraufklärung wäre in solch einem Fall unerheblich.⁶⁰⁰ *Öhler/Schramm*⁶⁰¹ plädieren aus gutem Grund dafür, den Begriff der Unklarheit weit zu verstehen und jede Art von Frage zu erfassen, die für eine Entscheidung des

⁵⁹⁶ VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111.

⁵⁹⁷ *Hackl*, ZVB 2007, 355.

⁵⁹⁸ Vgl auch BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31. Siehe auch Kapitel II.C.

⁵⁹⁹ BVA 9.7.2004, 08N-54/04-84; BVA 15.12.2004, 17N-106/04-19.

⁶⁰⁰ Vgl zuletzt BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁰¹ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 8.

Auftraggebers über das Ausscheiden des Angebots relevant sein könnte. Sie begründen dieses weite Verständnis mit dem Zweck der Norm, der darauf gerichtet ist, alle erforderlichen Sachverhaltsinformationen zu gewinnen, um eine Entscheidung über das Ausscheiden treffen zu können.

- 354 Es soll nochmals betont werden, dass das Aufklärungsverfahren des § 126 dann und nur dann zur Anwendung kommt, wenn auch tatsächlich eine Unklarheit oder ein Mangel vorliegt. Kann keine Unklarheit festgestellt werden, kann sich der Bieter in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren nicht darauf berufen, dass vor dem Ausscheiden seines Angebots ein Aufklärungsverfahren durchgeführt hätte werden müssen, denn die Verpflichtung des Auftraggebers zu Einholung von Auskünften ist an das Erfordernis einer bestehenden Unklarheit über das Angebot (oder an einen festgestellten Mangel) geknüpft.⁶⁰²
- 355 Bei genauerer Betrachtung unter Zusammenschau des § 126 mit § 129 Abs 1 Z 7 ergibt sich, dass neben der Aufklärung von Unklarheiten auch die Aufklärung von **behebaren Mängeln** vorgesehen und zulässig ist. Nimmt der Auftraggeber in einem der beiden Fälle keine Schritte zur Mängelbehebung vor, geht das BVA davon aus, dass die Prüfung der Angebote nicht ordnungsgemäß beendet wurde.⁶⁰³
- 356 Selbst wenn zunächst ein scheinbar behebbarer Mangel vorliegt, kann und muss der Auftraggeber dieses Angebot ausscheiden, wenn er nach der erfolgten Aufklärung zu dem Schluss kommt, dass eine Zulassung des Angebots die Wettbewerbslage nachteilig verändern könnte.⁶⁰⁴
- 357 Stellt der Auftraggeber einen **unbehebaren Mangel** fest, so wäre eine Aufklärung nicht nur sinnlos, sondern würde im Regelfall auch zu einer rechtswidrigen Angebotsänderung führen.⁶⁰⁵ Daher ist die Abgrenzung zwischen behebaren und unbehebaren Angeboten so wichtig.
- 358 Zur Frage wann ein Mangel behebbar oder unbehebbar ist, bietet das Gesetz kaum Anhaltspunkte. Im Gesetz selbst findet sich bei der Definition des Vadiums der Passus, dass dieses verfällt, wenn der Bieter nach Ablauf der Angebotsfrist behebbare, wesentliche Mängel trotz Aufforderung des Auftraggebers schuldhaft nicht behebt.⁶⁰⁶ (Das Gesetz geht offenbar davon aus, dass es auch behebbare unwesentliche Mängel geben kann.) An zwei Stellen nennt das Gesetz ausdrücklich unbehebbare Mängel: ein solcher liegt vor, wenn der im Angebot geforderte

⁶⁰² BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31.

⁶⁰³ BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39.

⁶⁰⁴ OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a.

⁶⁰⁵ Zuletzt BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; siehe auch *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 9 mit weiteren Nachweisen in FN 7.

⁶⁰⁶ § 2 Z 32 lit a.

Nachweis über den Erlag des Vadiums nicht beigelegt wurde⁶⁰⁷ oder wenn ein gemäß der Ausschreibung unzulässiges Teilangebot angeboten wird.⁶⁰⁸ Die Materialien erwähnen einen weiteren Fall eines unbehebbar Mangels: wird bei einem elektronisch eingereichten Angebot dieses ohne einen formgerechten Angebotshauptteil eingereicht, so handelt es sich um ein fehlerhaftes bzw unvollständiges Angebot, dessen Mangel unbehebbar ist.⁶⁰⁹

- 359 In der Lehre finden sich Ansätze zur Frage, wann ein Mangel behebbar oder eben nicht behebbar ist. *Kropik* geht davon aus, dass ein Mangel behebbar ist, wenn es sich um ein zivilrechtlich bindendes Angebot handelt und die Mängelbehebung weder den Wert noch den Preis der Leistung ändert.⁶¹⁰
- 360 Zentrale Bedeutung in Zusammenhang mit der Frage der Behebbarkeit von Mängeln, hat die bereits vor 25 Jahren entwickelte, so genannte *Aicher-Formel*, die mittlerweile von der ständigen Rechtsprechung⁶¹¹ vollinhaltlich übernommen wurde und auch unstrittig von der Lehre akzeptiert wird.⁶¹² *Aicher* geht davon aus, dass Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung – im Sinne einer Verbesserung – der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können.⁶¹³
- 361 In Ergänzung der *Aicher-Formel* stellt der VwGH⁶¹⁴ (sowie das BVA in zahlreichen Entscheidungen unter Verweis auf die VwGH-Judikatur)⁶¹⁵ nunmehr darauf ab, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung eines Bieters gegenüber seinen Mitbieter (wenn auch nur mittelbar) **materiell verbessert** würde. Eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung könnte insofern eintreten, als nicht alle Bieter nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen würden, um ihre Angebote auszuarbeiten. Ein Bieter, der unzulässigerweise einen Mängelbehebungsauftrag erhält, hat somit de facto mehr Zeit zur Ausarbeitung seines Angebots als die anderen Bieter. Während diese

⁶⁰⁷ § 86.

⁶⁰⁸ Siehe § 106 Abs 3 und die Parallelbestimmung § 255 Abs 3.

⁶⁰⁹ 1171 BlgNR 22. GP 12.

⁶¹⁰ *Kropik*, Mängel in Angeboten² 67ff; VKS Wien 2.8.2001, K 473/01, ZVB 2002, 169 (*Haunold*).

⁶¹¹ VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037; VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186; VKS Wien 26.11.2004, VKS-6597/04, RPA 2005, 74 (*Madl*); BVA 14.5.2003, 05N-36/03-29; BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10; BVA 21.11.2005, 03N-94/05-21; BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32; BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36; BVA 23.12.2008, N/0125-BVA/10/2007-026; OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a.

⁶¹² *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 404; *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 82; *Schramm* in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 35 (45); *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 98 Rz 104; *Heid/Hauck/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht 204; *Elsner*, BVergG 2006 Rz 210; *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 121.

⁶¹³ *Aicher* in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts 278f, 362, 411.

⁶¹⁴ VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186.

⁶¹⁵ Zuletzt BVA 20.12.2007, N/0111-BVA/03/2007-37; BVA 31.01.2008, N/0107-BVA/14/2007-60; BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16.

nämlich nur bis zum in der Ausschreibung genannten Zeitpunkt (dem Ende der Angebotsfrist) ihre Angebote bearbeiten können, könnte jener Bieter in Kenntnis aller Angebote und deren Preise sein Angebot in unzulässiger Weise abändern. Der VwGH sieht sich auch in der Rechtsprechung des EuGH bestätigt, der in einer Entscheidung⁶¹⁶ zwischen einem unerheblichen formalen und erheblichen inhaltlichen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot unterscheidet. Weiters betont der VwGH, dass diese Ansicht zur Behebbarkeit von Angebotsmängeln nicht dem Grundsatz widerspricht, dass sich alle Angebote an die Ausschreibungsunterlagen halten müssen. Würde man davon ausgehen, dass jede Mängelbehebung zu einer Änderung des Angebots führt, dürfte eine Mängelbehebung überhaupt nie in Betracht kommen. Somit wäre jede Mängelbehebung eine Änderung des Angebots, die zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung führen würde. Jede Mängelbehebung wäre quasi schon an sich ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot.⁶¹⁷ Wenn man diese Anschauung vertritt, unterstellt man dem Gesetzgeber, etwas Sinnloses normiert zu haben.

362 Es liegt somit keine relevante Verbesserung der Wettbewerbsstellung vor, wenn sich der Vorteil des Bieters aus der Verbesserung des Mangels bloß auf die Tatsache beschränkt, dass er nun nicht ausgeschieden wird. Dies stellt für sich allein keine verpönte materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung dar. Eine solche Mängelbehebung wäre lediglich eine formale Verbesserung der Wettbewerbsstellung, nämlich die Nicht-Ausscheidung des Angebots und somit der Verbleib im Vergabeverfahren.⁶¹⁸ Eine verpönte materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung liegt dann vor, wenn der Bieter die angebotenen Leistungsinhalte oder den Preis der angebotenen Leistung zu seinen Gunsten verbessern könnte.⁶¹⁹

363 Es finden sich interessante Konstellationen in der Judikatur in denen das BVA zu beurteilen hatte, ob eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung vorliegt:

364 Beispiel BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10: Dürfte ein Bieter sein Angebot nachträglich dadurch abändern, dass er ein Begleitschreiben zurücknimmt, welches Erklärungen enthält, die im Widerspruch zu den Ausschreibungsbestimmungen stehen, würde dadurch die Ausschreibungswidrigkeit des Angebots beseitigt werden. Darin läge eine wettbewerbs- und gleichbehandlungswidrige, dem Verhandlungsverbot widersprechende nachträgliche Änderung

⁶¹⁶ EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, *Wallonische Busse*.

⁶¹⁷ G. Gruber, ZVB 2004, 362 (365). Der Autor begrüßt die Rechtsprechung des VwGH und sieht darin auch eine Reaktion auf die Erfahrungen des VwGH mit Fehlern, die in Vergabeverfahren nicht nur häufig auftreten, sondern auch durch nicht immer klare Ausschreibungsunterlagen „geradezu provoziert werden“. Eine Rolle spielt seines Erachtens auch die Sorge, dass es im Nachprüfungsverfahren zu einer gegenseitigen „Fehlersuche“ der konkurrierenden Bieter kommen könnte. Beschränkt man die Unzulässigkeit einer Mängelbehebung auf die materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung so bleibt auch das legitime Ziel der Ausschreibung bestehen, nämlich den best- oder billigstmöglichen Beschaffungsvorgang zu erreichen.

⁶¹⁸ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 83.

⁶¹⁹ Latzenhofer, RPA 2004, 92 (94).

im Sinne einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Mängel behebenden Bieters. Konkret hatte ein Bieter in seinen Angebotsbestimmungen alle Begleitschreiben als Teil des Angebots qualifiziert und im späteren Verfahren behauptet, dass den Erklärungen, welche den in den Ausschreibungsbestimmungen vorgegebenen rechtlichen Vertragsbedingungen widersprechen, lediglich der Charakter rechtlich unverbindlicher Erläuterungen und Klarstellungen zum Angebot zukomme. Diesen Erklärungswert konnte das BVA nicht aus dem Angebot gewinnen und bewertete diese Behauptungen des Bieters als nicht nachvollziehbar und unzutreffend.

365 Beispiel BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31: Auch in dieser Entscheidung verweist das BVA auf die einschlägige Rechtsprechung des VwGH und das dort herangezogene Kriterium der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung. Die Anforderungen an das Entsorgungskonzept haben verlangt, Entsorgungspfade einschließlich der endgültigen Behandlung bzw. Verwertung der einzelnen Abfallfraktionen darzustellen. Die Antragstellerin hatte jedoch das angebotene Entsorgungskonzept mit der Darstellung des Pfades bis zu einer Zwischenlagerung und zu mechanischen Abfallbehandlungsanlagen begrenzt, obwohl die Abfallfraktionen noch einer weiteren Behandlung zugeführt werden müssten. Es sei daher zur Möglichkeit der nachträglichen Darstellung der notwendigen Entsorgungswege zu beachten, dass es sich nicht etwa nur um die fehlende Vorlage bereits vorhandener Unterlagen zum bestandenen anlagenrechtlichen Konsens handelt. Vielmehr würde dem betroffenen Bieter in Verbesserung seiner Wettbewerbsstellung zu Lasten der Mitbewerber ein zusätzlicher Zeitraum gewährt, sein Konzept zu erstellen, also beispielsweise Entsorgungswege auszuarbeiten, mit Anlagenbetreibern zu verhandeln oder Ähnliches. Daher wurde das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden.

366 Beispiel: BVA 29.7.2009, N/0061-BVA/04/2009-32: Eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung sieht die Rechtsprechung laut dieser neueren Entscheidung des BVA auch in einer pekuniären Verbesserung des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers.⁶²⁰ In diesem Fall stand in den Ausschreibungsunterlagen, dass die anzugebenden Fristen in ganzen Tagen zu berechnen sind und die Fristbemessung gemäß §§ 32 und 33 AVG zu erfolgen hat. Der präsumtive Zuschlagsempfänger hatte die Fristen jedoch nach Werktagen berechnet. Diese Fristen waren nicht zuschlagsrelevant, jedoch für die Berechnung der Pönale im Verzugsfall heranzuziehen. Das BVA spricht nun aus, dass *„im Hinblick darauf, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger – in Kenntnis seiner Reihung an erster Stelle – nunmehr die garantierte Produktions- und Lieferfrist für GOM-Sets nämlich so wählen könnte, um den Eintritt eines allfälligen Verzugsfalles hintanzuhalten, [...] [ist] davon auszugehen, dass er durch eine Mängelbehebung seine Wettbewerbsstellung gegenüber den übrigen Bietern materiell verbessern*

⁶²⁰ Rosenkranz, ZVB 2009, 342 (346).

könnte.“ Somit hätte das Angebot des präsuntiven Zuschlagsempfängers ausgeschieden werden müssen.

- 367 Beispiel VfGH 20.6.2001, B 1560/00: In dieser wichtigen Entscheidung sprach der VfGH aus, dass die Vergabekontrollbehörde die näheren Umstände des Falles in Hinblick darauf zu erheben hat, ob in concreto (im vorliegenden Fall: durch die Beteiligung an Vorarbeiten) eine relevante Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition eines Bieters stattgefunden hat. Obwohl sich der VfGH hier mit dem Ausscheidenstatbestand der Beteiligung an Vorarbeiten beschäftigt hat, haben die Aussagen zur relevanten Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition allgemeine Geltung.

Diese Entscheidung des VfGH wurde von der Lehre einhellig begrüßt.⁶²¹ Die umfangreiche Vorjudikatur des BVA hatte die geschilderte Problematik ausgewogen und differenziert danach beurteilt, ob der betroffene Bieter messbare Wettbewerbsvorteile lukrieren konnte.⁶²² Das vom VfGH teilweise aufgehobene Urteil des BVA hatte einen kategorischen Ausschluss des an Vorarbeiten beteiligten Bieters angeordnet, ohne nähere Beurteilung eines etwaig erlangten Wettbewerbsvorsprungs. *Denk* fasst präzise zusammen, dass ein Ausschluss vielmehr erst letzte Konsequenz einer für den Bieter negativen Abwägungsentscheidung ist.⁶²³

d) Unbehebbarer Mängel

- 368 Nach den allgemeinen theoretischen Ausführungen zur Abgrenzung von behebbaren und unbehebbarer Mängeln, folgen nun konkrete Beispiele aus der umfangreichen Judikatur.
- 369 Folgende Mängel hat die Rechtsprechung zum BVergG 2006 als **unbehebbar** qualifiziert: Das Nicht-Anbieten der Bauleistung bei einem Auftrag über Lieferung und Montage einer Klimaanlage.⁶²⁴ Fehlende Angaben über Umsatz, Gesamtmitarbeiterstand, technische Ausrüstung, Referenzprojekte und Schlüsselpositionen.⁶²⁵ Das Anbieten eines gebrauchten anstelle eines neuen Geräts.⁶²⁶
- 370 In einem Fall aus dem Sektorenbereich hatte die Bieterin ihrem Letztangebot keinen Preis für eine Garantie/Gewährleistung für die letzten 12 von 36 geforderten Monaten angegeben. Das

⁶²¹ *Casati*, RPA 2001, 86 (88); *Denk*, ZVB 2001, 44 (46).

⁶²² *Denk*, ZVB 2001, 44 (46).

⁶²³ *Denk*, ZVB 2001, 44 (46).

⁶²⁴ BVA 27.6.2006, N/0038-BVA/04/2006-28, weil ein nachträgliches Anbieten der Bauleistung zu einer wesentlichen Preisänderung führen würde. Der Bieter hätte den wettbewerbsschädlichen Vorteil die Preise der Konkurrenz schon zu kennen.

⁶²⁵ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 87 unter Verweis auf UVS Vorarlberg 15.6.2007, 314-003/07, wo der Bieter eine Situation herbeigeführt hatte, die einer Verlängerung der Angebotsfrist für ihn gleichkäme.

⁶²⁶ BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026.

BVA interpretierte daraus, dass die Bieterin somit entgegen den Wünschen des Auftraggebers und entgegen den Ausschreibungsunterlagen nur 24 Monate Garantie/Gewährleistung anbieten wollte.⁶²⁷

Weiters hatte die Bieterin betreffend Lieferungen aus einem Long Term Service Agreement trotz der Zusage aus der Letztverhandlungsrunde nicht exakt Delivered Duty Paid (=DDP) gemäß Incoterms 2000 angeboten, sondern nur einen Schätzbetrag für den Zoll im Letztangebot genannt. Da die Auftraggeberin aber ein Angebot DDP verlangte und gerade keine Schätzung des Preises auf Basis DDP, ist das Angebot der Bieterin unvollständig. Das BVA entschied,⁶²⁸ dass dies bei einem Letztangebot auch nicht verbesserungsfähig sei, da der Bieterin durch die Festlegung der Auftraggeberin bekannt sein musste, dass der Preis bewertet werden sollte. Durch das Unterlassen einer exakten und unstrittig abverlangten DDP-basierten Preisangabe durfte die Auftraggeberin diesbezüglich nach den Informationsverlangen aus den Letztverhandlungen auch wegen unterlassener Aufklärung berechtigt ausscheiden. Die Bieterin durfte auch deshalb berechtigt ausgeschieden werden, weil sie trotz Zusage der Nennung eines Preises für eine insgesamt 36-monatige warranty im Letztangebot diese Preisangabe gerade nicht machte. Dies unbeschadet des berechtigten Ausscheidens der Bieterin aus diesem Grund gemäß § 269 Abs 1 Z 5 (Sektorenbestimmung zu § 129 Abs 1 Z 7), weil ein insoweit zum Letztangebotstermin fehlerhaftes und unvollständiges Angebot insbesondere wegen diesbezüglicher Manipulationsgefahr nicht verbesserungsfähig ist.

- 371 Fordert der Auftraggeber dazu auf, bereits im Angebot anzugeben, welche Teile des Auftrags möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben werden, und kommt der Bieter dieser Aufforderung nicht nach, so handelt es sich um eine Unvollständigkeit des Angebots, die einen nicht behebbaren Mangel darstellt.⁶²⁹ Da der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu überprüfen, muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits namentlich feststehen.⁶³⁰ Dies wird vom BVergG⁶³¹ ausdrücklich gefordert und auch die Lehre geht davon aus, dass das „Nachschieben“ eines Subunternehmers nach Angebotsöffnung grundsätzlich unzulässig ist, ebenso wie ein Austausch durch einen besser qualifizierten

⁶²⁷ BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 u N/0117-BVA/08/2007-42.

⁶²⁸ BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 u N/0117-BVA/08/2007-42.

⁶²⁹ VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023; BVA 25.8.2004, 07N-75/04-22, ZVB 2004, 323 (*Stiefelmeyer*); UVS Stmk 25.06.2008, 44.20-1/2008.

⁶³⁰ VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023.

⁶³¹ § 47 Abs 5 BVergG 1997, § 70 Abs 2 BVergG 2002, § 108 Abs 1 Z 2 BVergG 2006. Im BVergG 2006 wurde diese Regelung neu gestaltet. Der Bieter muss nunmehr nur „erforderliche“ bzw „eignungsrelevante“ Subunternehmer jedenfalls benennen, ansonsten hat der Auftraggeber ein Wahlrecht, ob er auch Subunternehmer für unwesentliche Teile genannt haben möchte. Siehe hierzu ausführlich bei *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 83 und *G. Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 108 Rz 7ff.

Subunternehmer.⁶³² *Platzer/Öhlinger* ergänzen zutreffend, dass ein Bieter überdies ohne ein verbindliches Subunternehmerangebot für den jeweiligen Leistungsteil keinen Preis nennen könne.⁶³³ Die Rechtsprechung spricht in diesem Zusammenhang aus, dass das Vorlegen einer Preisliste des Subunternehmers mangels der Qualität als verbindliches Angebot nicht ausreicht.⁶³⁴

372 In einem Fall hatte eine Bieterin eine Mindestgewährleistungsfrist von zwei Jahren angeboten, obwohl diese laut Ausschreibung drei Jahre betragen sollte. Der VwGH entschied, dass die Verlängerung einer angebotenen Gewährleistungsfrist zweifellos zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsposition gegenüber den anderen Bietern führt und der Mangel daher unbehebbar ist.⁶³⁵

373 Der UVS Steiermark hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Bieter von der Angebotssumme eine Spende für einen Sportverein in Abzug gebracht hat.⁶³⁶ Es war fraglich, ob die als Spende bezeichnete Abzugssumme tatsächlich vom Angebotspreis abgezogen werden durfte. Die Erklärung des Bieters allein, es handle sich bei der Spende um einen Nachlass, wurde vom Auftraggeber zu Recht verworfen, weil laut UVS so für den Bieter die Möglichkeit bestünde, das Angebot durch Aufklärung in die eine oder andere Richtung aus dem Vergabeverfahren zu nehmen. Der UVS entschied, dass gerade solche nachträglichen Änderungen wie der Ersatz der Bezeichnung „Spende“ durch die Bezeichnung „Nachlass“, der die Angebotssumme erst dadurch unzweifelhaft (zu einem verbindlichen Billigstangebot) vermindern würde, die Wettbewerbsposition des Bieters nachträglich verbessert. Denn eine Spende wäre nur freiwillige Übertragung der Geldleistung und daher nicht verbindlich. Somit könnte der Bieter im Nachhinein durch die Änderung des Wortes Spende durch Nachlass seine Wettbewerbsposition zu seinen Gunsten verändern, weshalb dieser Angebotsmangel jedenfalls nicht behebbar ist.

374 In einer neuen Entscheidung hatte das BVA den Fall zu beurteilen, in dem ein Bieter unvollständige Pläne eingereicht hat. Laut Ausschreibung waren diese Pläne integrierender Angebotsteil und hatten wahrheitsgemäß und vollständig zu sein. Eine Bietergemeinschaft hatte es unterlassen, Vordächer und ein WC einzuzeichnen. Das BVA entschied, dass dieser Mangel nicht behebbar sein kann, da die Bietergemeinschaft dadurch die Möglichkeit erlangen würde,

⁶³² *Heid/Hauck/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts 170; zum BVergG 2002: *Schramm/Öhler/Pachner* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 70 Rz 31ff; zum BVergG 2006: *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 83 Rz 19.

⁶³³ *Platzer/Öhlinger*, EU-konforme Ausschreibungen² 102; ebenso *Schramm/Öhler/Pachner* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 70 Rz 34. Zum Erfordernis des Vorliegens eines verbindlichen Angebots des Subunternehmers: UVS Stmk 25.06.2008, 44.20-1/2008.

⁶³⁴ VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093; BVA 25.8.2004, 07N-75/04-22, ZVB 2004, 323 (*Stiefelmeyer*).

⁶³⁵ VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030.

⁶³⁶ UVS Stmk 13.11.2008, 44.20-3/2008-13, UVS aktuell 2009, 176.

den Planungsaufwand, der von jedem Bieter in der Angebotsfrist für die Angebotserstellung verlangt wurde, in die Phase nach Ablauf der Angebotsfrist und damit in einen Zeitraum zu verlagern, in dem die Bietergemeinschaft ihr sonstige Wettbewerbssituation auch bereits besser einschätzen kann.⁶³⁷ Ein zeitlicher Vorteil führt daher jedenfalls zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung.

375 Das BVA hatte vor Kurzem den Fall zu beurteilen,⁶³⁸ in dem ein Bieter in seinem Angebot bis zuletzt offen gelassen hatte, welche Betonart (das Leitprodukt oder ein gleichwertiges Produkt) er für den Bau eines neuen Handhabungszentrums zur Sammlung, Aufbereitung, Konditionierung und Lagerung radioaktiver Abfälle anbieten will, obwohl ein Angebot in § 2 Z 3 als Anbot einer bestimmten Leistung definiert ist. Das Angebot war daher fehlerhaft und der Mangel unbehebbar, da der Bieter im Falle der Behebung einen längeren Ausarbeitungszeitraum zur Verfügung hätte. Der Bieter könnte damit den ausschreibungskonform innerhalb der Letztangebotsfrist zu tragenden Angebotserstellungsaufwand vergaberechtswidrig in einen Zeitraum nach Ablauf der Angebotsfrist verlagern. Dies würde zu einer unzulässigen materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung führen.

376 In einer weiteren aktuellen Entscheidung hatte der Bieter zwei Personen als technisches Personal namhaft gemacht, die entgegen den bestandsfest gewordenen Ausschreibungsbestimmungen gleichzeitig als Subunternehmer nominiert waren. Das BVA qualifizierte diesen Mangel als nicht behebbar, da der Bieter durch den Austausch dieser beiden Personen durch zwei andere jedenfalls seine Wettbewerbsstellung verbessern würde, insbesondere deswegen, weil das technische Personal einer Bewertung im Rahmen des als Zuschlagskriterium festgelegten „technischen Kriteriums“ unterliegt.⁶³⁹

e) Behebbarer Mängel

377 Folgende Mängel wurden hingegen von der Judikatur als **behebbar** eingestuft: Das BVA geht davon aus, dass nicht von einem fehlenden Vadiumsnachweis gesprochen werden kann, wenn der Bieter die im Muster der als Vadium vorgesehenen Bankgarantie die Frist für die Vorlage des Vadiums von „*innerhalb von 3 Tagen*“ auf „*innerhalb von 3 Bankwerktagen*“ geändert hat, weil sich im Ergebnis die Stellung des Bieters durch diese Änderung sogar verschlechtert.⁶⁴⁰ Ebenso behebbar ist das Fehlen eines Nachweises einer zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehenden

⁶³⁷ BVA 3.9.2009, N/0079-BVA/08/2009-56.

⁶³⁸ BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52.

⁶³⁹ BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39.

⁶⁴⁰ BVA 31.1.2008, N/0107-BVA/14/2007-60. Obwohl sich der Bieter in diesem Fall entgegen § 106 Abs 1 nicht an die Ausschreibungsunterlagen gehalten hat, konnte das BVA in einer Behebung des geschilderten Mangels keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung erkennen.

Haftpflichtversicherung⁶⁴¹ oder das Fehlen anderer Nachweise zur Eignung (§§ 70ff).⁶⁴² Das Nicht-Ausfüllen des Schlussblattes des Leistungsverzeichnisses, wenn die Gesamtpreise unabänderlich feststehen.⁶⁴³ Die sehr allgemeine Angabe von Referenzen, obwohl der Auftraggeber die Daten von Ansprechpersonen und ausführliche Informationen zum Auftrag gefordert hatte.⁶⁴⁴

- 378 Die reine Vorlage von notwendigen Genehmigungen für österreichische Abfallbeseitigungsanlagen oder von notwendigen Notifizierungen ausländischer Abfallbeseitigungsanlagen ist, wenn diese tatsächlich bereits erteilt wurde, zulässig. Das Fehlen dieser Unterlagen ist daher als behebbarer Mangel zu qualifizieren, soweit es die reine Vorlage der Unterlagen und nicht deren Beschaffung an sich betrifft.⁶⁴⁵
- 379 Ebenso ist das Fehlen einer Zertifizierung, solange es bloß die fehlende Vorlage des bereits existierenden Zertifikates betrifft, ein behebbarer Mangel.⁶⁴⁶ In einem anderen Urteil geht das BVA davon aus, dass ein Ausscheiden nur nach Aufforderung zur Verbesserung in Frage kommt und ein unbehebbarer Mangel nur dann vorliegt, wenn die Behebung des Mangels zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann.⁶⁴⁷ Deshalb konnte in der Beilage einer zu alten Strafregistrauskunft kein unbehebbarer Mangel gesehen werden kann, der ein Ausscheiden des Angebots nach sich ziehen müsste.⁶⁴⁸
- 380 Wird ein Angebot zulässigerweise in dem Sinne verbessert, dass teilweise fehlende Unterlagen zum Nachweis der Zuverlässigkeit bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachgebracht werden, kann dies nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbssituation des Bieters führen.⁶⁴⁹
- 381 In einem Fall hatte eine Bieterin ein ausgefülltes und unterfertigtes Kurzleistungsverzeichnis samt den geforderten Unterlagen (mit Ausnahme eines Formblattes) abgegeben, welches die verbindliche Erklärung enthielt, die ausgeschriebene Leistung zu dem detailliert angebotenen Preis laut Kurzleistungsverzeichnis erbringen zu wollen. Die Bieterin hat daher laut VwGH⁶⁵⁰ auch die Erklärung abgegeben, die angebotene Leistung zu den in dem fehlenden Formblatt

⁶⁴¹ BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36, ZVB 2008, 19 (22) (*Mensdorff-Pouilly*).

⁶⁴² BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32.

⁶⁴³ BVA 3.10.2007, F/0001-BVA/12/2007-23, ZVB 2007, 345 (*Hofer*): Das Ausfüllen des Schlussblattes hätte durch eine Verbesserung (in concreto: eine Übertragung der bereits im Leistungsverzeichnis eingesetzten Gesamtpreise in das Schlussblatt) zu keiner Veränderung der Wettbewerbsstellung zu Gunsten der Antragstellerin führen können.

⁶⁴⁴ BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26.

⁶⁴⁵ BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39.

⁶⁴⁶ E contrario aus BVA 5.1.2004, 05N-110/03-49: die Zertifizierung bestimmter SAP-Module war zwar angekündigt, aber noch nicht gegeben, weshalb es sich um einen unbehebbarer Mangel handelte.

⁶⁴⁷ BVA 4.2.2004, N-49/00-40 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁴⁸ BVA 4.2.2004, N-49/00-40.

⁶⁴⁹ BVA 4.2.2004, N-49/00-40.

⁶⁵⁰ VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024.

enthaltenen Ausschreibungsbedingungen zu erbringen. Es kann auch nicht schaden, dass das Formblatt gesondert zu unterzeichnen war. Der VwGH hält weiters fest, dass das Formblatt auch keine vom Bieter änderbaren Bestandteile enthält, weshalb die Nachreichung des unterfertigten Formblattes – entgegen der Ansicht der belangten Behörde – zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung führt und der Mangel somit ein behebbarer ist.

382 In einer neueren Entscheidung berief sich der VwGH auf das soeben geschilderte Urteil und stellte fest, dass die Nachreichung eines den Ausschreibungsbestimmungen entsprechenden Datenträgers für sich genommen zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Bieterin geführt hätte, da dadurch das für die Bieterin bereits verbindliche Angebot nicht geändert worden wäre.⁶⁵¹

383 Der VKS Wien spricht in einer neueren Entscheidung aus, dass die Angabe eines Stückpreises statt eines Gesamtpreises unter Umständen ein behebbarer Mangel sein kann.⁶⁵² Die Besonderheit in diesem Fall war, dass der Bieter während der Angebotsöffnung mündlich auf den offensichtlichen Irrtum hinwies und diesen somit quasi berichtigte. Er hatte nämlich irrtümlich statt des Gesamtpreises für 18 Narkosegeräte nur den Nettopreis für ein solches Gerät angeführt. Der VKS verweist auf Judikatur,⁶⁵³ wonach aus dem Recht der Bieter an der Angebotsöffnung teilzunehmen, die Pflicht der anwesenden Vertreter der Bieter zur Mitwirkung abgeleitet wird, etwa durch den Hinweis, dass Angaben, die zu verlesen sind, nicht oder fehlerhaft verlesen wurden. Diese Pflicht ergibt sich auch daraus, dass die Bieter, die bei der Angebotsöffnung anwesend waren, auf die Richtigkeit der verlesenen Angebotssummen vertrauen dürfen (Ausnahme: Vorreihung nach Berichtigung von Rechenfehlern, wenn der Auftraggeber dies ausdrücklich in der Ausschreibung festlegt). Diese mündliche Aufklärung des Bieters wurde auch protokolliert. Der VKS ging somit davon aus, dass der offenkundige Irrtum rechtzeitig aufgeklärt wurde. Er beruft sich dabei auf ältere Rechtsprechung des BVA, wonach ein Bieter, der sich einer missverständlichen Ausdrucksweise bedient, die Möglichkeit hat, diesen Umstand noch während der Angebotsöffnung zu berichtigen, andernfalls er sich seine verlesene Erklärung zurechnen lassen muss.⁶⁵⁴ Laut VKS wird dadurch der Transparenzgrundsatz nicht verletzt, da es sich um einen so offensichtlichen Irrtum handelte (Angebot von 18 Narkosegeräten zum Preis von 22.200 Euro). In weiterer Folge forderte der Auftraggeber nachträglich zur schriftlichen Stellungnahme und Klarstellung auf, welche auch in rechtskonformer Weise erfolgte (insbesondere kam es zu keiner Nachkalkulation). Auf diese nachträgliche schriftliche Aufklärung legte der VKS besonderen Wert, er sieht in dieser „doppelten Aufklärung“ keinen verzichtbaren Luxus, sondern

⁶⁵¹ VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111.

⁶⁵² VKS Wien 2.4.2009, VKS-2353/09.

⁶⁵³ Vgl. BVA 18.6.1998, N-15/98-20.

⁶⁵⁴ BVA 23.11.1998, F-23/97-13; BVA 25.7.2000, F-8/99-25 ua.

Notwendigkeit.⁶⁵⁵ Da diesem Irrtum keine fehlerhaften Rechengänge zu Grunde lagen, stellte der erkennende Senat fest, dass die Bestimmungen über die Berichtigung von Rechenfehlern im gegenständlichen Fall nicht herangezogen werden können. Weiters sei es auch zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsposition gekommen, weshalb die Behebung des Mangels zulässig war.

384 Das Nicht-Ausfüllen einer Bieterlücke führt zweifellos zu einem unvollständigen Angebot. Das BVA entschied jüngst, dass dieser Mangel jedenfalls behebbar ist, wenn sich aus der Gesamtheit des Angebots klar ergibt, was der Bieter anbieten wollte.⁶⁵⁶ Im vorliegenden Fall hatte ein Sachverständiger zweifelsfrei festgestellt, dass es durch die Nennung eines bestimmten Fabrikats und einer bestimmten Typengruppe für eine Lüftung nicht möglich sei ein anderes Fabrikat bzw eine andere Typengruppe für die angebotene Lüftungssteuerung zu wählen. Da der Bieter somit keine Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten hatte, diese Bieterlücke zu füllen, konnte ihm daraus kein Wettbewerbsvorteil entstehen, weshalb der Mangel behebbar ist. *Hackl* kritisiert den übertriebenen Formalismus des BVA, welches trotz der Überzeugung, dass das Angebot im Ergebnis nicht mangelhaft ist, auf eine Behebung des Mangels besteht.⁶⁵⁷ Dem ist einerseits die soeben in der vorigen Randziffer geschilderte Entscheidung des VKS Wien entgegen zu halten, andererseits ist der Bieter verpflichtet, ein vollständiges Angebot abzugeben (§ 107 Abs 2) und hat das Angebot sonstige für seine Beurteilung geforderten Erläuterungen oder Erklärungen zu enthalten (§ 108 Abs 1 Z 6). Eine nicht ausgefüllte Bieterlücke führt daher gemäß der ständigen Rechtsprechung zu einem unvollständigen Angebot.

385 Zusammenfassend kann man daher sagen, dass eine Nachreichung von Nachweisen (insbesondere der Eignung aber auch von Eigenschaften eines Produkts oder von Genehmigungen) jedenfalls zulässig ist, da die Eignung bzw die nachzuweisende Eigenschaft eines Produkts oder die Genehmigung ja zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe tatsächlich gegeben bzw erteilt war. Nicht zulässig und von der Judikatur abgelehnt wird es, wenn ein Prüfzeugnis erst nach Angebotsöffnung datiert ist.⁶⁵⁸ Beispielsweise legte eine Bieterin ein mit 19. Oktober datiertes Prüfungszertifikat über die Qualität ihres Produkts vor, die Angebotsöffnung hatte aber bereits am 10. Oktober stattgefunden.⁶⁵⁹ In diesem Fall hat das Zertifikat bei der Angebotsöffnung noch nicht existiert, weshalb das Angebot auszuschneiden war. Ebenso ist es selbstverständlich nicht ausreichend, wenn ein Bieter bloß ankündigt, innerhalb einer vom

⁶⁵⁵ *Oppel*, ZVB 2009, 254 (256).

⁶⁵⁶ BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52.

⁶⁵⁷ *Hackl*, ZVB 2010, 233 (234).

⁶⁵⁸ *Elsner*, BVergG 2006 Rz 210.

⁶⁵⁹ BVA 20.12.2007, N/0111-BVA/03/2007-37.

Auftraggeber gesetzten Nachfrist einen geforderten Nachweis zu erbringen und die schließlich nachgereichte Bestätigung am Tag nach Ablauf dieser gesetzten Frist ausgestellt ist.⁶⁶⁰

- 386 Meistens weisen daher unvollständige Angebote bzw Angebote, die mit einem Formalfehler behaftet sind, behebbare Mängel auf.⁶⁶¹

6. Nicht zugelassene Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote

- 387 Nicht zugelassenen Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote sind gemäß Z 7, zweite Fallgruppe auszuschneiden.

- 388 Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei über die Zulässigkeit von Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote nach seinem Ermessen zu entscheiden. Das Gesetz hält aber für den Fall, dass der Auftraggeber keine ausdrückliche Regelung trifft, subsidiäre Regelungen bereit.

- 389 **Teilangebote** sind gemäß § 106 Abs 3 nur dann zulässig, wenn der Auftraggeber die Möglichkeit einer Abgabe von Teilangeboten vorsieht. Legt ein Bieter allerdings ein Teilangebot, ohne dass dies in der Ausschreibung vorgesehen ist, so ist sein Angebot mit einem unbehebbar Mangel behaftet und ohne Gewährung einer Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden. *Öhler/Schramm* sehen den Hintergrund für diese Regelung schon in den Grundsätzen des Vergabeverfahrens, denn die Vergleichbarkeit von Teil- und Gesamtangeboten wäre nicht sichergestellt und Bieter, welche die Ausschreibungsunterlagen beachtet haben und kein Teilangebot abgegeben haben, wären in ihren Wettbewerbschancen benachteiligt.⁶⁶²

- 390 **Alternativangebote** sind Angebote über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters (§ 2 Z 2) und gemäß § 81 Abs 1 nur dann zulässig, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen für zulässig erklärt.⁶⁶³ Tut er dies nicht, so sind Alternativangebote sofort auszuschneiden. Erklärt der Auftraggeber sie hingegen für zulässig, muss er sie auch prüfen und behandeln.

- 391 **Abänderungsangebote** sind Angebote, die im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung beinhalten (§ 2 Z 1).⁶⁶⁴ Sie sind im Gegensatz zu Alternativangeboten gemäß § 82 grundsätzlich zulässig, sofern der

⁶⁶⁰ VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094; BVA 20.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32, ZVB 2008, 19 (*Mensdorff-Pouilly*).

⁶⁶¹ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 121.

⁶⁶² *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 97.

⁶⁶³ Siehe *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 110; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 2 Z 2 Rz 5ff, 8ff.

⁶⁶⁴ *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 2 Z 1 Rz 5ff.

Auftraggeber sie in den Ausschreibungsunterlagen nicht für unzulässig erklärt.⁶⁶⁵ Tut er dies, so sind Abänderungsangebote sofort auszuscheiden. Äußert sich der Auftraggeber hingegen nicht, so muss er Abänderungsangebote auch prüfen und weiter behandeln.

- 392 Stellt der Auftraggeber fest, dass ein nicht zugelassenes Teil-, Alternativ- oder Abänderungsangebot vorliegt, so hat er dieses ohne weitere Aufklärung auszuscheiden.

7. Nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote

- 393 Gemäß Z 7, dritte Fallgruppe sind nicht gleichwertige Alternativ- und Abänderungsangebote auszuscheiden. Diese Angebote sind ebenfalls ohne weitere Aufklärung auszuscheiden.

- 394 Zur Frage der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten siehe ausführlich die vorhandene Literatur.⁶⁶⁶

8. Alternativangebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen

- 395 Gemäß Z 7, vierte Fallgruppe sind Alternativangebote, welche die Mindestanforderungen nicht erfüllen, auszuscheiden. Diese Angebote sind ebenfalls ohne weitere Aufklärung auszuscheiden.

- 396 Zunächst ist es wichtig, dass der Auftraggeber die Mindestkriterien in der Ausschreibung so festlegt, dass diese für den durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei der Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbar sind.⁶⁶⁷ Er muss jene Eigenschaften oder Ergebnisse erläutern, die die alternative Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen hat.

E. Rechnerisch fehlerhafte Angebote (§ 129 Abs 1 Z 9 und § 126 Abs 4)

1. Allgemeines

- 397 Das Gesetz kennt den Mangel des **rechnerisch fehlerhaften Angebots** (§ 129 Abs 1 Z 9 und § 126 Abs 4). Dieser Mangel unterliegt einer Sonderregelung. Zunächst ist der Auftraggeber aus Transparenzgründen gemäß § 80 Abs 6 verpflichtet in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob rechnerisch fehlerhafte Angebote ausgeschieden werden oder nicht und ob eine Vorreihung

⁶⁶⁵ Siehe *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht 110f; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 2 Z 1 Rz 8ff.

⁶⁶⁶ Siehe *Schramm/Feuchtmüller* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 81; *Schramm/Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 82.

⁶⁶⁷ BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35, ZVB 2009, 347 (*Huber-Mataushek*); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; VwGH 21.12.2004, 2004/04/0161.

infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist.⁶⁶⁸ Es handelt sich hierbei um eine *lex imperfecta*: Trifft der Auftraggeber trotz dieser ausdrücklichen Verpflichtung rechtswidrig keine Festlegung, so gibt es dafür keine Sanktion, sondern es tritt die subsidiäre Grundregel des § 126 Abs 4 in Kraft.⁶⁶⁹ Demnach ist die Berichtigung eines Rechenfehlers durch den Auftraggeber unter bestimmten Umständen zulässig, denn es sind nur rechnerisch fehlerhafte Angebote nicht weiter zu berücksichtigen, wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindern – 2% oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Daraus ergibt sich, dass bei Unterschreiten dieser Grenze das Angebot sehr wohl weiter zu berücksichtigen und daher auch zu berichtigen ist.

398 Das rechnerisch fehlerhafte Angebot verbleibt im Wettbewerb und darf nicht ausgeschieden werden. Eine Vorreihung infolge einer vorgenommenen Berichtigung ist jedoch unzulässig. Dadurch ist ausgeschlossen, dass es durch den bewussten Einbau von Rechenfehlern zu einer Vorreihung des Angebotes, also zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung des Bieters kommt.⁶⁷⁰ Die Gründe warum Angebote mit Rechenfehlern mit der Ausscheidenssanktion bedroht sind, sind in erster Linie Transparenzüberlegungen, dies dient aber auch einer Abschreckung der Bieter bewusst Rechenfehler einzubauen.⁶⁷¹ Einerseits sollen alle Bieter auf die Geltung der bei der Angebotsöffnung verlesenen Angebotssummen vertrauen können, andererseits soll die Androhung des Ausscheidens eine erzieherische Wirkung haben, damit Bieter nicht absichtlich Rechenfehler in ihr Angebot einbauen, um einen günstigen Preis im Angebot vorzutäuschen.⁶⁷²

399 Abgesehen von der subsidiären Regelung des § 126 Abs 4 kann der Auftraggeber abweichende Festlegungen in folgenden drei Varianten treffen:⁶⁷³

- Angebote mit einem Rechenfehler dürfen nicht ausgeschieden werden; sie sind nach Berichtigung des Rechenfehlers vorzureihen.
- Angebote mit einem Rechenfehler von 2% oder mehr sind auszuschneiden; Angebote mit einem Rechenfehler von weniger als 2% dürfen nach Berichtigung des Rechenfehlers nicht vorgereiht werden.

⁶⁶⁸ 1171 BlgNR 22. GP 69 (zu § 80 Abs 6).

⁶⁶⁹ Siehe zu § 126 Abs 4: *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 32ff.

⁶⁷⁰ BVA 4.2.2004, N-49/00-40.

⁶⁷¹ *Kropik*, Mängel in Angeboten² 125.

⁶⁷² *Kropik*, Mängel in Angeboten² 117; *Kropik*, Rechenfehler in Angeboten, ZVB 2002, 121.

⁶⁷³ Siehe hierzu die Materialien: 1171 BlgNR 22. GP 69 (zu § 80).

- Angebote mit einem Rechenfehler von 2% oder mehr sind auszuschneiden; Angebote mit einem Rechenfehler von weniger als 2% werden nach Berichtigung des Rechenfehlers vorgereicht.

- 400 Legt der Auftraggeber in der Ausschreibung fest, dass rechnerisch fehlerhafte Angebote jenseits der 2%-Marke nicht weiter zu berücksichtigen sind, so müssen sie nach § 129 Abs 1 Z 9 ausgeschieden werden (und nicht nach § 126 Abs 4). Selbst wenn es noch weitere Vergabekriterien neben dem Preis gibt, darf das Angebot nicht weiter gewertet werden. Das Angebot ist auch in einem solchen Fall jedenfalls auszuschneiden, insbesondere darf in einer Wertungsanalyse der Preis nicht mit Null Punkten angesetzt werden.⁶⁷⁴ Auch die Materialien zeigen unmissverständlich, dass sich das Vorreihungsverbot auf das gesamte Angebot erstreckt, und nicht nur auf die rein preisliche Bewertung.⁶⁷⁵
- 401 Bei keiner der vier Varianten dürfen somit Angebote mit Rechenfehlern, bei denen die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen weniger als 2% des Gesamtpreises beträgt, ausgeschieden werden.
- 402 Die Festlegung des Gesetzes auf diese 2%-Fehlertoleranz ist eine willkürlich gezogene Grenze, die sachlich nicht begründet werden kann. Ebenso die Tatsache, dass auf die Summe der Absolutbeträge (und nicht etwa der Relativbeträge) und auf den Gesamtpreis (und nicht etwa auf Preisgruppen) abgestellt wird. Dennoch scheint es sinnvoll eine gewisse Bagatellgrenze vorzusehen, da man Rechenfehlern mit einer solch geringen Auswirkung auf den Gesamtpreis keine unredlichen Motive, insbesondere keine versuchte Angebotsmanipulation unterstellen kann.⁶⁷⁶
- 403 Streng genommen ist dies etwas bedenklich, da die Verbesserung dieses Angebotsmangels regelmäßig zu einer Änderung des in der Angebotöffnung vor allen Bietern verlesenen Gesamtpreises führt und daher einen schweren Eingriff in den Transparenzgrundsatz darstellt. Weiters kann durch die Korrektur dieses Mangels die Wettbewerbsposition des betroffenen Bieters materiell verbessert werden, weshalb die Regelung in einem gewissen Spannungsverhältnis zur einschlägigen Judikatur zu Angebotsmängeln steht. Siehe hierzu weiter oben in Kapitel I.V.D.5.c. bis e. Wenn auch aufgrund der Pflicht des Auftraggebers zur Prüfung der rechnerischen Richtigkeit gemäß § 123 Abs 2 Z 3 und der zwingenden Festlegungen des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen für die Behandlung von Rechenfehlern gemäß § 80 Abs 6 dem Auftraggeber wenig Ermessensspielraum bleiben sollte, ist die Sonderregelung

⁶⁷⁴ Kropik, Rechenfehler in Angeboten, ZVB 2002, 121 (122).

⁶⁷⁵ 1171 BlgNR 22. GP 70 (zu § 80).

⁶⁷⁶ Kropik, Mängel in Angeboten² 125.

des § 126 Abs 4 als Ausnahmeregelung zum Transparenzgrundsatz und damit der Begriff des Rechenfehlers eng auszulegen.⁶⁷⁷ Auch vor dem Hintergrund, dass – wie bereits erwähnt – eine spekulative Preisgestaltung verhindert werden soll, ist eine extensive Interpretation des Begriffs „Rechenfehler“ abzulehnen.⁶⁷⁸

404 § 129 Abs 1 Z 9 ist somit *lex specialis* zu § 129 Abs 1 Z 7, ebenso ist § 126 Abs 4 *lex specialis* zu § 126 Abs 1 und 3.

2. Definition des rechnerisch fehlerhaften Angebots

405 Zunächst sprechen die Materialien davon, dass es sich bei einem Angebot mit Rechenfehler um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters (Fehler im Erklärungsakt) handelt. Hingegen sei darunter nicht jener Irrtum zu verstehen, wenn ein Bieter zB die Höhe der von ihm zu tragenden Kosten oder den von ihm zu tätigen Aufwand falsch einschätzt.⁶⁷⁹ Die Materialien versuchen also ein rechnerisch fehlerhaftes Angebot zivilrechtlich zu kategorisieren, Motivirrtümer sollen hingegen nicht unter diesen Begriff fallen.

406 Obwohl die Aussagen der Materialien nicht viel weiterhelfen, so lässt sich aus ihnen zumindest ableiten, dass bewusste Rechenfehler eines Bieters beispielsweise aus spekulativen Überlegungen nicht erfasst sein sollen. *Öhler/Schramm* merken zu dieser Frage zutreffend an, dass dahin gestellt sei, inwieweit der Auftraggeber in der Praxis zwischen bewussten und irrtümlichen Rechenfehlern des Bieters unterscheiden und dies dem Bieter auch nachweisen kann.⁶⁸⁰

407 Im BVergG findet sich keine Definition des rechnerisch fehlerhaften Angebots. Neben den Rechenfehlern erwähnt das Gesetz in § 107 Abs 2 so genannte Zahlenfehler – ebenfalls ohne eine Definition anzubieten –, sieht aber für diese Art von Fehlern keine Berichtigungsmöglichkeit vor. Es findet sich in § 124 eine Sonderregelung für zweifelhafte Preisangaben, bei welcher es sich laut den Materialien nicht um *lex specialis* zu § 126 Abs 4 handelt.⁶⁸¹ Das bedeutet, dass zweifelhafte Preisangaben auf Rechenfehler im Sinne einer mathematisch falschen Operation (und somit als Rechenfehler im Sinne des § 126 Abs 4) zurückgehen können, aber nicht müssen.⁶⁸² Schließlich erwähnt § 126 Abs 4 ausdrücklich einen Fall von rechnerisch fehlerhaften Angeboten und zwar die Übertragungsfehler. Diese sind falsche Seitenüberträge der Zwischensumme im Angebot, mit denen nicht weitergerechnet wurde. Es handelt sich hierbei

⁶⁷⁷ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 37.

⁶⁷⁸ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 37.

⁶⁷⁹ 1171 BlgNR 22. GP 69 (zu § 80).

⁶⁸⁰ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 38, FN 49.

⁶⁸¹ 1171 BlgNR 22. GP 84 (zu § 124).

⁶⁸² *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 36.

nicht um falsche mathematische Operationen, sondern bloße Abschreibfehler.⁶⁸³ Diese Übertragungsfehler sind laut Gesetz nicht zu berücksichtigen.

408 *Kropik* spricht bei einem Rechenfehler von jedem Fehler, welcher im Rechengang, ausgehend vom angebotenen Einheitspreis und der ausgeschriebenen Menge, zu einer Änderung des angebotenen Gesamtpreises führt.⁶⁸⁴

409 Teile der Lehre und Rechtsprechung haben vertreten, dass ein Rechenfehler dann vorliegt, wenn bei der Berechnung des Angebotspreises Regeln der Mathematik falsch angewandt wurden – wie zB bei der fehlerhaften Anwendung einer der Grundrechnungsarten.⁶⁸⁵ Teilweise hat man sich dabei auf den Rechenfehlererlass des damaligen Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten berufen.⁶⁸⁶ *Hackl*⁶⁸⁷ kritisierte diese Rechtsprechung, welche den Begriff des Rechenfehlers äußerst eng als falsche Anwendung der Regeln der Mathematik definierte. Seiner Meinung nach sei die vom BVA gegebene Definition zwar denkmöglich, aber durch das BVergG und seine Intentionen nicht begründet und daher willkürlich. Das BVA sieht in der Vorreihung des Angebots eine Verbesserung der Wettbewerbsstellung und einen Verstoß gegen den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs. *Hackl* kritisiert zu Recht, dass die gesetzliche Neuregelung (der Zulässigkeit des Reihungssturzes) faktisch unanwendbar und damit sinnlos wäre, wenn man jeglichen Reihungssturz – wie es das BVA getan hat – als mit dem Grundsatz des lauterer Wettbewerbs unvereinbar halten würde. Wie *Hackl* ausführt, kann es nicht im Bestreben des Gesetzgebers gelegen haben, ausschließlich den Fall zu regeln, dass Zahlen falsch zusammengerechnet werden, nicht aber den sehr artverwandten Fall, dass die falschen Zahlen addiert werden.⁶⁸⁸

410 Schließlich hat der VwGH dieser Judikatur eine klare Absage erteilt.⁶⁸⁹ Er sprach aus, dass es nach der Bestimmung des § 94 Abs 4 BVergG 2002 (entspricht wörtlich § 126 BVergG 2006) – entgegen der Auffassung der belangten Behörde – nicht auf die Richtigkeit der rechnerischen Operation ankommt. Bei einem Rechenfehler im Sinne der genannten Bestimmung handle es sich – unter Berufung auf die Materialien⁶⁹⁰ – um eine mit einem evidenten Erklärungsirrtum behaftete Willenserklärung des Bieters. Im vorliegenden Fall hatte die Bieterin in ihrem Angebot die Eventualpositionen in den Gesamtpreis eingerechnet. Das (irrtümliche) Mitaddieren oder

⁶⁸³ *Kropik*, Mängel in Angeboten² 123.

⁶⁸⁴ *Kropik*, Mängel in Angeboten² 124; *Kropik*, ZVB 2002, 121 (122).

⁶⁸⁵ BVA 2.5.2005, 17N-18/05-26 (vom VwGH aufgehoben, siehe dazu sogleich); VKS Wien 7.11.2003, VKS-8242/03; BVA 19.3.2003, 15N-08/03-18; *Kropik*, Mängel in Angeboten² 123f; *Kropik*, ZVB 2002, 121.

⁶⁸⁶ Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten, GZ 600.000/5-99.

⁶⁸⁷ *Hackl*, ZVB 2005, 197.

⁶⁸⁸ *Saladin*, ZVB 2007, 135 (140).

⁶⁸⁹ VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111, RPA 2007, 276 (*Papst*).

⁶⁹⁰ 1118 BlgNR 21. GP 47.

Mitübertragen von (nach dem klaren, sonstigen Inhalt des Angebotes nicht mitzuaddierenden) Eventualpositionen stellt laut VwGH einen solchen Rechenfehler dar.

- 411 *Öhler/Schramm*⁶⁹¹ kritisieren dieses Erkenntnis des VwGH, weil es sich vom Wortlaut des § 126 Abs 4 weitgehend löst, da es offenbar überhaupt keinen Fehler in einer Rechenoperation verlangt. Vielmehr soll es auf einen (evidenten) Erklärungsirrtum ankommen. Nach Ansicht der Autoren scheint der VwGH die Möglichkeit der Berichtigung und Änderung eines Angebots offenbar auf alle Fälle des Erklärungsirrtums (wenn also der Bieter meint, etwas anderes anzubieten als er nach dem objektiven Erklärungswert tatsächlich anbietet) auszuweiten. Die einzige Eingrenzung des Rechenfehlers scheint dessen Evidenz zu sein. Das bedeutet, dass der Rechenfehler so offensichtlich sein muss, dass der Auftraggeber den Fehler richtig stellen kann ohne Aufklärung seitens des Bieters zu benötigen. *Öhler/Schramm* kritisieren, dass unklar bleibt, wie dieses Verständnis mit den Wertungen der Rechtsprechung des VwGH von der Behebbarkeit von Fehlern in mangelhaften Angeboten gemäß § 129 Abs 1 Z 7 in Einklang zu bringen sein wird.

3. Die Regelung des § 126 Abs 4 im Detail

- 412 Zunächst ordnet die Bestimmung des Abs 4 an, dass kein Mängelbehebungsverfahren nach § 126 Abs 1 eingeleitet werden muss, vielmehr ist der Auftraggeber berechtigt, den Fehler auszubessern und somit – bei entsprechender Festlegung in der Ausschreibung – eine Vor- oder Nachreihung des Angebots vorzunehmen. Siehe zur 2%-Toleranzgrenze im Kapitel IV.E.1.
- 413 Der zweite Satz des Abs 4 bestimmt, dass „Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen in Angeboten (Übertragungsfehler)“ nicht weiter zu berücksichtigen sind, wenn mit ihnen nicht weitergerechnet wurde. Daraus ist klar abzulesen, dass nur solche Fehler als Rechenfehler zu qualifizieren sind, die tatsächlich eine Auswirkung auf den Gesamtpreis haben. Auch die Lehre ist sich einig, dass Fehler, die keine Auswirkung auf den Gesamtpreis haben, unabhängig von deren Höhe, behebbare Mängel sind und daher berichtigt werden können.⁶⁹²
- 414 Folgende Fehler werden nicht als Rechenfehler betrachtet: falsche Preiseingaben des Bieters;⁶⁹³ Eingabe-, Übertragungs- und Abschreibfehler⁶⁹⁴ (diese können aber beachtliche

⁶⁹¹ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 39.

⁶⁹² *Kropik*, Rechenfehler in Angeboten, ZVB 2001, 121 (122); *Kropik*, Mängel in Angeboten² 124; *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht² 386; *Gölles*, Wann sind Rechenfehler unbehebbar, wann behebbaren Angebotsmängel, ZVB 2003, 109 (110). *Öhler/Schramm* (in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 40) kritisieren, dass sich angesichts des weiten Verständnisses des Begriffs des Rechenfehlers in der Rechtsprechung des VwGH die Frage stellt, wie dies mit den Wertungen der Rechtsprechung des VwGH von der Behebbarkeit von Fehlern in mangelhaften Angeboten gemäß § 129 Abs 1 Z 7 in Einklang zu bringen sein wird.

⁶⁹³ BVA 19.3.2003, 15N-08/03-18.

Erklärungsirrtümer im Sinne des § 871 ABGB sein)⁶⁹⁵; offensichtliche Schreibfehler;⁶⁹⁶ Kalkulationsirrtümer;⁶⁹⁷ Fehlinterpretationen der Ausschreibungsvorgaben;⁶⁹⁸ sonstige Verständnisfehler.

- 415 Satz drei des Abs 4 bestimmt, dass eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers unzulässig ist, ausgenommen der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anderes festgelegt. Siehe hierzu sogleich im Kapitel IV.E.4.c) Vorreihung und Nachreihung.

4. Folgen der Qualifikation als Rechenfehler

a) Berechnung der Rechenfehlersumme

- 416 Interessant ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber bei der Berechnung der genauen Summe der Berichtigungen ausdrücklich auf die Summe der Absolutbeträge abstellt. Somit ist es egal, ob die Berichtigungen den Preis erhöhen oder vermindern. Hat daher der Auftraggeber bei der Addition von Positionspreisen einer Leistungsgruppe 100 Euro zu viel errechnet und bei der Addition von Positionspreisen einer anderen Leistungsgruppe 50 Euro zu wenig errechnet, so beträgt die Rechenfehlersumme 150 Euro und eben nicht 50 Euro. Es kommt also auf die Richtigkeit der Rechnung und nicht auf die Nähe zum Gesamtpreis an.⁶⁹⁹ Diese Rechenfehlersumme ist in Relation zum ursprünglichen – also dem unberichtigten – Gesamtpreis zu setzen.

b) Berichtigung

- 417 Die Berichtigung von Rechenfehlern erfolgt durch Vornahme der mathematisch richtigen Rechenoperation bzw nach Ansicht des VwGH der Herstellung der evidenten Richtigkeit der Preise einschließlich des Gesamtpreises.⁷⁰⁰

c) Vorreihung und Nachreihung

- 418 Wie bereits dargestellt kann ein Angebot – unter bestimmten Umständen und bei entsprechenden Festlegungen des Auftraggebers – nach Berichtigung des Rechenfehlers vorgereiht werden.

⁶⁹⁴ Kropik, Mängel in Angeboten² 124; Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 92 Rz 9; Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 46.

⁶⁹⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹⁴ I 149.

⁶⁹⁶ Kropik, Mängel in Angeboten² 124.

⁶⁹⁷ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 92 Rz 8; Aicher in Korinek/Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts 375.

⁶⁹⁸ Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² 386 unter Verweis auf AB 1118 BlgNR 21. GP 47 (kein Rechenfehler, wenn „ein Bieter zB die Höhe der von ihm zu tragenden Kosten oder den von ihm zu tätigen Aufwand falsch einschätzt“ – ebenso 1171 BlgNR 22. GP 69) und mit weiteren Nachweisen; BVA 2.5.2005, 17N-18/05-26.

⁶⁹⁹ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 45.

⁷⁰⁰ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 42.

Vorreihen bedeutet, dass das berichtigte Angebot den dem berichtigten Angebotspreis entsprechenden Platz in der Reihung der Angebote erhält. Das Angebot nimmt somit ohne Rechenfehler einen besseren Platz ein als mit dem Rechenfehler.⁷⁰¹ Die Materialien sprechen weiters davon, dass zur Feststellung, ob es zu einer Vorreihung kommt, zu Vergleichszwecken zwei Angebotsreihungen durchgeführt werden müssen. Zu beachten sei weiters, dass bei der Angebotsreihung alle Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sind. Bei einer Vergabe nach dem Bestangebotsprinzip könne es daher auch dann zu einer Vorreihung kommen, wenn sich an der rein preislichen Reihung der Angebote durch die Berichtigung des Rechenfehlers nichts ändert.⁷⁰²

- 419 Bei einem Vorreihungsverbot verbleibt das Angebot trotz Berichtigung an jener Stelle, an der es sich vor der Berichtigung befand. Wie bereits in Kapitel IV.E.1. erwähnt, bezieht sich das Vorreihungsverbot immer auf das gesamte Angebot und nicht nur auf die rein preisliche Bewertung. Das preisliche Bewertungsplus darf nicht in Kombination mit den übrigen Zuschlagskriterien zu einer Vorreihung des Angebots führen.⁷⁰³ *Kropik* präzisiert, dass in einer Wertungsanalyse der Preis nicht mit Null Punkten angesetzt werden darf, sondern eben das gesamte Angebot ausgeschieden werden muss.⁷⁰⁴
- 420 Angebote, die weder vorgereiht noch ausgeschieden werden dürfen, verbleiben in der Angebotsreihung. Sie sind bei der Ermittlung des Zuschlagsempfängers wie gültige Angebote zu behandeln. Laut den Materialien⁷⁰⁵ spielt das insbesondere dann eine Rolle, wenn die Preise der einzelnen Angebote relativ zum Preis des Billigstbieters beurteilt werden. Somit kann sich trotz Anwendung des Vorreihungsverbots der korrigierte Preis auf die anderen Angebote auswirken. Die Materialien betonen ausdrücklich, dass die berichtigten Angebote wie gültige Angebote zu behandeln seien, sie dürfen lediglich bei der Zuschlagsentscheidung nicht jenen Angeboten vorgezogen werden, die vor Korrektur des Rechenfehlers vor ihnen gereiht waren. Aus all dem lässt sich schließen, dass einem solchen korrigierten, nicht vorzureihenden, aber auch nicht auszuschheidenden Angebot der Zuschlag zu erteilen ist, wenn alle vorgereichten Angebote auszuschcheiden sind.⁷⁰⁶
- 421 Schließlich halten die Materialien noch fest, dass sich Rechenfehler zu Gunsten oder zu Lasten des Bieters auswirken können, der sie gemacht hat.⁷⁰⁷ Daraus und aus dem

⁷⁰¹ 1171 BlgNR 22. GP 70 (zu § 80).

⁷⁰² Dies könnte laut *Öhler/Schramm* (in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 FN 69) dann der Fall sein, wenn der berichtigte Preis mehr Punkte als der unberichtigte Preis erhält und gemeinsam mit den Qualitätspunkten in Summe am meisten Punkte bringt.

⁷⁰³ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 FN 71.

⁷⁰⁴ *Kropik*, Rechenfehler in Angeboten, ZVB 2002, 121 (122); *Kropik*, Mängel in Angeboten² 127.

⁷⁰⁵ 1171 BlgNR 22. GP 70 (zu § 80).

⁷⁰⁶ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG § 126 Rz 51.

⁷⁰⁷ 1171 BlgNR 22. GP 70 (zu § 80).

Gleichbehandlungsgebot ergibt sich, dass ein Angebot, dessen Angebotspreis sich nach der Berichtigung verteuert, entsprechend nachzureihen ist (Nachreichungsgebot). Dieser Satz, der in den Materialien zum BVergG 2002 noch nicht enthalten war, kann – auch wenn der Verweis auf § 126 Abs 4 nicht gänzlich überzeugt – nur so verstanden werden. Dies auch im Hinblick auf die Lehre, welche teilweise schon zur damaligen Regelung zu einem Nachreichungsgebot tendiert hat.⁷⁰⁸

⁷⁰⁸ *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 387; *Gölles*, ZVB 2003, 109 (111); *Kropik*, Mängel in Angebot² 127f; *Kropik*, ZVB 2002, 121.

VI. Ausscheidensgrund mangelnde Aufklärung (§ 129 Abs 2)

A. Fakultativer Ausscheidensgrund

422 In Abs 2 findet sich ein weiterer Ausschlussgrund: Angebote von Bietern, die innerhalb der ihnen gestellten Fristen keine oder nicht ausreichende – weil nicht nachvollziehbare – Aufklärung gegeben haben, können ebenfalls ausgeschieden werden. Dieser **fakultative Ausscheidensgrund** (arg. „kann“) war noch im BVergG 2002 ein zwingender.⁷⁰⁹ Der Auftraggeber ist somit nicht mehr in jedem Fall zur Ausscheidung des betroffenen Angebots verpflichtet.⁷¹⁰ Die Erläuternden Bemerkungen zu § 129 Abs 2 sprechen davon, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt wird „Angebote weiterhin zu prüfen, obwohl der Bieter (aus welchen Gründen immer) Aufklärungen unterlassen oder nicht nachvollziehbar begründet hat.“⁷¹¹ Der Auftraggeber hat also in diesem Fall – im Gegensatz zu den Ausscheidenstatbeständen des Abs 1 – Ermessen bei der Ausscheidensentscheidung.

423 *Elsner* plädiert dafür, dass der Auftraggeber nicht nach freier Willkür von dieser Ermessensbestimmung Gebrauch machen darf, sondern unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Sparsamkeit, aber auch im Interesse einer raschen und professionellen Angebotsprüfung sachlich vorgehen muss.⁷¹² Auch *Öhler/Schramm* sprechen davon, dass das Ermessen im Sinne der Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeübt werden muss.⁷¹³ Demnach wäre es gleichheitswidrig, wenn nur einem Bieter (nicht aber einem anderen Bieter) eine zweite Chance zur Aufklärung gewährt werden würde. Erhält der Auftraggeber nun eine nicht nachvollziehbare oder unvollständige Aufklärung, so muss er entweder das Angebot sofort ausscheiden oder eine weitere Nachfrist setzen. Somit ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut eindeutig, dass ein Auftraggeber auch wiederholt Aufklärung verlangen kann, da ihm ja – wie gesagt – die Entscheidung vorbehalten bleibt, ob er ein Angebot wegen mangelnder Aufklärung ausscheidet. Da der Auftraggeber das Angebot wegen fehlender oder unvollständiger Aufklärung nicht ausscheiden muss, kann dies nur bedeuten, dass er auch abermals um Aufklärung ersuchen kann. Die Judikatur lässt teilweise aber – entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut – nur eine einmalige Möglichkeit zur Mängelbehebung zu. Siehe hierzu etwas später im nächsten Kapitel.

⁷⁰⁹ Siehe § 98 Z 5 BVergG 2002.

⁷¹⁰ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 148.

⁷¹¹ 1171 BlgNR 22. GP 85.

⁷¹² *Elsner*, BVergG 2006 Rz 214.

⁷¹³ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 148.

- 424 Mit diesem Ausscheidensgrund soll Auftraggebern eine Sanktion für das Unterlassen der gebotenen und zumutbaren Mitwirkung der Bieter im Rahmen der Angebotsprüfung zur Hand gegeben werden, womit aber laut BVA keinesfalls eine Verschiebung der Beweislast auf die Bieter einhergeht.⁷¹⁴ Das BVA beruft sich auf Teile der Lehre, die für eine Mitwirkungspflicht des Bieters bei Aufklärungen plädieren.⁷¹⁵
- 425 Aus den Materialien geht eindeutig hervor, dass es irrelevant ist, aus welchen Gründen der Bieter die (nachvollziehbare) Aufklärung unterlassen hat. Insbesondere soll es auf die Schuldhaftigkeit (Vorwerfbarkeit) der unterlassenen (nachvollziehbaren) Aufklärung nicht ankommen.⁷¹⁶
- 426 Hätte der Auftraggeber daher nicht die Möglichkeit, ein Angebot mangels nachvollziehbarer Aufklärung auszuschneiden, könnten Unternehmer durch eine fadenscheinige „Aufklärung“ entgegen dem aufgezeigten Schutzzweck des § 129 das Ausscheiden eines Angebotes immer verhindern.⁷¹⁷

B. Ablauf der Aufklärung

- 427 Dieser Ausscheidenstatbestand ist eng mit den Bestimmungen über das Aufklärungsverfahren (§ 126, aber auch § 70 Abs 3 und § 125) verbunden. Er ist die Rechtsfolge der nicht gehörigen Mitwirkung des Bieters daran.⁷¹⁸ Voraussetzung für eine Anwendung dieses Ausscheidensgrunds ist allerdings die rechtskonforme Durchführung der genannten Aufklärungsverfahren. Der Gegenstand der Aufforderung zur Aufklärung muss zulässig gewesen sein (beispielsweise muss eine aufklärungsbedürftige Unklarheit bestanden haben).⁷¹⁹ Ebenso muss der Auftraggeber dem **Konkretisierungsgebot** des Mängelbehebungsauftrags entsprochen haben. Das bedeutet, er muss konkret und präzise angeben, welche Mängel oder Unklarheiten er im Angebot entdeckt hat und welche Information er zur Aufklärung benötigt. Hierzu findet sich umfangreiche Rechtsprechung.
- 428 In einem Verfahren hatte der VKS Wien folgenden Fall zu beurteilen:⁷²⁰ Die Auftraggeberin hatte in ihren Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Referenzen gefordert. Sie konnte allerdings einige Referenzen nicht überprüfen, weil beispielsweise keine Kontaktmöglichkeit angegeben war. Sie forderte die (später ausgeschiedene) Bieterin drei Mal zur Aufklärung auf.

⁷¹⁴ BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17 unter Verweis auf *Holoubek/Eilmannsberger*, Der öffentliche Auftraggeber als Kartellbehörde? – Zur kartellrechtlichen Überprüfung einer Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren, *ÖZW* 2008, 2, FN 55.

⁷¹⁵ *Fink/Gschweidl*, Mitwirkungspflichten eines Bieters im Vergabeverfahren, in *Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht*, Festschrift der ÖGeBau (2008) 405.

⁷¹⁶ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 149.

⁷¹⁷ BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17.

⁷¹⁸ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 139.

⁷¹⁹ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 140.

⁷²⁰ VKS Wien 13.3.2008, VKS-3/08.

Der VKS stellte fest, dass diesen Schreiben detaillierte, die konkreten Referenzen betreffende Auskunftersuchen nicht zu entnehmen sind. In ihren Aufforderungsschreiben ist die Auftraggeberin eher allgemein auf die Aufklärungsversuche der Bieterin eingegangen, ohne vor allem zu den oben dargestellten strittigen Referenzen konkrete Vorhalte zu machen. Obwohl die Bieterin in allen Schreiben ausdrücklich ihre Bereitschaft zu telefonischen Rückfragen bzw zu einem aufklärenden Gespräch betonte, hat die Auftraggeberin davon keinen Gebrauch gemacht, obwohl auf diese Weise alle Fragen leicht aufgeklärt hätten werden können. Der VKS rügt besonders, dass die Auftraggeberin bezüglich der Referenz bei der die Kontakttelefonnummer nicht mehr existierte, kein konkretes Ersuchen an die Bieterin gerichtet hat, sondern diese wichtige Referenz nicht anerkannt hat. Nach Ansicht des Senats wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, ihre Bedenken im Zuge der Überprüfung, vor allem der erwähnten Referenzen und die Ergebnisse ihrer Überprüfung der Bieterin konkret vorzuhalten, um ihr Gelegenheit zu geben, dazu im Detail Stellung zu nehmen.

429 In seiner Entscheidung vom 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60, stellte das BVA fest, dass der Auftraggeber irrt, wenn er meint, dass die Antragstellerin keinen zweiten Mängelbehebungsversuch hätte unternehmen dürfen. Der Auftraggeber hat nämlich den Verbesserungsauftrag nicht klar und präzise – im Hinblick auf sämtliche im Einzelnen zu behebenden Mängel – formuliert. Das BVA betont weiters, dass der Auftraggeber genau anzugeben gehabt hätte, in welcher Hinsicht welche Mängel zu beheben seien. Im vorliegenden Fall wurde im Sachverhalt festgestellt, dass der Auftraggeber die Antragstellerin in seinem Schreiben bezüglich des Mängelbehebungsauftrags nicht auf das Fehlen der Textpassage zur Darlegung der besonderen Eignung des Projekts aufmerksam gemacht und eben nicht zur Behebung auch dieser Mangelhaftigkeit aufgefordert hat. Gerade das Fehlen dieses Textteils in ihrer verbesserten Vorlage wird nun aber der Antragstellerin vom Auftraggeber vorgehalten. Der Auftraggeber hat aber eben nicht zur Verbesserung der in Rede stehenden fehlenden Textpassage aufgefordert, weshalb die Verbesserungsmöglichkeit auch nicht konsumiert sein konnte.⁷²¹

430 Ebenso kritisierte das BVA⁷²² in einem anderen Verfahren, dass der Auftraggeber in der Aufforderung nicht hingewiesen hat, welche Unterlagen konkret vorzulegen sind. Er hatte sich auch nicht auf konkrete Ausschreibungsbestimmungen bezogen, aus denen erkennbar ist, welche Unterlagen für welchen Subunternehmer konkret vorzulegen sind. Da die Bieterin im vorliegenden Fall ihrem Angebot bereits Eignungsnachweise beigelegt hat, war laut BVA für einen objektiv beurteilenden Betrachter nicht erkennbar, welche Nachweise nachzubringen sind bzw ob die bereits vorgelegten Nachweise anerkannt werden oder zu aktualisieren sind. Ein

⁷²¹ Ebenso BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32

⁷²² BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32.

allgemeiner Hinweis auf §§ 70ff und einen bestimmten Teil der Ausschreibung wurde vom BVA als unzureichend erachtet.

431 Die Rechtsprechung geht somit zusammenfassend davon aus, dass der Mängelbehebungsauftrag klar und präzise formuliert sein muss.⁷²³

432 Das BVA sprach in seiner Entscheidung vom 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27, aus, dass der Auftraggeber, um vom Ausscheidenstatbestand des Abs 2 Gebrauch machen zu können, im Sinne der Gleichbehandlung und Transparenz diese Absicht im Vorhinein bekannt geben muss. Diese Information muss entweder in der Ausschreibung selbst oder in einem anderen allen Bietern zur Verfügung stehenden Dokument enthalten sein. Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber in der Ausschreibung festgelegt, dass bei Unklarheiten über das Angebot der Bieter die Möglichkeit hat innerhalb von sieben Tagen nach Verlangen eine verbindliche schriftliche Aufklärung abzugeben. Die Antragstellerin, eine ausgeschiedene GmbH, begehrte die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung, da sie zu Unrecht ausgeschieden worden sei. Das BVA wies im Ergebnis den Antrag zurück und stellte fest, dass das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden worden sei, da die Vorlage von Unterlagen nicht in der vorgegebenen Frist erfolgt ist. Der Auftraggeber hatte – wie schon erwähnt – in seinen Ausschreibungsunterlagen pflichtgemäß eine entsprechende Klausel aufgenommen. Die Antragstellerin hatte ihren Angebotsunterlagen teilweise Referenzen ohne Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers beigelegt, bei anderen Referenzprojekten forderte der Auftraggeber zusätzliche Nachweise. Der Auftraggeber setzte Fristen und Nachfristen, doch die entsprechenden Unterlagen langten erst nach Ablauf der gesetzten Nachfristen ein, worauf der Auftraggeber die Antragstellerin zu Recht über ihr Ausscheiden gemäß § 129 Abs 2 informierte.

Das BVA stellte in den Entscheidungsgründen fest, dass der Auftraggeber für alle Bieter klar zu erkennen gab, dass die Nichtvorlage von verlangten Unterlagen binnen sieben Tagen ein Ausscheidensgrund ist. Dies war auch der Antragstellerin bewusst, da sie um Fristverlängerung ersucht hatte. Wie auch *Prünster* in seiner Entscheidungsanmerkung hervorhebt, kommt es in solchen Fällen darauf an, dass die Ausscheidenssanktion des § 129 Abs 2 zu ihrer Wirksamkeit einer expliziten Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung oder anderen, allen Bietern gleich zugänglichen, Unterlagen bedarf. Er führt aus: „*Ohne eine solche vorherige Festlegung wäre ein Ausscheiden überraschend und uU iSd Gleichbehandlung aller Bieter problematisch.*“⁷²⁴

⁷²³ Ebenso zum BVergG 2002: BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26; BVA 22.12.2005, 11N-117/05-12.

⁷²⁴ *Prünster*, ZVB 2006, 277 (280).

- 433 Damit ein Auftraggeber von diesem Ausscheidensgrund Gebrauch machen kann, muss er bei seiner Aufforderung zur Aufklärung konkrete, auf die jeweilige Position bezogene Vorhalte machen und nicht nur allgemeine Vorhalte und unspezifische Nachreichungsaufforderungen machen.⁷²⁵
- 434 In einem Fall⁷²⁶ hatte der Bieter trotz Mängelbehebungsauftrags die Unterlagen zu den zwei Referenzen, die er angegeben hatte, in der in der Ausschreibung festgelegten Form nicht vorgelegt, sodass bereits aus diesem Grund das Angebot des Bieters auszuschneiden gewesen wäre. Der Bieter hatte bloß sehr allgemein das Unternehmen genannt, obwohl der Auftraggeber eine Liste der erbrachten Leistungen, die Angabe des Rechnungswerts, des Erbringungszeitpunktes, eine Kurzbeschreibung, sowie eine Liste der Auftraggeber und eines Ansprechpartners beim jeweiligen Auftraggeber mit Telefonnummer gefordert hatte. Der Bieter hatte in seinem Angebot zunächst gar keine Unterlagen zur Prüfung der Eignung beigelegt und nach Aufforderung des Auftraggebers nach Information gemäß den Ausschreibungsunterlagen bloß zwei Unternehmen ohne weitere Angaben als Referenz genannt. Das BVA stellte nun fest, dass aus den Bestimmungen des BVergG 2002 (selbiges gilt laut einer späteren Entscheidung des BVA auch für das BVergG 2006)⁷²⁷ nicht ableitbar ist, dass ein Bieter, der ein unvollständiges Angebot gelegt hat und vom Auftraggeber ordnungsgemäß unter klarer Formulierung des Mängelbehebungsauftrags zur Verbesserung aufgefordert wurde, nach nicht ordnungsgemäß erfolgter Mängelbehebung in Folge abermals zur Mängelbehebung aufzufordern wäre. Dies würde im Übrigen auch dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen.⁷²⁸ Hierin liegt ein Widerspruch zum Gesetzeswortlaut vor, aus dem hervorgeht, dass es eben im Ermessen des Auftraggebers liegt ein Angebot mit fehlender oder mangelhafter Aufklärung auszuschneiden. Dies kann nur bedeuten, dass er das Angebot ausscheiden oder aber erneute Aufklärung verlangen kann.⁷²⁹
- 435 In einer anderen Entscheidung greift das BVA ebenfalls dieses Problem auf. Demnach wäre es unter dem Aspekt der Gleichbehandlung aller Bieter und unter Beachtung des im offenen Verfahren geltenden Verhandlungsgebotes [sic! Richtigerweise: Verhandlungsverbotes] gemäß § 126 Abs 1 und 2 BVergG nicht Aufgabe der Generalplanerin gewesen, mehrfach zur Aufklärung aufzufordern, bis die Antragstellerin alle nötigen Informationen liefert.⁷³⁰

⁷²⁵ VKS Wien 13.3.2008, VKS-3/08; *Elsner*, BVergG 2006 Rz 214.

⁷²⁶ BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26.

⁷²⁷ BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60.

⁷²⁸ BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26.

⁷²⁹ Siehe *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 148.

⁷³⁰ BVA 28.5.2009, N/0036-BVA/10/2009-46.

- 436 Hat der Auftraggeber klar formuliert, welche Auskünfte und Informationen zu erteilen sind, ist er jedenfalls nicht verpflichtet bei einer mangelhaften Aufklärung erneut um Aufklärung zu ersuchen. Die Judikatur spricht sich gegen diese „*Aufklärung der Aufklärung*“ aus.⁷³¹
- 437 Somit kann gesagt werden, dass laut der Rechtsprechung und entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ein Auftraggeber, der einen Mängelbehebungsauftrag an den Bieter richtet, nicht so oft nachfragen darf, bis der Bieter die nötige Information liefert. Dies setzt aber voraus, dass der Auftraggeber seinen Verbesserungsauftrag klar und präzise unter Nennung der von ihm aufgedeckten Mängel formuliert (**Konkretisierungsgebot**). Der Auftraggeber muss daher genau präzisieren, welche Angabe des Bieters er aus welchen Gründen als mangelhaft erachtet. Tut er dies hingegen nicht, gesteht die Rechtsprechung dem Bieter einen zweiten Mängelbehebungsversuch zu. Andererseits bedeutet dies, dass der Auftraggeber seine Pflicht eben nicht erfüllt, selbst wenn er den gleichen unkonkreten Mängelbehebungsauftrag mehrfach stellt. In diesem Fall kann er eben nicht auf den Ausscheidensgrund des § 129 Abs 2 zurückgreifen. Man kann dem Auftraggeber in der Praxis somit nur nachdrücklich empfehlen, den Mängelbehebungsauftrag so genau wie möglich zu formulieren und den mangelhaften Teil des Angebots exakt zu benennen. Andererseits muss man auch dem Bieter empfehlen, seine Aufklärung möglichst umfangreich und präzise vorzunehmen, da die Rechtsprechung bei Vorliegen eines ordnungsgemäßen Aufklärungsersuchens keinen weiteren Mängelbehebungsversuch zulässt. Weiters sollte der Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu seiner eigenen Sicherheit festlegen, ob er vorhat, vom Ausscheidenstatbestand des Abs 2 Gebrauch zu machen.

C. Frist

- 438 Der Auftraggeber hat im Vorfeld eine Frist für die Behebung des Mangels festzulegen. Gemäß § 57 hat der Auftraggeber Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. § 70 Abs 3 spricht ausdrücklich von einer angemessenen Frist. Wie lange eine angemessene Frist sein muss, ist im Einzelfall zu entscheiden. Es muss sich wohl jedenfalls um eine Frist handeln, innerhalb derer ein ordentlicher Unternehmer die geforderte Aufklärung oder Unterlage nachreichen kann. Es ist aber nicht geboten, dass die Frist so lang sein muss, dass der Bieter die Unterlage erst erstellen kann.⁷³²

⁷³¹ BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17; BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-36: „Eine Aufforderung zur Verbesserung der Aufklärung ist nicht erforderlich.“

⁷³² Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 142.

439 Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es sich um eine materiellrechtliche Frist (im Sinne der §§ 902f ABGB) handelt, weshalb es auf das Einlangen des Angebots beim Auftraggeber innerhalb der genannten Frist ankommt.⁷³³ Ziel dieser Regelung ist es dem Auftraggeber innerhalb der von ihm gesetzten Frist die nötige Grundlage für die Angebotsprüfung zu verschaffen.⁷³⁴

440 Zur nicht fristgerechten Aufklärung finden sich in der Judikatur folgende Beispiele:

- Ein Bieter hatte am letzten Tag der Frist angekündigt, dass ein Nachweis der Haftpflichtversicherungsdeckung nachgebracht werde. Dabei wurde weder eine Fristverlängerung beantragt noch ein Grund genannt, warum die fristgerechte Vorlage nicht möglich gewesen sei. Die Bestätigung der Versicherungsgesellschaft wurde am Tag nach Fristablauf vorgelegt.⁷³⁵
- Trotz Aufforderung im Rahmen der Angebotsprüfung legte die Bieterin kein „Dicom-Conformance Statement“ vor.⁷³⁶
- Der Auftraggeber forderte die Bieterin auf, innerhalb von fünf Tagen den Baustelleneinrichtungs- und -abwicklungsplan vorzulegen. Am letzten Tag der Frist übermittelte die Bieterin ein Schreiben, aus welchen laut BVA klar zu erkennen war, dass die Bieterin nicht beabsichtige, diese Unterlagen vor Zuschlagserteilung zu erstellen bzw zu übermitteln.⁷³⁷ Weiters hält das BVA fest, dass eine erneute Aufforderung zur Vorlage nicht vorzunehmen war, da dies dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen würde.

D. Fälle des Ausscheidens

441 Der erste Fall, wann ein Angebot ausgeschieden werden kann, liegt vor, wenn die Aufklärung unterlassen wurde. Die verlangte Aufklärung wurde unterlassen, wenn der Bieter diese Aufklärung gar nicht oder nicht fristgerecht erstattet, aber auch, wenn die Aufklärung unvollständig ist.⁷³⁸

442 Die zweite Möglichkeit ist, dass die Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Dies ist dann der Fall, wenn aus der objektiven Sicht eines ordentlichen Auftraggebers diese

⁷³³ BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-027, ZVB 2006, 277 (280) (*Prünster*).

⁷³⁴ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 144.

⁷³⁵ VwGH 18.05.2005, 2004/04/0094.

⁷³⁶ VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050.

⁷³⁷ BVA 5.1.2006, 15N-123/05-25.

⁷³⁸ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 143.

Aufklärung die Unklarheit oder Mangelhaftigkeit des Angebots nicht beseitigt.⁷³⁹ Der Auftraggeber kann bei dieser Beurteilung einen Sachverständigen beiziehen (siehe § 122). Die Aufklärung der Bieter muss den Auftraggeber daher in die Lage versetzen können, diese der weiteren Angebotsprüfung zu Grunde zu legen. Das BVA spricht überdies aus, dass es dem Auftraggeber gleichsam möglich sein muss, die seinerseits unter anderem durch Auskunftersuchen ermittelten Informationen einer inhaltlichen Überprüfung zu unterziehen.⁷⁴⁰ Der Bieter muss daher eine überprüfbare Begründung liefern.

443 Folgende Beispiele finden sich in der Rechtsprechung:

- Das BVA sprach in einem Fall aus,⁷⁴¹ dass die Aufklärung eines Bieters grundsätzlich plausibel und insofern auch abstrakt nachvollziehbar sei, aber dennoch nicht dem Erfordernis der Nachvollziehbarkeit im Sinne von § 129 Abs 2 genügt. Der Bieter hätte konkret die tatsächlich berücksichtigten Vorzüge der involvierten Unternehmer für einen Zusammenschluss als Bietergemeinschaft nennen sollen sowie die wirtschaftlichen Vorteile eines konsortialen Angebots im Verhältnis zu Einzelangeboten im konkreten Fall näher darlegen müssen. Unter Bezug auf Literatur und Judikatur hatte die Bietergemeinschaft bloß pauschal damit argumentiert, dass sie nur durch einen Zusammenschluss ein Erfolg versprechendes Angebot abgeben konnten ohne konkret darzulegen, warum gerade die Bildung dieser Bietergemeinschaft den gewünschten Erfolg erzielen würde. Ohne diese Informationen lässt sich laut BVA die ins Treffen geführte wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Zusammenarbeit nicht beurteilen. Zusammenfassend kann man sagen, dass das BVA somit keine leeren Floskeln bei der Aufklärung anerkennt, sondern konkrete auf den vorliegenden Fall bezogene Argumente fordert.
- Im Zuge einer Angebotsprüfung forderte der Auftraggeber die Bieterin auf, zu einer Reihe von Positionen K7-Blätter vorzulegen. Das BVA⁷⁴² hält fest, dass ohne K7-Blätter, die konkrete Zahlen enthalten, es dem Auftraggeber trotz der teilweise erteilten rein verbalen Aufklärung erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht wird, die Plausibilität der Preiszusammensetzung zu überprüfen. Die Bieterin führte lediglich aus, dass die Kalkulation auf einem Erfahrungswert beruht und angemessen kalkuliert ist. Das BVA stellte nun fest, dass diese Anmerkung lediglich die Meinung der Bieterin, nicht jedoch eine Erklärung für die Herleitung von Preisen zum Ausdruck bringt, weshalb darin keine Aufklärung zu erkennen ist.

⁷³⁹ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 146.

⁷⁴⁰ BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17.

⁷⁴¹ BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17.

⁷⁴² BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-036.

Weiters erklärte die Bieterin einen Einheitspreis von Euro 0 damit, dass der minimale Aufwand in der Grundposition erfasst wurde. Im K7-Blatt war für diese Position jedoch ein Einheitspreis von Euro 0,19 ausgewiesen. Das BVA entschied, dass insofern die gegebene Aufklärung widersprüchlich und damit un schlüssig war.⁷⁴³

- Laut UVS OÖ reicht ein allgemeiner Verweis auf die Branchenüblichkeit bzw Erfahrungen mit vergleichbaren Objekten und die Tatsache, dass die von der Ausschreibung betroffenen Objekte bisher betreut wurden, für die Nachvollziehbarkeit ungewöhnlich niedriger Zeiteinsätze für die Erbringung von Reinigungsleistungen nicht aus.⁷⁴⁴
- Das BVA⁷⁴⁵ erachtete folgende Aufklärung als nicht vollständig und daher nicht rechtmäßig: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat über die Aufforderung, eine inhaltliche Plausibilisierung der Gemeinkosten vorzunehmen, lediglich geantwortet, dass es ihr möglich war „den Gemeinkostensatz im Vergleich zu vergleichbaren Maßnahmen günstiger zu kalkulieren“. ⁷⁴⁶ Als Begründung folgte eine Erklärung im Verhältnis zu anderen Maßnahmen des Auftraggebers, die laut BVA keine Erklärung für das signifikante Unterschreiten der Angebotspreise der übrigen Bieter war, weshalb darin keine hinreichende Aufklärung zu sehen war.
- In einer älteren Entscheidung hatte der VwGH⁷⁴⁷ bei einem Auftrag über Kanalbauarbeiten negative Einheitspreise für die Position „Bäume fällen und aufarbeiten“ zu beurteilen. Der Bieter begründete diese damit, dass das dabei anfallende und in das Eigentum des Auftragnehmers übergehende Astwerk der Kosmetikindustrie für die Herstellung von Zirbelkieferöl verkauft werden würde, weshalb ein Erlös für das Material kalkuliert worden sei. Der VwGH erachtete diese Aufklärung als nicht nachvollziehbar, auch aus dem Grund, dass der Bieter nicht bestritten hat, dass die von der belangten Behörde festgestellten erheblich unter seinen eigenen Annahmen liegenden Erlöse und Mengenangaben für die Verwertung von Zirbenreisig zutreffen.

⁷⁴³ BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-036.

⁷⁴⁴ UVS OÖ 10.7.2007, VwSen-550343/17/Wim/Jo.

⁷⁴⁵ BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34.

⁷⁴⁶ BVA 3.9.2004, 10N-57/04-34.

⁷⁴⁷ VwGH 9.10.2002, 2000/04/0039.

VII. Verständigung über das Ausscheiden (§ 129 Abs 3)

A. Art der Verständigung

- 444 In Abs 3 finden sich Formvorschriften bezüglich der Verständigung über das Ausscheiden. Diese Bestimmung besagt, dass der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes **nachweislich elektronisch oder mittels Telefax** zu verständigen hat. Da die Entscheidung über das Ausscheiden von Angeboten im BVergG 2006 (anders im BVergG 2002⁷⁴⁸) eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt,⁷⁴⁹ kann sie vor den Vergabekontrollbehörden angefochten werden. Damit die Bekämpfbarkeit gewährleistet ist, musste eine Verständigungspflicht eingeführt werden.⁷⁵⁰ Die Verständigung vom Ausscheiden ist somit für den Bieter konstitutiv: mit der nachweislichen Verständigung ist er de facto und de iure ausgeschiedener und somit nicht mehr im Verfahren verbliebener Bieter gemäß § 131. Solange die Ausscheidung noch vor den Vergabekontrollbehörden bekämpft werden kann, muss der Auftraggeber auch einem ausgeschiedenen Bieter die Zuschlagsentscheidung bekannt geben.⁷⁵¹
- 445 Es ist davon auszugehen, dass ein Auftraggeber bei der Angebotsprüfung zunächst das Vorliegen von Ausscheidensgründen prüft, weil eine Detailprüfung nur bei nicht auszuscheidenden Angeboten Sinn macht. Er ist aber nicht verpflichtet, Ausscheidensentscheidungen schon Wochen vor der Zuschlagsentscheidung zu treffen und mitzuteilen. Kein Bieter hat einen durchsetzbaren Anspruch darauf, dass das Angebot eines Mitbieters vor der Zuschlagsentscheidung ausgeschieden wird.⁷⁵²
- 446 Als gesondert anfechtbare Entscheidung kann das Ausscheiden auch jederzeit vom Auftraggeber zurückgenommen werden. Die Unterlassung des Ausscheidens (des Angebots eines Mitbieters) ist hingegen keine gesondert anfechtbare Entscheidung und kann daher erst mit der nachfolgenden Zuschlagsentscheidung angefochten werden.⁷⁵³
- 447 Zunächst ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass eine **briefliche Zustellung nicht wirksam** ist. Auch findet sich bei den Bestimmungen über die Übermittlung der Ausscheidensentscheidung

⁷⁴⁸ § 20 Z 13 BVergG 2002.

⁷⁴⁹ Siehe § 2 Z 16.

⁷⁵⁰ Siehe auch 1171 BlgNR 22. GP 85.

⁷⁵¹ Siehe hierzu ausführlich Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 131 Rz 15ff sowie 1171 BlgNR 22. GP 85.

⁷⁵² Elsner, BVergG 2006 Rz 215; BVA 2.1.2007, N/0093-BVA/05/2006-57.

⁷⁵³ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 158 mit weiteren Nachweisen.

keine Regelung für eine alternativ mögliche briefliche Zustellung, wie es bei den Bestimmungen über die Übermittlung der Zuschlagsentscheidung vorgesehen ist (§ 131 Satz 3).

448 Laut *Thienel* soll mit dieser Regelung des Gesetzes offenbar ein besonders rascher Zugang dieser Information sichergestellt werden.⁷⁵⁴ Auch die Rechtsprechung geht davon aus, dass der Gesetzgeber eine „möglichst beschleunigte Übermittlung der Informationen“ im Auge gehabt hat.⁷⁵⁵ Der VfGH folgt in einem Fall, in dem es um die Verständigung der Bieter durch den Auftraggeber über die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (gemäß § 163 Abs 3 BVergG 2002) ging, der Ansicht *Thienels*, wonach es unsachlich wäre, eine andere Übermittlung – im vorliegenden Fall per Boten – gesetzlich auszuschließen, wenn damit in gleicher Weise, wie mittels Telefax oder E-Mail, eine rasche und verlässliche Informationsübermittlung bewerkstelligt wird.⁷⁵⁶ Diese Argumente können meines Erachtens auch bei der Regelung über die Verständigung über das Ausscheiden vorgebracht werden, da das Gesetz auch in diesem Fall nichts über eine alternativ mögliche briefliche Zustellung sagte. *Öhler/Schramm* sprechen sich (unter Verweis auf die bereits genannte Rechtsprechung des VfGH)⁷⁵⁷ bei der Auslegung der Bestimmung des § 129 Abs 3 für eine analoge Anwendung des § 131 und somit für die Zulässigkeit einer brieflichen Übermittlung aus, falls eine nachweisliche elektronische oder Telefax-Übermittlung nicht möglich sein sollte.⁷⁵⁸ Das BVA hat zu dieser Frage zuletzt ausgesprochen, dass die in eventu zulässige briefliche Zustellung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 einer sachlichen Rechtfertigung bedarf.⁷⁵⁹ Die Befürchtung des Auftraggebers, dass der Zugang des Schreibens von den unterlegenen Bietern nicht mehr bestätigt werden könnte, ist keine sachliche Rechtfertigung für eine briefliche Übermittlung, zumal eine Zustellung elektronisch oder mittels Telefax nicht einmal versucht wurde. Das BVA betonte weiteres, dass die sachliche Rechtfertigung zwingend nötig sei, da es durch die briefliche Zustellung zu einer Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter kommt. Diese Rechtswidrigkeit sei weiters von wesentlichem Einfluss für das Vergabeverfahren, da die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags durch die Fristverkürzung erschwert und behindert wurde.

449 Unter „**nachweislich**“ versteht der VfGH⁷⁶⁰ „durch Nachweis bestätigt, belegt“ und nicht jedoch bloß nachweisbar. Die Verständigung muss daher durch einen Nachweis dokumentiert werden. Als Nachweis kommen Faxprotokolle oder Auszüge der Sendeliste in Betracht, denkbar sind laut

⁷⁵⁴ *Thienel*, RPA 2003, 7 (18).

⁷⁵⁵ VfGH 6.6.2005, B 1376/03.

⁷⁵⁶ VfGH 6.6.2005, B 1376/03 unter Verweis auf *Thienel*, RPA 2003, 7 (19f), der die Beschränkung der Informationswege auf bestimmte Medien als verfassungsrechtlich problematisch bezeichnet.

⁷⁵⁷ VfGH 6.6.2005, B 1376/03.

⁷⁵⁸ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 161.

⁷⁵⁹ BVA 19.8.2009, N/0071/BVA/13/2009-29.

⁷⁶⁰ VfGH 6.6.2005, B 1376/03 unter Verweis auf VwGH 22.3.1993, 91/10/0094.

Thienel auch Niederschriften, die von Mitarbeitern oder unbeteiligten Zeugen unterschrieben werden.⁷⁶¹

- 450 Aus dem Gesetz kann nicht abgeleitet werden, dass dem Bieter vor der Verständigung über das Ausscheiden Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist. Anderes gilt nur bei Unklarheiten über das Angebot oder bei behebbaren Angebotsmängeln gemäß § 126 Abs 1.

B. Begründung der Ausscheidensentscheidung

- 451 Weiters hat der Auftraggeber den **Grund** für das Ausscheiden anzugeben. Diese Begründung muss so konkret sein, dass der Bieter entscheiden kann, ob er ein Nachprüfungsverfahren anstrengen will. Hierzu wird der Auftraggeber eine konkrete verbale Begründung abgeben müssen, ein bloßer Verweis auf die entsprechende Ziffer des § 129 wird keinesfalls ausreichend sein.⁷⁶²
- 452 Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1998 sprach das BVA zur Vorgängerregelung § 52 Abs 2 BVergG 1997 aus, dass dem Auftraggeber aus dieser Bestimmung sowie aus dem die Privatwirtschaftsverwaltung bindenden Gleichheitsgebot die Pflicht erwächst, seine Entscheidungen, welche subjektive Rechte der Bieter betreffen, zu begründen.⁷⁶³
- 453 Mit der Frage, wie eine Begründung genau aussehen muss, hat sich der VKS Wien in einer neueren Entscheidung beschäftigt.⁷⁶⁴ Die ausgeschiedene Bieterin bekämpfte die Verständigung über das Ausscheiden, da der Pauschalvorwurf, die Gesamtreferenzsumme sei falsch, nicht einer dem Konkretisierungsgebot genügenden Begründung entspreche. Der VKS sprach nun aus, dass die Bieterin fälschlich davon ausgehe, dass an die Begründung der Ausscheidensentscheidung derselbe Maßstab angelegt werden muss, wie an die Begründung der Zuschlagsentscheidung (siehe hierzu ausführlich den sogleich folgenden Exkurs). Der VKS entschied, dass dies aus § 129 Abs 3 nicht abzuleiten ist und dass die Ausscheidensentscheidung in der das Ergebnis der Referenzprüfung in fünf Punkten dargestellt wird, ausreichend ist. Siehe auch VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081 zur Begründung der Zuschlagsentscheidung.
- 454 Anders beurteilt der UVS Burgenland diese Frage in einer jüngst ergangenen Entscheidung.⁷⁶⁵ Er verweist zunächst auf die Bestimmungen über die Begründung der Zuschlagsentscheidung und

⁷⁶¹ *Thienel*, RPA 2003, 7 (20).

⁷⁶² *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 160.

⁷⁶³ BVA 25.5.1998, N-8/98-16. Eine Verletzung der Begründungspflicht kann aber das Ergebnis der Angebotsprüfung nicht ändern.

⁷⁶⁴ VKS Wien 13.3.2008, VKS-3/08.

⁷⁶⁵ UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003.

auf das hierzu ergangene Erkenntnis des VwGH.⁷⁶⁶ Demnach bestimme § 131 Satz 4 unmissverständlich, dass in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung den verbliebenen Bietern näher bezeichnete Informationen (das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes) bekannt zu geben sind. Diese Bestimmung solle – den Materialien⁷⁶⁷ folgend – gewährleisten, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzt, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt.⁷⁶⁸ Der UVS Burgenland stellt nun fest, dass auch die Bestimmung des § 129 Abs 3 diesem Rechtsschutzgedanken Rechnung trägt, denn der Bieter muss auch zum Zeitpunkt der Bekanntgabe der Ausscheidensentscheidung bereits in der Lage sein, entscheiden zu können, ob er gegen diese Entscheidung ein Nachprüfungsverfahren anstrengen will.⁷⁶⁹ Daher bestehe kein Zweifel, dass das Fehlen der Begründung die gesondert anfechtbare Ausscheidensentscheidung rechtswidrig macht. Der UVS entschied,⁷⁷⁰ dass auch im vorliegenden Fall nichts anderes gelten kann, wenn nachträglich im Nachprüfungsverfahren ein anderer Grund als jener in der ursprünglichen Begründung der Ausscheidensentscheidung als eigentlicher Ausscheidensgrund genannt wird. Dieser Austausch des Ausscheidensgrunds ist folglich unzulässig, da der vom Bieter bereits gestellte Nachprüfungsantrag auf Grundlage der ursprünglichen Ausscheidensentscheidung somit ins Leere läuft. Da der Bieter keine Information über den wahren Ausscheidensgrund hatte, konnte er seine prozessualen Chancen nicht richtig einschätzen. Der UVS Burgenland dehnt in dieser Entscheidung die Rechtsprechung des VwGH zur Begründung der Zuschlagsentscheidung erstmals ausdrücklich auch auf die Ausscheidensentscheidung aus, was durchaus als brisant einzuschätzen ist.⁷⁷¹

C. Exkurs: Anforderungen an die Begründung von Auftraggeberentscheidungen, insbesondere die Zuschlagsentscheidung

- 455 Da die Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Begründung der Ausscheidensentscheidung – wie soeben erwähnt – immer wieder auf die Anforderungen an die Begründung von anderen Auftraggeberentscheidungen, insbesondere der Zuschlagsentscheidung verweist, sollen auch diese Thema hier kurz beleuchtet werden.

⁷⁶⁶ VwGH 22.4.2009, 2009/04/0081.

⁷⁶⁷ 1171 BlgNR 22. GP 86 (zu § 131).

⁷⁶⁸ Siehe auch BVA 19.8.2009, N/0071/BVA/13/2009-29, Th. Gruber, ZVB 2010, 24; BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31.

⁷⁶⁹ Vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 129 Rz 160.

⁷⁷⁰ UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003.

⁷⁷¹ Fink, RPA 2010, 95 (97).

- 456 Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da ansonsten nicht geprüft werden könnte, ob er beachtet ist.⁷⁷² Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere in der Wahl des Angebots für den Zuschlag elementare Bedeutung zu, da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter einen Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss. Eine lediglich auf Zahlen beruhende Vergabeentscheidung des Auftraggebers ohne detaillierter verbaler Darstellung für dessen Gründe ist mit den einschlägigen Bestimmungen des BVergG nicht vereinbar, da sie die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht ermöglicht.⁷⁷³
- 457 In § 131 finden sich Anforderungen an die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung. Wie bereits erwähnt, muss der Auftraggeber den verbliebenen Bietern unter anderem die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt geben. Diese Bestimmung legt nur die inhaltlichen Elemente der Begründung, nicht jedoch deren Tiefe fest.⁷⁷⁴ Grundsätzlich werden die Verwaltungsbehörden die Frage nach dem Umfang der Begründungspflicht nur durch eine auf den individuellen Sachverhalt bezogene Einzelfallbetrachtung beantworten können. Laut *Aicher* steht die inhaltliche Intensität der Begründungspflicht unter den Anforderungen des Zwecks, zu dem der Informationsanspruch des Bieters eingerichtet ist.⁷⁷⁵ Der Bieter soll jene Informationen über die Beurteilung des eigenen und des erfolgreichen Angebots erhalten, die ihm die Einschätzung ermöglichen, ob die Zuschlagsentscheidung rechtens getroffen wurde und ihre Bekämpfung aussichtsreich ist.⁷⁷⁶ Diese Argumentation *Aichers* wurde bereits von der jüngsten Rechtsprechung übernommen.⁷⁷⁷ Das BVA spricht aus, dass eine Zuschlagsentscheidung ausreichend begründet ist, die einen, wenn auch in manchen Passagen im Vergleich zur Darstellung des Angebots der Bestbieterin kurzen, jedoch jedenfalls nachvollziehbaren und individualisierten Vergleich der Beurteilungen des nicht zum Zuge gekommenen Angebots der Antragstellerin mit jenem der Bestbieterin enthält. Daraus ergibt sich, dass der Auftraggeber gehalten ist, eine aussagekräftige Begründung abzugeben, andererseits sollen die Anforderungen an diese Begründung aber nicht überspannt werden.

⁷⁷² EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC* Rz 41.

⁷⁷³ BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; BVA 2.3.2006, 04N-03/06-42; BVA 15.2.2002, N-134/01-37; BVA 20.7.2005, 04N-1/05-28.

⁷⁷⁴ *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG § 131 Rz 28.

⁷⁷⁵ *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG § 131 Rz 29.

⁷⁷⁶ *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG § 131 Rz 29; siehe auch VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081, 2009/04/0085.

⁷⁷⁷ BVA 15.3.2010, N/0130-BVA/02/2009-29.

- 458 Allgemeine Floskeln, wie das Angebot zeichne sich dadurch aus, dass es einerseits in Summe ein günstiges Angebot sei und andererseits das qualitativ höchste Angebot darstelle, oder die bloße Mitteilung von Selbstverständlichkeiten, wie ein Hinweis darauf, dass das Angebot die höchste Punktzahl erreicht hat, sind als Begründung nicht ausreichend.⁷⁷⁸ Für den Auftraggeber bedeutet dies, dass er zu jedem Kriterium in dem das Angebot eines Bieters nicht die maximale Punktzahl erhalten hat, eine verbale Begründung abzugeben hat, er muss erklären, warum das Angebot schlechter gereiht wurde, als die vorgereichten Angebote. Es wird jedenfalls nicht ausreichend sein, wenn der Auftraggeber nur die Vorzüge des Bestangebots aufzeigt.
- 459 In einem älteren Fall⁷⁷⁹ hatte der Auftraggeber zwei Zuschlagskriterien festgesetzt: die Qualität mit einer Gewichtung von 80% und den Preis mit einer Gewichtung von 20%. Das Zuschlagskriterium Qualität unterteilte sich mit entsprechender Gewichtung wieder in insgesamt neun Unterkategorien. Die geforderte Gewichtung der Zuschlagskriterien war somit grundsätzlich rechtskonform in der Ausschreibung angegeben. Jedoch erfolgte die Bewertung der Angebote und die sich daran anschließende Ermittlung des Bestbieters in einer dem vergaberechtlichen Gebot der Transparenz ungenügenden Weise, da der Auftraggeber lediglich eine Punktebewertung vorsah, ohne diese in einer plausiblen und nachvollziehbaren Weise verbal zu begründen. Selbst die bei zwei Unterkriterien eingesetzte Kommission, traf ihre Entscheidung ausschließlich auf Grundlage einer nicht näher begründeten arithmetischen Bewertung. Das BVA sah darin einen Verstoß gegen die vergaberechtlichen Vorschriften, die eine nachvollziehbare und transparente Bestbieterermittlung fordern. Somit kann nur eine schriftlich dokumentierte verbal begründete Vergabeentscheidung, die in transparenter Weise die Gründe für die Auswahl und die Ablehnung der einzelnen Bieter auflistet, geeignet sein, die Nachprüfbarkeit vor den Vergabekontrollbehörden zu gewährleisten. Ein wertvoller Praxistipp für Auftraggeber ist somit, alle Gründe für oder gegen ein Angebot in einer plausiblen und nachvollziehbaren Weise darzustellen, um somit langwierige und kostspielige Nachprüfungsverfahren hintan zu halten.⁷⁸⁰ *Latzenhofer*⁷⁸¹ gibt zu dieser Entscheidung des BVA zu bedenken, dass die Konsequenz dieser Entscheidung von manchen bedauert werden kann, da doch ein bloß formaler Begründungsfehler, der noch nichts über die inhaltliche Richtigkeit der Bestbieterermittlung aussagt, zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führt. Er geht aber davon aus, dass bei entsprechender Einsicht in die Mechanik von Systemen der Verwaltungsgerichtsbarkeit dies als unvermeidbare Konsequenz des Vergaberechtsschutzsystems zu akzeptieren ist.

⁷⁷⁸ Siehe zB BVA 19.8.2009, N/0071/BVA/13/2009-29, *Th. Gruber*, ZVB 2010, 24 (28); *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG § 131 Rz 29.

⁷⁷⁹ BVA 15.2.2002, N-134/01-37.

⁷⁸⁰ Siehe auch *Etlinger*, RPA 2002, 96 (100).

⁷⁸¹ *Latzenhofer*, ZVB 2002, 135 (136).

- 460 In einem bereits weiter oben dargestellten Fall hatte der Auftraggeber bestimmte Vergabekriterien und deren prozentuelle Gewichtung genannt, bei der Bewertung hat er aber nicht deren prozentuelle Gewichtung berücksichtigt, sondern alle Angebote jeweils mit Rang „1“ bewertet. Einerseits hatte der Auftraggeber dadurch unzulässiger Weise nachträglich Teile der Zuschlagskriterien eliminiert, darüber hinaus fehlte eine detaillierte verbale Darstellung für die Gründe der Bewertung, was mit dem Gesetz nicht vereinbar war, da die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers nicht gegeben war.⁷⁸²
- 461 In einem anderen Fall entschied das BVA,⁷⁸³ dass bei einem Vergabeverfahren über Steinmetzarbeiten zur Herstellung einer Außenfassade, von Fensterverkleidungen und von Bodenbelägen ein Zuschlagskriterium „Ästhetik“ grundsätzlich zulässig ist, ebenso eine Bewertung dieses Kriteriums durch eine Bewertungskommission. Im vorliegenden Fall fehlten in der Ausschreibung allerdings ausdrückliche Vorgaben für die Bewertung. Es war für die Bieter somit nicht klar erkennbar, nach welchen Kriterien die Bewertung erfolgen sollte. Es wurden weder die bei der Verteilung der Punkte durch die Bewertungskommission zu beachtenden noch die tatsächlich beachteten Kriterien der Ästhetik den Bietern offen gelegt. Das BVA stellte somit fest, dass objektiv nicht erkennbar war, aus welchen Gründen welches Muster welchen Bieters die erteilte Punktzahl bekommen hat. Insofern sei die Auswahl des Angebots für den Zuschlag nicht transparent erfolgt.
- 462 Die zentrale Entscheidung zu diesem Thema ist eine neuere Entscheidung des VwGH, in welcher die ständige Judikatur treffend zusammengefasst wird. Zunächst wird auf den Umfang der Begründungspflicht nach § 131 Abs 1 hingewiesen. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung führt zu einer objektiv rechtswidrigen Entscheidung des Auftraggebers und verletzt den Bieter in seinem Recht auf Bekanntgabe der in dieser Bestimmung enthaltenen Informationen. Denn hier soll der nicht zum Zug gekommene Bieter schon am Beginn der Stillhaltefrist die Informationen besitzen, die er für einen allfälligen Nachprüfungsantrag benötigt. Das bedeutet auch, dass inhaltsleere Floskeln keinesfalls ausreichend sind. Ausdrücklich wird auch auf die Bringschuld des Auftraggebers verwiesen. Gemäß § 325 muss eine Entscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt werden, wenn sie den Bieter in seinen Rechten verletzt und diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Verfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Laut VwGH ist die Unterlassung der Begründung der Zuschlagsentscheidung für den Ausgang des Verfahrens im Sinne des § 325 schon dann wesentlich, wenn die Einbringung eines begründeten Nachprüfungsantrags dadurch erschwert oder behindert wird, was seines Erachtens in der Regel anzunehmen ist. Der VwGH

⁷⁸² BVA 20.7.2005, 04N-1/05-28.

⁷⁸³ BVA 24.6.2004, 17N-48/04-24.

geht hier quasi von einer „Umkehr“ der Beweislast auf. Dieser Entscheidung und ihren Überlegungen folgen auch die Vergabekontrollbehörden:

- BVA 19.8.2009, N/0071-BVA/13/2009-29: Die Zuschlagsentscheidung enthielt lediglich eine inhaltsleere Begründung, welche keinerlei Informationsgehalt hatte: Es wurde lediglich vorgebracht, dass sich das Angebot der Bestbieterin dadurch auszeichnet, dass es in Summe ein günstiges Angebot ist und andererseits das qualitativ höchste Angebot darstellt. Darüber hinaus hat es in den meisten Bereichen die höchste Punkteanzahl erreicht.
- BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41: Hier enthielt die Zuschlagsentscheidung ebenfalls nur eine unzureichende Begründung. Diese enthielt zwar jeweils die Punktezahl der Antragstellerin und der Bestbieterin zu allen Kriterien und Subkriterien, aber keine Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots.

463 Es ist noch darauf hinzuweisen, dass neben der geforderten verbalen Begründung eine zahlenmäßige Beurteilung möglich ist. Eine Kommission darf beispielsweise Punkte vergeben, muss aber die Punktevergabe verbal begründen. Wichtig ist, dass die Punktevergabe mit der verbalen Begründung für diese Benotung auch zusammenpasst. In einem Fall⁷⁸⁴ war das BVA mit einer Bewertung konfrontiert, bei der die Punktevergabe nicht mit der verbalen Beurteilung in Einklang zu bringen war. Beispielsweise hatte ein verbal besser beurteiltes Angebot weniger Punkte als ein verbal schlechter beurteiltes Angebot, welches wiederum mehr Punkte als das andere hatte. Das BVA entschied, dass in diesem Fall die Nachvollziehbarkeit und gerichtliche Überprüfung der Bewertung nicht möglich sei, weshalb die Zuschlagserteilung mit Rechtswidrigkeit behaftet sei und für nichtig erklärt wurde.

464 Daraus ergibt sich zusammenfassend, dass der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote genau auf die von ihm aufgestellten Zuschlagskriterien eingehen muss und die Bewertung jedes Angebots zu begründen hat. Dies muss in solch einer Form geschehen, dass die gerichtliche Überprüfbarkeit gewahrt bleibt. Ein Auftraggeber muss jedes Angebot im Hinblick auf jedes Zuschlagskriterium und Subkriterium bewerten und sollte kein Kriterium außer Acht lassen. Eine nachprüfende Behörde muss in der Lage sein, die Bewertung jedes Kriteriums nachzuvollziehen. Dennoch betont das BVA, dass es bei der Möglichkeit zur Nachvollziehbarkeit keine wirtschaftlich unvertretbaren Anforderungen an den Auftraggeber zu stellen beabsichtigt.⁷⁸⁵ Eine Grenze der Begründungspflicht liegt jedenfalls bei der Preisgabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen des erfolgreichen Bieters, jedoch sollte es zu keiner exzessiven Auslegung dieser Begriffe kommen.

⁷⁸⁴ BVA 2.3.2006, 04N-03/06-42.

⁷⁸⁵ BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26.

- 465 Ein Mangel an Nachvollziehbarkeit stellt immer eine Rechtswidrigkeit dar. Die Nachvollziehbarkeit der Bewertung der Angebote auf ihre Richtigkeit und Plausibilität muss gegeben sein. Das BVA geht davon aus, dass dem europarechtlichen Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren insbesondere bei der Wahl des Angebots für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zukommt,⁷⁸⁶ da die Entscheidung des Auftraggebers, aus welchen Gründen er einem bestimmten Bieter den Zuschlag erteilen möchte, objektiv nachvollziehbar sein muss.⁷⁸⁷
- 466 Die ständige Rechtsprechung⁷⁸⁸ sowie die Materialien⁷⁸⁹ zum BVergG gehen davon aus, dass die Verpflichtung des Auftraggebers die Zuschlagsentscheidung zu begründen jedenfalls eine Bringschuld des Auftraggebers darstellt. Dem Nachprüfungswerber ist es nicht zuzumuten, die vom Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung nicht bekannt gegebenen Informationen beim Auftraggeber selbst oder im Wege eines Nachprüfungsverfahrens zu beschaffen. Ein Abgehen von diesem Grundsatz und damit eine Verkürzung der effektiven Anfechtungsfrist für den Bieter durch briefliche Zustellung oder durch fehlende oder mangelhafte Bekanntgabe der Informationen gemäß § 131 vierter Satz bedarf einer sachlichen Rechtfertigung. Es bleibt abzuwarten ob die künftige Rechtsprechung eine analoge Anwendung der der Anforderungen an die Begründung der Zuschlagsentscheidung auch auf die Begründung der Ausscheidensentscheidung für zulässig erachten wird.

⁷⁸⁶ Beispielsweise EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*.

⁷⁸⁷ BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; BVA 2.3.2006, 04N-03/06-42.

⁷⁸⁸ BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31; N/0100-BVA/09/2008-18; BVA 18.9.2009, N/0084-BVA/13/2009-41, *Th. Gruber*, ZVB 2010, 24 (28); VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081, 2009/04/0085.

⁷⁸⁹ 1171 BlgNR 22. GP 86 (zu § 131).

VIII. Weitere angebotsbezogene Mängel

A. *Fehlende Zumutbarkeit (§ 126 Abs 3)*

- 467 Nach § 126 Abs 3 sind Angebote, die solche Mängel aufweisen, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, ohne Durchführung eines Aufklärungsverfahrens auszuschneiden. Die Behebung eines solchen Mangels ist jedenfalls unzulässig. Das Gesetz bezieht sich in dieser Bestimmung ausdrücklich nur auf Mängel, nicht auf Unklarheiten. Daher ist davon auszugehen, dass bei Vorliegen einer Unklarheit immer die Möglichkeit einer Klarstellung besteht, dass also dieser Angebotsfehler immer verbesserbar ist.⁷⁹⁰
- 468 Wo die Grenze zwischen der zumutbaren und nicht zumutbaren Bearbeitung des Angebots liegt, wird vom Gesetz freilich nicht festgelegt. Aus den Bestimmungen des Gesetzes ist aber zu schließen, dass an die Unzumutbarkeit hohe Anforderungen zu stellen sind, da der Auftraggeber beispielsweise verpflichtet ist, den Bieter auch bei wesentlichen behebbaren Mängeln zur Verbesserung aufzufordern. In vielen Fällen wird dieser Ausscheidensgrund nicht mehr geprüft, weil bereits andere Ausscheidensgründe vorliegen, meistens § 129 Abs 1 Z 7 erster Fall.
- 469 Daher hat sich die Judikatur ebenfalls kaum mit diesem Ausscheidenstatbestand beschäftigt und somit ebenfalls keine Definition dieses Begriffs entwickelt.
- 470 *Aicher* ging schon früh davon aus, dass Angebote mit gravierenden formalen und inhaltlichen Mängeln (sowie unverbindliche Angebote)⁷⁹¹ sofort auszuschneiden sind.⁷⁹² Diese Formel wird von der Rechtsprechung⁷⁹³ in Zusammenhang mit der fehlenden Behebbarkeit von Mängeln immer wieder genannt, daher kann man darunter jene Mängel verstehen, deren Bearbeitung gemäß § 126 Abs 3 (bzw der Vorgängerbestimmungen § 94 Abs 3 BVergG 2002 und § 48 Abs 2 BVergG 1997) unzumutbar ist.
- 471 Folgende Beispiele finden sich in der Judikatur:
- In einer neueren Entscheidung sprach das BVA aus, dass eine „Aufklärung“ gemäß § 126 Abs 3 nicht erforderlich war, da die Bieterin nicht einmal ein ausreichendes Angebot über die

⁷⁹⁰ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 16.

⁷⁹¹ Siehe hierzu Kapitel VII.C.

⁷⁹² *Aicher* in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts 412.

⁷⁹³ VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037; VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; BVA 5.1.2004, 05N-110/03-49; BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39.

Anzahl der Packungen im Verhältnis zu Packungsgröße und geforderter Testanzahl zusammenstellen konnte.⁷⁹⁴

- Nach einer Entscheidung des UVS Vorarlberg⁷⁹⁵ könne die Bearbeitung eines Angebots mit fehlenden Angaben über Umsatz, Gesamtmitarbeiterstand, technische Ausrüstung, Referenzprojekt und Schlüsselpersonal sowie fehlender Unterfertigung an der hierfür vorgesehenen Stelle dem Auftraggeber schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zugemutet werden, weil der Bieter dadurch eine Situation herbeigeführt habe, die unter anderem einer Verlängerung der Angebotsfrist für ihn gleichkäme.
- Ein Angebot ist nicht mit einem unzumutbaren Mangel behaftet, wenn geforderte Beilagen gänzlich oder teilweise fehlen, besonders, wenn der Auftraggeber ausdrücklich zur Vorlage der fehlenden Nachweise aufgefordert hat.⁷⁹⁶
- Der UVS Steiermark⁷⁹⁷ geht von einer unzumutbaren Bearbeitung aus, wenn der Bieter zwar für die meisten Positionen Preisbestandteile angibt, daraus jedoch keine Positionspreise errechnet wurde. Mit Ausnahme einzelner Positionen wurden die Preisbestandteile Montage und Service nicht ausgepreist. Da diese Bestandteile sowohl mit € 0,-- ausgepreist wurden als auch ohne Eintrag blieben, sei nicht nachvollziehbar, ob diese Leistungsbestandteile nun kostenlos oder überhaupt nicht angeboten werden.
- Das BVA entschied,⁷⁹⁸ dass der Umstand, dass die Antragstellerin die Anteile "Lohn" und "Sonstiges" nicht in absoluten Zahlen sondern bloß prozentmäßig in ihr Angebot eingetragen hat, kein Mangel ist, der dem Auftraggeber eine weitere Bearbeitung unzumutbar machen würde. Zudem wäre die Umrechnung in absolute Zahlen nur zur Prüfung der Plausibilität erforderlich. Selbst in diesem Fall wäre jedenfalls von einem behebbaren Mangel auszugehen, da bei einer Verbesserung dieses Mangels keine Manipulationsmöglichkeit bestünde.
- In einer älteren Entscheidung hatte das BVA folgenden Sachverhalt zu beurteilen:⁷⁹⁹ Der Auftraggeber hatte eine bestimmte Form der Angebotserstellung zur Ermittlung von so genannten Gleitpreisen vorgegeben. Der Bieter hatte bei den Positionen für einzelne

⁷⁹⁴ BVA 17.9.2009, N/0080-BVA/01/2007-20.

⁷⁹⁵ UVS Vorarlberg 15.6.2007, 314-003/2007 (ohne – soweit den veröffentlichten Rechtssätzen zu entnehmen ist – auf § 126 Abs 3 Bezug zu nehmen); *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 126 Rz 18.

⁷⁹⁶ VwGH 29.3.2006, 2003/04/0192.

⁷⁹⁷ UVS Stmk 10.07.2003, 44.7-2/2003.

⁷⁹⁸ BVA 29.8.2002, N-19/02-19.

⁷⁹⁹ BVA 29.6.2000, N-25/00-24.

Teilleistungsfaktoren Werte einzusetzen und sodann einen Betrag als Honorar für die jeweilige Position anzugeben. Nach einer vom Auftraggeber vorgegebenen Multiplikation mit anderen Faktoren war daraus das Teilleistungshonorar zu errechnen und in einem freigelassenen Feld vom Bieter einzutragen. Entgegen diesen Vorgaben hatte ein Bieter seinem Angebot eine eigene Kalkulation beigegeben, aus der sich seine eigene Honorarkalkulation ergab. Das BVA spricht nun aus, dass sich der Bieter bei der Erstellung des Angebots an die vom Auftraggeber vorgegebene Form zu halten hat. Da der Bieter aber die Formblätter des Auftraggebers durchwegs in der geschilderten Weise ausgefüllt hat, kann es dem Auftraggeber nicht zugemutet werden ein solches Angebot weiter zu bearbeiten. Das BVA spricht aus, dass das Angebot insgesamt den Vorgaben des Auftraggebers widerspricht, zumal diese Art der Angebotserstellung zur Anwendung der Gleitpreise erforderlich ist. Darüber hinaus handelt es sich hierbei um ein Angebot, dessen Bearbeitung dem Auftraggeber nicht zugemutet werden kann.

B. Problemfeld: rechtsgültige Unterfertigung des Angebots

- 472 Nach § 108 Abs 1 Z 9 muss jedes Angebot eine **rechtsgültige Unterfertigung** enthalten. Die allgemeinen Bestimmungen über die Grundsätze der Ausschreibung sehen in § 79 Abs 7 vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich nur eine Stelle für die rechtsgültige Unterfertigung des Angebots durch den Bieter vorzusehen ist. Mit dem Problembereich „hinreichender Angebotsfertigung“ hatten sich die Vergabekontrollbehörden über Jahre hinweg beschäftigt und dennoch gab es aufgrund unterschiedlicher Ansätze in der Rechtsprechung einige offene Fragen.⁸⁰⁰ Einig war man sich darüber, dass es bei einer rechtsgültigen Unterfertigung ausreicht, *„dass der Bieter durch sein Angebot zivilrechtlich gebunden ist. Rechtsgültig unterfertigt ist ein Angebot dann, wenn der Unterzeichnende zur Fertigung entweder generell oder auch nur für diese Ausschreibung berechtigt ist.“*⁸⁰¹ Im Gegensatz dazu bedeutet **firmenmäßige Fertigung**, dass ein Angebot von jenen Personen in ausreichender Zahl zu unterschreiben ist, deren Vertretungsbefugnis aus dem Firmenbuch ersichtlich ist (Geschäftsführer, Vorstand, Prokuristen).⁸⁰² Im Normalfall reicht die rechtsgültige Unterfertigung, wenn der Auftraggeber aber zwingend eine firmenmäßige Unterfertigung verlangt und die Ausschreibung nicht angefochten wird, muss das Angebot auch firmenmäßig

⁸⁰⁰ Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 384.

⁸⁰¹ ZB VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037; VwGH 9.10.2002, 2002/04/0058; BVA 14.5.2003, 5N-36/03-29; BVA 19.12.2003, 15N-118/03-18.

⁸⁰² OGH 2.7.2002, 4 Ob 154/02d (steht da so nicht drinnen); OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a (So liegt selbst dann keine firmenmäßige Fertigung vor, wenn nur einer von zwei kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführern seine Unterschrift unter ein Angebot gesetzt hat); BVA 18.2.2000, N-22/99-24, N-29/99-7, F-19/99-7; BVA 22.4.1999, BVA F-28/98-15.

unterfertigt sein. Die mangelnde Unterfertigung führt gemäß der Rechtsprechung⁸⁰³ zu einem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden sowie einem unzulässigen unverbindlichen Angebot.

473 Wenn ein Auftraggeber (auch entgegen den Bestimmungen des Gesetzes) in der bestandsfest gewordenen Ausschreibung eine firmenmäßige Fertigung verlangt, so würde die Zulassung eines Verbesserungsverfahrens zur Behebung des Mangels der nicht ordnungsgemäßen Unterfertigung des Angebots wiederum eine schwerwiegende Wettbewerbsverzerrung darstellen. Dadurch würde einem Bieter noch nach Angebotsöffnung die faktische Möglichkeit eingeräumt werden, sanktionslos ein ihn reuendes Angebot wieder ungeschehen zu machen, indem er die Verbesserungsfrist untätig verstreichen lässt und dadurch das Ausscheiden des Angebots erreichen könnte.⁸⁰⁴ Die Ansicht, der Mangel sei nicht behebbar, weil es der Bieter sonst in der Hand hätte, ein ihn reuendes Angebot durch Unterlassung der Mängelbehebung der Ausscheidung zuzuführen, hätte allerdings laut ständiger Rechtsprechung des VwGH⁸⁰⁵ zur Konsequenz, dass ein Mangel nie als behebbar gelten könnte, hat es doch der Bieter immer in der Hand, die Mängelbehebung zu unterlassen. Eine derartige Sichtweise würde jedoch dem Gesetz widersprechen, das ausdrücklich die Behebung von Mängeln vorsieht.

474 Das BVA spricht in einer etwas älteren Entscheidung aus, dass die Mitbieterinnen darauf vertrauen dürfen, dass ein wegen nicht rechtsgültiger Fertigung den Vorgaben nicht entsprechendes Angebot sofort ausgeschieden wird.⁸⁰⁶ Interessant ist, dass das BVA hier offensichtlich eine rechtsgültige mit einer firmenmäßigen Unterfertigung gleichsetzt. Es beruft sich auf *Rummel*, demzufolge im stark formalisierten Vergabeverfahren Strenge am Platz ist.⁸⁰⁷ *G. Gruber*⁸⁰⁸ verweist allerdings zutreffend darauf, dass sich der VwGH in seinem Erkenntnis vom 9.10.2002, 2002/04/0058 unter Berufung auf den Wortlaut entgegen der Auffassung von *Rummel* nicht veranlasst gesehen hat, unter „rechtsgültige Unterfertigung“ im Sinne eines stark formalisierten Vergabeverfahrens eine „firmenmäßige Zeichnung“ zu verstehen. Er empfiehlt weiters, dass zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten nicht nur eine Gemengelage von firmenmäßiger und rechtsgültiger Fertigung vermieden werden sollte, sondern überhaupt nicht darüber hinausgegangen werden sollte, nur eine rechtsgültige Unterfertigung des Angebotes zu fordern.

⁸⁰³ Siehe zB OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a (Das Angebot ist unverbindlich, weil ihm mangels geforderter firmenmäßiger Fertigung die Verbindlichkeit fehlt.); OGH 2.7.2002, 4 Ob 154/02d.

⁸⁰⁴ OGH 6.6.1991, 6 Ob 564/91; OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a; OGH 2.7.2002, 4 Ob 154/02d; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17; BVA 22.4.1999, F-28/98-15.

⁸⁰⁵ VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024; VwGH 29.3.2006, 2003/04/0192; VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201.

⁸⁰⁶ BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17.

⁸⁰⁷ *Rummel*, ÖZW 1999, 1 (5).

⁸⁰⁸ *G. Gruber*, ZVB 2003, 25 (26).

- 475 Laut einer weiteren älteren Entscheidung des BVA vom 20.2.2004, 16N-144/03-36, kann die rechtsgültige Fertigung des Angebots einer Bietergemeinschaft durch ein von den übrigen Bietern bevollmächtigtes Mitglied dieser Bietergemeinschaft erfolgen, besonders da in der Ausschreibung lediglich eine rechtsgültige Fertigung vorgesehen war. Eine zwingende Forderung nach firmenmäßiger Fertigung konnte das BVA der Ausschreibung nicht entnehmen. Diese ließ – wie das BVA ausdrücklich betonte – auch im Hinblick auf den Zweck rechtsgültiger Unterfertigung im Vergaberecht, eine unwiderrufliche Bindung des Bieters mit der Angebotsöffnung zu erreichen, eine weniger strenge Deutung zu. Das BVA entschied, dass das Angebot demnach hinsichtlich der Fertigung mit keinem Mangel behaftet ist und es daher auch keiner Verbesserung bedurfte.
- 476 Unter Verweis auf die Rechtsprechung des OGH zur Manipulationsmöglichkeit beim bewussten Einbau von Mängeln, ging das BVA in seinem Erkenntnis vom 19.12.2003, 15N-118/03-18, von einem unbehebbar Mangel aus. Das Angebot der Antragstellerin wurde von einem Gesamtprokuristen alleine mit dem Zusatz ppa (per procura) gezeichnet. Da nach allgemeinem Unternehmensrecht (§ 48 Abs 2 UGB) ein Gesamtprokurist nur gemeinsam mit einem oder mehreren anderen aktiv werden kann, mangelt es ihm ohne einen zweiten an der Vertretungsbefugnis. Da das Angebot somit im vorliegenden Fall nicht firmenmäßig gefertigt war, stellte sich die Frage, ob dennoch eine rechtsgültige Unterfertigung vorliegt. Dem Angebot war keine sonstige (Einzel- oder Generalhandlungs-)Vollmacht beigelegt, aus der ersichtlich gewesen wäre, dass der Unterzeichnende alleine befugt ist, die Antragstellerin zu verpflichten. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OGH und VwGH spricht das BVA in seiner Begründung aus, dass das gelegte Angebot keiner Verbesserung zugänglich gewesen wäre, denn der Bieter hätte unzulässiger Weise durch nachträgliche Vorlage oder Nicht-Vorlage einer Vollmacht des Unterzeichnenden über den Verbleib des Angebots im Vergabeverfahren entscheiden können. Daher hielt das BVA fest, dass das Angebot zu Recht ohne Gewährung einer Möglichkeit zu Mängelverbesserung ausgeschieden wurde.
- 477 In einem anderen Fall, welchen der OGH zu entscheiden hatte,⁸⁰⁹ hatte ein Bieter zwar die Baustellenordnung als Teil des dem Angebot angeschlossenen Leistungsverzeichnisses firmenmäßig unterfertigt, nicht aber die eigentliche Erklärung, wonach er die Bedingungen der Angebotserbringung zur Kenntnis nimmt und anerkennt. An der unter dem Vordruck „Firmenmäßige Fertigung durch den Bieter“ vorgesehenen Stelle wurde nur die Firmenstampiglie aufgedruckt. Der Bieter behauptete, dass er das Angebot bloß an der falschen Stelle firmenmäßig gefertigt hatte. Der OGH konnte dieser Argumentation nicht folgen, da sich die firmenmäßige

⁸⁰⁹ OGH 2.7.2002, 4 Ob 154/02d.

Unterfertigung auf die Baustellenordnung bezog und daher nicht als firmenmäßige Unterfertigung des gesamten Angebots verstanden werden konnte. Allgemein kann gesagt werden, dass für den Fall, dass die Ausschreibung – entgegen den Vorgaben des Gesetzes – eine Unterfertigung an mehreren Stellen fordert und der Bieter verabsäumt an einer dieser Stellen zu unterfertigen, eine Einzelfallbetrachtung geboten ist.⁸¹⁰ Wie im soeben geschilderten Fall angedeutet, kann nur dann von einem behebbaren Mangel ausgegangen werden, wenn aus einer Zusammenschau der Unterlagen klar hervorgeht, dass von einer Fertigung des gesamten Angebots auszugehen ist und der Wille einer Bindung an das Angebot eindeutig erkennbar ist.

478 Man kann dem Auftraggeber zur Vermeidung dieser Probleme nur nachdrücklich empfehlen, die Vorgaben des Gesetzes zu beachten und die rechtsgültige Unterfertigung etwa an einer bestimmten Stelle auf dem Muster eines Angebotsschreibens, in dem alle Teile des Angebots für verbindlich erklärt werden, zu verlangen.⁸¹¹

479 *Fink/Schiefer* verneinen unterschiedliche Rechtsprechungslinien zu finden und bringen das Beispiel, in dem in einer bestandsfesten Ausschreibung – entgegen den Bestimmungen des BVergG – eine firmenmäßige Fertigung gefordert wird.⁸¹² Der OGH hatte entschieden, dass wenn ein Angebot zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung dieser Forderung nicht entspricht, es auszuschneiden ist. Es handle sich dabei um einen unbehebaren Mangel, zumal der Forderung nach firmenmäßiger Fertigung der berechtigte Auftraggeberwunsch zugrunde liege, von vornherein Klarheit über die volle Wirksamkeit des Angebots zu haben.⁸¹³ Der VwGH geht wiederum bei einer derartigen Konstellation von einem verbesserungsfähigen Mangel aus und betont, dass nicht übersehen werden darf, „dass der Gesetzgeber nur eine rechtsgültige Unterfertigung iS von zivilrechtlicher Bindung des Bieters an sein Angebot [...] fordert und es bei der Rechtsgültigkeit des Angebotes nicht in der Hand des Bieters liegt, seine Rechtsstellung durch Behebung oder Nichtbehebung des Mangels zu verändern.“⁸¹⁴

480 Zusammenfassend kann man sagen, dass eine rechtsgültige Fertigung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung aus dem gelegten Angebot klar erkennbar sein muss. Kann die Vertretungsbefugnis der unterfertigenden Person(en) daher nicht aus einem Firmenbuchauszug ersehen werden, so muss der Bieter bereits seinem Angebot eine Vollmacht beilegen. Ansonsten liegt ein nicht verbesserungsfähiger Mangel vor, der zum Ausscheiden des Angebots führt.⁸¹⁵

⁸¹⁰ *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 386.

⁸¹¹ *Weber*, ZVB 2003, 59.

⁸¹² *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 384f.

⁸¹³ Siehe auch OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a; OGH 29.10.2008, 9 Ob 38/08s, RPA 2009, 130 (*Madl*).

⁸¹⁴ VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037; *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2002 § 98 FN 123.

⁸¹⁵ ZB BVA 14.5.2003, 05N-36/03-30.

Öhler stellt fest, dass in Zusammenhang mit dieser Problematik noch nicht geklärt ist, wie das BVA mit der Frage umgehen würde, ob das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht für den Nachweis der Vertretungsbefugnis ausreichend ist.⁸¹⁶ Auch Latzenhofer geht davon aus, dass das BVA möglicherweise nicht prüft, ob eine Bevollmächtigung kraft Anscheinsvollmacht vorlag.⁸¹⁷ In einem Fall hatte sich der Auftraggeber offenbar darauf berufen, dass er auf Grund verschiedener, dem Bieter zurechenbarer Umstände auf das Vorliegen einer Bevollmächtigung vertrauen durfte. Latzenhofer⁸¹⁸ kritisiert, dass das BVA diese Frage aufgreifen, klären und in die Begründung aufnehmen hätte müssen. Er betont mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Judikatur, dass die Vertretung kraft Anscheinsvollmacht zwar nicht leichtfertig anzunehmen ist, aber im Zivilrecht bereits seit hundert Jahren anerkannt ist und daher auch im Vergabekontrollverfahren nicht unbeachtet bleiben sollte.

- 481 Es stellt sich die Frage wie in dem Fall vorzugehen ist, wenn der Auftraggeber feststellt, dass die unterzeichnende Person nicht laut Firmenbuch vertretungsbefugt ist und es im Angebot keinen Hinweis auf das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gibt. Nach dem Zivilrecht ist das Nachreichen einer entsprechenden Urkunde zur Bestätigung einer im Zeitpunkt der Angebotsöffnung bestehenden Vollmacht unproblematisch.⁸¹⁹ Aus vergaberechtlicher Sicht könnte dies aber problematisch sein, weil der Bieter durch Unterlassung der Verbesserung ein ihn reuendes Angebot de facto zurückziehen könnte. Aus dieser Überlegung heraus kommt der Großteil der vergaberechtlichen Rechtsprechung zu dem Schluss, dass bei fehlender Vollmacht und bei fehlendem Hinweis (durch eine Bezugnahme) auf ein Vertretungsverhältnis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung von einem unbehebbar Mangel auszugehen ist.⁸²⁰ Ein kleinerer Teil der Rechtsprechung scheint nicht von der Notwendigkeit einer Vollmachtsvorlage bereits zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung auszugehen.⁸²¹ Laut Fink/Schiefer⁸²² erscheint es nicht ausgeschlossen, dass seitens des VwGH auch die Nachreichung einer Vollmacht als behebbar angesehen wird. Angesichts dieser Unklarheiten kann man dem Bieter daher nur empfehlen, sein Angebot entweder zur absoluten Sicherheit firmenmäßig zu unterfertigen oder jedenfalls eine entsprechende Vollmacht beizulegen.

⁸¹⁶ Öhler, RdW 10/2003, 579.

⁸¹⁷ Latzenhofer, ZVB 2003, 236 (237).

⁸¹⁸ Latzenhofer, ZVB 2003, 236 (238).

⁸¹⁹ Sagmeister, ZVB 2003, 339 (341). Die Autorin verweist kritisch auf die großzügige Rechtsprechung des UVS Tirol. Dieser stellt für die Rechtswirksamkeit eines durch einen nicht vertretungsbefugten Mitarbeiter auf das Einlassen des Bieters in das Vergabeverfahren oder Erscheinen bei der Angebotsöffnung ab.

⁸²⁰ BVA 19.12.2003, 15N-118/03-18; BVA 14.5.2003, 05N-36/03-29; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17; VKS Wien 14.5.2003, VKS-3896/03.

⁸²¹ ZB BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36; UVS Tirol 24.7.2003, 2003/K11/006-8.

⁸²² Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 385.

- 482 Zu dieser Frage schuf der VwGH in einem Erkenntnis aus dem Jahr 2006 erste Klarheit.⁸²³ Er sprach aus, dass es nicht erforderlich ist, dass die Bevollmächtigung eines nicht laut Firmenbuch Zeichnungsberechtigten bereits mit Angebotslegung für den Auftraggeber nach außen erkennbar abgegeben und solcherart „offengelegt“ wird. Der VwGH geht davon aus, dass es ausreichend ist, dass eine Vollmacht bis zum Ende der Angebotsfrist erteilt wurde. Ergeben sich danach bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über die Rechtsverbindlichkeit des Angebots, hat der Auftraggeber entsprechende Aufklärungen zu verlangen. Der Mangel ist sohin dann behebbar, wenn eine Bevollmächtigung tatsächlich vorgelegen ist.
- 483 Kein halbes Jahr später bestätigte der VwGH seine Linie mit einem weiteren Erkenntnis. Er entschied (allerdings zum BVergG 1997),⁸²⁴ dass für den Fall, dass das Angebot nicht von einer nach dem Firmenbuch (einzeln-)vertretungsbefugten unterfertigt ist, sich aus dem Gesetz keine Verpflichtung des Bieters ergibt, die Bevollmächtigung durch Vorlage einer entsprechenden Urkunde, bereits bei Angebotslegung nachzuweisen. Der VwGH bezeichnet die Ansicht der belangten Behörde, wonach auch der Auftraggeber die Bevollmächtigung in jeden Fall zu überprüfen hat, als Verkennung der Rechtslage. Nunmehr entfällt sogar die Prüfung des Auftraggebers über das Vorliegen eines nicht offen gelegten Vollmachtsverhältnisses, weil § 123 nicht Derartiges vorsieht, soweit sich bei der Angebotsprüfung keine Unklarheiten über die Rechtsverbindlichkeit ergeben.⁸²⁵
- 484 Daher kann man das Problem folgendermaßen zusammengefasst darstellen: Ursprünglich hatten die Auftraggeber sehr oft firmenmäßige Zeichnung vorgeschrieben. Angebote, die von anderen Personen gefertigt waren, entsprachen eben nicht diesem Formerfordernis. Der Gesetzgeber reagierte darauf insofern, als seit dem BVergG 2002 nur noch eine rechtsgültige Fertigung des Bieters gefordert wird. Dennoch überraschte die Rechtsprechung mit der Forderung, dass die Bevollmächtigung solcher Personen schon bei Angebotslegung durch eine entsprechende Urkunde nachzuweisen ist.⁸²⁶ Der VwGH hat dieser Rechtsprechung mit seinen genannten Urteilen eine klare Absage erteilt, indem er ausgesprochen hat, dass bei solchen Angeboten zunächst von der Rechtsverbindlichkeit auszugehen ist. Der Auftraggeber muss die zivilrechtliche Bevollmächtigung von nicht laut Firmenbuch vertretungsbefugten Personen nicht in jedem Fall prüfen.

⁸²³ VwGH 15.12.2006, 2005/04/0091.

⁸²⁴ VwGH 23.5.2007, 2005/04/0214, ZVB 2007, 325 (*Hackl*).

⁸²⁵ *Keisler*, RPA 2007, 218 (221).

⁸²⁶ *Hackl*, ZVB 2007, 325.

485 Der Praxis kann man daher folgende Hinweise geben.⁸²⁷ Auftraggeber müssen in Zukunft nicht in jedem Fall die Bevollmächtigung der das Angebot unterzeichnenden Person überprüfen. Eine Einsichtnahme beim jeweils zuständigen Firmenbuchgericht oder Erkundigung beim Geschäftsführer ist nur bei Zweifel an der Rechtsverbindlichkeit des eingereichten Angebots einzuholen. Für Auftragnehmer gilt, dass eine Bevollmächtigung nur auf Aufforderung nachgewiesen werden muss, spätestens durch Aussage des Geschäftsführers im Nachprüfungsverfahren. Auch das Angebot eines Mitbewerbers kann nicht dadurch zu Fall gebracht werden, dass die mangelnde Bevollmächtigung der unterfertigenden Person eingewandt wird. *Hackl* geht davon aus, dass kein Geschäftsführer das ansonsten zuschlagsfähige Angebot seines Unternehmens freiwillig aus dem Rennen nehmen wird, indem er angibt, die handelnden Personen hätten keine Vollmacht gehabt.⁸²⁸ Meines Erachtens ist es durchaus denkbar – wenn auch nicht sehr wahrscheinlich –, dass ein Unternehmer Gründe – wie beispielsweise einen lukrativeren Auftrag, der alle Ressourcen des Betriebs beansprucht – für einen nachträglichen Rückzug aus dem Vergabeverfahren haben kann und somit diese Gelegenheit zur Zurücknahme seines Angebots nützen könnte.

C. Unverbindliche Angebote

486 Es wurde bereits erwähnt, dass Rechtsprechung und Lehre davon ausgehen, dass unverbindliche Angebote sofort auszuschneiden sind.⁸²⁹ Auch ein Fall von unverbindlichen Angeboten wurde schon etwas weiter oben erörtert, und zwar der Fall, dass ein Angebot nicht ausreichend unterfertigt ist. Auch in diesem Fall haben die Vergabebehörden wiederholt ausgesprochen, dass das Angebot auszuschneiden ist. In diesem Zusammenhang beschäftigt sich *Latzenhofer*⁸³⁰ ausführlicher mit der Problematik unverbindlicher Angebote. Er stellt fest, dass bei richtiger Betrachtung überhaupt kein Angebot im Sinne des Vergaberechts vorliege, weil mangels eigener Regelung das inhaltlich als Sonderzivilrecht zu qualifizierende Vergaberecht ein zivilrechtlich verbindliches Angebot voraussetzt, wenn es vom Angebot spricht. Er geht davon aus, dass ein unverbindliches Angebot daher streng genommen nicht auszuschneiden, sondern einfach nicht weiter zu berücksichtigen ist, wenngleich eine analoge Anwendung der Ausscheidensregeln aus Rechtsschutzgründen geboten ist.

⁸²⁷ Siehe *Hackl*, ZVB 2007, 325 (326).

⁸²⁸ *Hackl*, ZVB 2007, 325 (326).

⁸²⁹ BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; *Aicher* in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts 412.

⁸³⁰ *Latzenhofer*, ZVB 2003, 236 (237f).

D. Bedingte Angebote

487 Es wird davon ausgegangen, dass bedingte Angebote von Ziffer 7 erfasst sind.⁸³¹ Das BVA spricht hierzu aus, dass ein bedingtes Angebot in offenen und nicht offenen Verfahren den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht und damit gemäß Z 7 auszuschneiden ist, „da in diesen Vergabeverfahren der Auftraggeber die Ausschreibungsbedingungen vorgibt.“⁸³² Ein Bieter räumt durch sein Preisangebot für die Dauer der Zuschlagsfrist dem Auftraggeber das Gestaltungsrecht ein, allein durch den Zuschlag (=Angebotsannahme) den Leistungsvertrag zum angebotenen Preis und zu den Ausschreibungsbestimmungen des Auftraggebers perfekt zu machen. Im soeben zitierten Urteil hatte die Bieterin in einem Begleitschreiben folgenden Satz verwendet: *„Das Honorarangebot wurde unter der Voraussetzung erstellt, dass sämtliche Unterlagen und digitalen Daten des Einreichprojektes seitens der ASFINAG zur Verfügung gestellt werden.“* Dieses Begleitschreiben war laut BVA Teil des Angebots und konnte unter Berufung auf die Auslegungsregeln der §§ 915ff ABGB nur im Sinne einer bedingten Verbindlichkeit des eigenen Honorarangebots unter der Voraussetzung des Erhalts gewisser Unterlagen vom nachmaligen Werkbesteller verstanden werden.

488 Das BVA⁸³³ hatte in einem Fall zu entscheiden, ob ein Angebot, in dem bestimmte Nachlässe an eine Bedingung geknüpft waren, zu Recht ausgeschieden wurde. Es stellte sich die Frage ob die formulierte Bedingung eine Wissens- oder Willenserklärung sei. Die in Frage stehende Bestimmung, die in einem Begleitschreiben enthalten war, lautete:

"Wir erlauben uns nachstehend auf die von uns berücksichtigten - auf den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen basierenden - Kalkulationsansätze hinzuweisen:

** Pos. 3 - Brücken*

die Nachlässe auf die ausgeschriebenen Richthonorare der Objekte B2308 samt Rampen und B1015-2 werden unter Berücksichtigung folgender Randbedingungen angeboten:

Verwendung vorgefertigter Elemente aus Stahl bzw Stahlbeton unter Berücksichtigung von Wiederholungsfaktoren, insbesondere gleichmäßiger Feldlängen der einzelnen Tragwerke"

489 Das BVA führt aus, dass ein bedingtes Angebot in einem offenen Verfahren den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht, weshalb es gemäß § 129 Abs 1 Z 7 auszuschneiden wäre.⁸³⁴ Es stellt sich daher die Frage, ob es sich bei dieser Erklärung der Bieterin um eine irrelevante Wissens- oder doch um eine Willenserklärung handelt. Wissenserkklärungen enthalten

⁸³¹ Elsner, BVergG 2006 Rz 208; BVA 9.7.2007, N/0055-BVA/08/2007-86.

⁸³² BVA 9.7.2007, N/0055-BVA/08/2007-86.

⁸³³ BVA 30.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-18.

⁸³⁴ Siehe auch BVA 9.7.2007, N/0055-BVA/08/2007-86 für offene und nicht offene Verfahren, „da in diesen Vergabeverfahren der Auftraggeber die Ausschreibungsbedingungen vorgibt.“

keine Äußerung eines Willens, geschweige denn Rechtsfolgewillens, sondern sind vielmehr auf bloße Kundgabe von Fakten bzw Kenntnissen (Meinung über Tatsachen) gerichtet. Bei der Auslegung dieser Erklärung kommt es auf das Verständnis an, das ein redlicher Erklärungsempfänger aus dieser gewinnen durfte und gewonnen hat.⁸³⁵ Im gegenständlichen Fall war zu berücksichtigen, dass die angebotenen Nachlässe, auf die sich die „Randbedingungen“ beziehen, mehr als die Hälfte des Gesamtangebotspreises ausmachen und somit den Gesamtangebotspreis wesentlich beeinflussen. Somit ergibt sich für das BVA eindeutig, dass ein redlicher Erklärungsempfänger dies nur so verstehen konnte, dass hiermit eine entsprechende Rechtslage erst durch seine Erklärung geschaffen werden soll und somit diese Nachlässe bei Nichteinhaltung der Bedingungen eben nicht als angeboten gelten sollen. Dies gilt darüber hinaus auch als spekulative Preisgestaltung. Folglich handelte es sich bei den Randbedingungen des Begleitschreibens um eine Willenserklärung und daher um ein bedingtes Angebot, welches zu Recht ausgeschieden wurde.

- 490 In einer etwas älteren Entscheidung sprach das BVA aus, dass ganz abgesehen davon, dass dem Bundesvergabeamt derzeit nicht erkennbar ist, inwieweit Vorbehalte nicht das gesamte Angebot unzulässig machen sollen, da sie einen Widerspruch zur Ausschreibung erzeugen, auf den ersten Blick eine Relevanz für die Auftragsdurchführung gegeben scheint. Soweit jedoch Vorbehalte wesentliche Teile der Ausschreibung betreffen und zu einem Nichtakzeptieren der Bedingungen des Auftraggebers führen, stehen sie im Widerspruch zur Ausschreibung.“⁸³⁶

⁸³⁵ *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 863 Rz 4, 8.

⁸³⁶ BVA 4.2.2004, N-49/00-40.

IX. Besonderheiten im Verhandlungsverfahren

- 491 Sowohl die nationalen Vergabenachprüfungsbehörden wie das BVA⁸³⁷ (aber auch der VwGH)⁸³⁸ als auch die europäische Rechtsprechung des Gerichtes erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften gehen davon aus, dass dem Auftraggeber im Verhandlungsverfahren zwar ein gewisser Spielraum für Verhandlungen eingeräumt wird, was aber nichts daran ändert, dass sich der Auftraggeber an die Ausschreibungsunterlagen und die Grundsätze des Vergabeverfahrens halten muss.⁸³⁹ Er hat dafür Sorge zu tragen, dass „*die Bedingungen der Verdingungsunterlagen, die er aus freien Stücken als zwingend eingestuft hat, eingehalten werden.*“⁸⁴⁰ Der sich eröffnende Verhandlungsspielraum ist auch nach dem österreichischen Gesetz nicht unbeschränkt, sondern wird insofern beschränkt, als an den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anderes festgelegt wurde, keine Änderung vorgenommen werden darf.⁸⁴¹
- 492 Die nationale Rechtsprechung hat zum Verhandlungsverfahren folgende Grundsätze herausgearbeitet: In einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 sprach das BVA aus, dass die Abänderung einer wesentlichen Ausschreibungsbedingung nach Zuschlag an Stelle einer neuerlichen Ausschreibung dem Wettbewerbsprinzip widerspricht.⁸⁴² Etwas später verdeutlichte das BVA, dass eine Änderung der Angebotsbedingungen ebenso wie die Aufnahme neuer Verpflichtungen möglich sei, solange der Kern der Leistung ident bleibt.⁸⁴³ Dieser Gedankengang wurde konsequent fortgeführt und immer wieder ausgesprochen, dass der Hauptgegenstand durch die Änderungen nicht derart verändert werden darf, dass – wäre dies vorher bekannt gewesen – wesentlich andere Angebote oder ein stark veränderter Bewerber- oder Bieterkreis zu erwarten gewesen wäre.⁸⁴⁴ Im Ergebnis kann man daher sagen, dass Abweichungen der Angebote von den Ausschreibungsunterlagen im Verhandlungsverfahren nur dann unzulässig sind, wenn sich dabei ein „vergaberechtliches aliud“ ergibt.⁸⁴⁵ Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn statt eines ausgeschriebenen Gas- und Dampfturbinen-Kombinationskraftwerks ein Kohle- oder

⁸³⁷ BVA 7.9.2004, 11N-65/04-12.

⁸³⁸ VwGH 30.6.2004, 2000/04/0046.

⁸³⁹ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht 95; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 105 Rz 77, 82ff.

⁸⁴⁰ EuG 28.11.2002, T-40/01, *Scan Office Design* Rz 76.

⁸⁴¹ § 105 Abs 5, siehe auch Abs 1, wonach der Auftraggeber das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln hat. (Hervorhebung der Autorin). Vgl Lesniak, ZVB 2010, 28 (33f).

⁸⁴² BVA 31.10.1995, N-10/95-6.

⁸⁴³ BVA 23.3.1998, F-13/97-29.

⁸⁴⁴ BVA 22.3.1999, F-1/99-13.

⁸⁴⁵ Hornbanger/Pesendorfer, RPA 2008, 6 (10), dem folgend UVS Steiermark 9.2.2009, 443.15-4/2008. Vgl in diesem Sinne auch Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² 208ff.

Atomkraftwerk errichtet werden soll. Geringfügigen Änderungen des Leistungsinhalts als auch des Leistungsumfangs werden als zulässig erachtet.⁸⁴⁶

- 493 Der UVS Steiermark⁸⁴⁷ hatte folgenden Fall zu entscheiden: Der Auftraggeber hatte in seiner Ausschreibung die Zusammensetzung eines Beratungsgremiums bekannt gegeben. Laut UVS konnte diese Ausschreibungsbestimmung nur so verstanden werden, dass das Beratungsgremium im gesamten Verhandlungsverfahren, also auch bei der Ermittlung des letzten besten Angebots, in der angeführten Zusammensetzung tätig sein werde. Da somit gegen zwingende Vorgaben der Ausschreibung verstoßen wurde, erklärte der UVS die Zuschlagsentscheidung für nichtig.
- 494 In einer neueren Entscheidung betont das BVA, dass ein im Verhandlungsverfahren zu legendes Erstangebot jedenfalls den Mindestanforderungen der Ausschreibung zu entsprechen hat.⁸⁴⁸ Die Bindung der Bieter und die Ausschreibungsunterlagen gilt somit auch im Verhandlungsverfahren. Obwohl die Bestimmung des § 106 Abs 1 Satz 1 den Anschein erweckt, dass eine Bindung an die Ausschreibungsunterlagen im Verhandlungsverfahren nicht besteht, zeigt schon ein Blick auf die Legaldefinition des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, dass die in den Verhandlungen zum Ausdruck kommende Flexibilität des Verhandlungsverfahrens erst im Stadium nach Abgabe der Erstangebote zum Tragen kommt. Auch die Vergaberechtsprechung geht davon aus, dass die Erstangebote hiervon nicht erfasst sind.⁸⁴⁹
- 495 Laut *Lesniak* hat sich im Verhandlungsverfahren der erste Lösungsansatz des Bieters grundsätzlich strikt an den zwingenden Ausschreibungsvorgaben zu orientieren.⁸⁵⁰ Dafür spreche, dass weder die Bestimmung des § 123 Abs 1 Z 5, die den Auftraggeber zur Prüfung verpflichtet, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, noch der Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs 1 Z 7 über die Pflicht zum Ausscheiden von den Ausschreibungsbestimmungen widersprechenden Angeboten, danach differenzieren, in welcher Art von Vergabeverfahren das Angebot gelegt wurde.
- 496 Die Rechtsprechung hat bereits implizit bestätigt, dass die Ausscheidenstatbestände des § 129 auch im Verhandlungsverfahren gelten und dies explizit zu § 129 Abs 1 Z 7 ausgeführt.⁸⁵¹

⁸⁴⁶ *Fink/Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht² 207 mit weiteren Nachweisen.

⁸⁴⁷ UVS Stmk 24.3.2009, 443.8-1/2009.

⁸⁴⁸ BVA 13.8.2009, N/0059/BVA/02/2009-19, *Lesniak*, ZVB 2010, 28 (33).

⁸⁴⁹ *Lesniak*, ZVB 2010, 28 (33) mit weiteren Nachweisen.

⁸⁵⁰ *Lesniak*, ZVB 2010, 28 (33).

⁸⁵¹ BVA 29. 7. 2009, N/0061-BVA/04/2009-32, ZVB 2009, 342 (346) (*Rosenkranz*); *Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 105 Rz 78 mit weiteren Nachweisen.

X. Besonderheiten im Sektorenbereich

- 497 Das BVergG widmet seinen dritten Teil dem Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber. Sektorenauftraggeber sind Auftraggeber, die eine der gesetzlich definierten Sektorentätigkeiten ausüben (§§ 167ff) und zugleich als öffentliche Auftraggeber oder als öffentliche Unternehmen anzusehen sind, oder die als private Unternehmer auf Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte tätig werden (§§ 164ff).⁸⁵²
- 498 Sektorentätigkeiten sind zusammengefasst das Bereitstellen und Betreiben von Versorgungsnetzen in den Bereichen Energie (Gas, Wärme, Elektrizität, Wasser), Verkehr (Schiene, Straßenbahn, Bus, Seilbahnen, Häfen, Flughäfen), Postdienste und das Aufsuchen und die Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen (siehe genauer §§ 167ff).⁸⁵³ Diese Tätigkeiten unterliegen in der Regel aufgrund natürlicher Monopole oder der Einräumung besonderer oder ausschließlicher Rechte nur in geringem Maße dem Wettbewerb und sind vielfach staatlicher Einflussnahme ausgesetzt, wodurch die Gefahr besteht, dass sich die Auftragsvergabe nicht ausschließlich an markt- und betriebswirtschaftlichen Maximen orientiert.⁸⁵⁴ Um einer Diskriminierung insbesondere ausländischer Bieter entgegenzuwirken, sind diese Auftraggeber an ein gelockertes Regime von Vergaberegeln gebunden.
- 499 Im Zuge der Reformierung des Vergaberechts und in Umsetzung der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG⁸⁵⁵ wurde im BVergG 2006 ein eigener in sich geschlossener und grundsätzlich eigenständiger Sektorenteil eingerichtet.⁸⁵⁶ Komplizierte Verweisketten, wie sie noch im BVergG 2002 enthalten waren, wurden somit abgeschafft. Dadurch wurde die Lesbarkeit erhöht und somit zum besseren Verständnis des Gesetzes beigetragen, was das erklärte Ziel des Gesetzgebers war.⁸⁵⁷ Diese Vorschriften für Sektorenauftraggeber sind durch eine größere Flexibilität gekennzeichnet und lassen diesen mehr Spielraum als klassischen Auftraggebern.⁸⁵⁸ Man kann daher sagen, dass der Sektorenbereich grundsätzlich auftraggeberfreundlicher als der klassische Bereich ist.⁸⁵⁹

⁸⁵² Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 163 Rz 1; Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht 53.

⁸⁵³ Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 163 Rz 9.

⁸⁵⁴ Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 163 Rz 3; Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 167 Rz 1.

⁸⁵⁵ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste, AB I L 134/1 v 30.4.2004.

⁸⁵⁶ Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 163 Rz 7.

⁸⁵⁷ 1171 BlgNR 22. GP 5ff.

⁸⁵⁸ Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 163 Rz 6.

⁸⁵⁹ BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57, N/0117-BVA/08/2007-42.

- 500 Es ist anzumerken, dass der Auftraggeber auch im Sektorenbereich gehalten ist, sich an die eigenen, in Bestandskraft erwachsenen Ausschreibungsbedingungen zu halten. Bei einem nachträglichen Abgehen käme es zur Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, zumal der einzelne Bieter auf die Geltung der Ausschreibungsvorgaben vertrauen darf.⁸⁶⁰ Somit gilt das in den allgemeinen Vorbemerkungen (Kapitel II.) dieser Arbeit Gesagte auch für den Sektorenbereich.
- 501 Vorab sei noch erwähnt, dass von den Bestimmungen zur Prüfung der Angebote lediglich jene der vertieften Angebotsprüfung auch für den Sektorenbereich (siehe § 268) gelten. Es fehlen allerdings § 125 Abs 2 und 4 entsprechende Bestimmungen.⁸⁶¹
- 502 Zunächst folgt ein kurzer Rückblick auf den Sektorenbereich unter dem Regime des BVergG 2002, wo trotz fehlender expliziter Verweise die Geltung der Grundsätze des Vergaberechts sowohl von Lehre als auch Judikatur bejaht wurde. Danach werden die Besonderheiten der geltenden Parallelbestimmung zu § 129 BVergG 2006 näher beleuchtet.

A. Behandlung des Sektorenbereichs im BVergG 2002

- 503 Im BVergG 2002 gelangte § 98 BVergG 2002 (Ausscheiden von Angeboten) im Sektorenbereich mangels eines entsprechenden Verweises grundsätzlich nicht zur Anwendung, dennoch bejahte das BVA in ständiger Rechtsprechung im (Um-)Weg des § 21 BVergG 2002 eine mittelbare Geltung.⁸⁶² Schon zu dieser alten Regelung hielt das BVA fest, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass es einem Auftraggeber gerade bei den privilegierten Tätigkeiten verwehrt bleibt, mit wie auch immer gearteten Mängeln behaftete Angebote auszuschneiden.⁸⁶³ Das BVA spricht in einer älteren Entscheidung aus,⁸⁶⁴ dass im Sektorenbereich die Bestimmungen über die Gestaltung und den notwendigen Inhalt der Ausschreibung lediglich hinsichtlich der allgemeinen Grundsätze der Beschreibung der Leistung und der Bestimmungen über die technische Spezifikationen und die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen anzuwenden seien. Als Maßstab für diese – zweifellos wesentlichen – Teile eines Vergabeverfahrens sind lediglich die in § 21 BVergG 2002 festgehaltenen Grundsätze des Vergabeverfahrens und die daran zu messenden Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen

⁸⁶⁰ BVA 17.12.2004, 7N-115/04-30.

⁸⁶¹ Siehe hierzu ausführlich *Kropik* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 268 Rz 5.

⁸⁶² BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30.

⁸⁶³ BVA 22.3.2005, 16N-9/05-19. Ähnlich BVA 4.3.2004, 16N-8/04-14, wonach ein Rückgriff auf einen Ausscheidenstatbestand des § 98 im Sektorenbereich nur auf Umwegen möglich wäre. Weiters komme gerade bei der Ausübung einer Sektorentätigkeit den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens eine besondere Bedeutung zu.

⁸⁶⁴ BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15.

heranzuziehen. In einer anderen Entscheidung sprach das BVA ebenfalls aus,⁸⁶⁵ dass trotz des Fehlens eines Verweises auf § 52 BVergG 2002 (Nachweis der Eignung) für den Sektorenbereich, im Sinne eines fairen Wettbewerbs davon auszugehen ist, dass im offenen Verfahren die Befugnis grundsätzlich zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen hat. *Fink/Heid*⁸⁶⁶ sprechen davon, dass bei der mittelbaren Verwendung von Bestimmungen des BVergG Zurückhaltung zu üben ist, um den Intentionen des Gesetzgebers nicht (gänzlich) zuwider zu laufen. Als Beispiel nennen sie, dass man bei Sektorenvergaben den Unterschwellenbereich nur wenigen gesetzlichen Regelungen unterwerfen wollte.

- 504 Auch die Bestimmung des § 97 Abs 1 BVergG 2002, besitzt mangels Verweises keine Geltung im Sektorenbereich. Sie bestimmt, dass während eines offenen Verfahrens Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften unter anderem über die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit zulässig sind, wenn sie kommissionell geführt und die Gründe und Ergebnisse in einer Niederschrift festgehalten werden. Das BVA⁸⁶⁷ spricht in einer älteren Entscheidung zum Sektorenbereich allerdings aus, dass es nahe liegend und zulässig erscheint, dass sich ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber an den Vorgaben des § 97 BVergG 2002 orientiert, um – durchaus im Interesse der Bieter – dem Grundsatz eines fairen und lauten Wettbewerbs nach § 21 Abs 1 BVergG 2002 sowie der Forderung der Rechtsprechung nach kontradiktorischer Angebotsprüfung zu genügen.⁸⁶⁸ Wenn sich nun ein Sektorenauftraggeber – wie im vorliegenden Fall – an diese Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes hält, ist dieses Vorgehen als rechtskonform einzustufen.

B. Ausscheiden von Angeboten (§ 269 BVergG 2006)

- 505 Das abgeschwächte Regime von Vergabevorschriften im Sektorenbereich manifestiert sich schon in der Parallelbestimmung § 269 zum Ausscheiden von Angeboten, welche sich wesentlich von jener des klassischen Bereichs unterscheidet.
- 506 Zunächst differenziert § 269 zwischen dem Ober- und dem Unterschwellenbereich. In Abs 1 enthält er einen – nicht abschließenden – Katalog an zwingenden Ausscheidensgründen für Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, diese sind gemäß Abs 2 für den Unterschwellenbereich nur fakultativ.⁸⁶⁹ Dieser Ausscheidenskatalog enthält weniger Ausscheidenstatbestände als jener des klassischen Bereichs, da im Sektorenbereich ein verdünntes Vergaberegime herrscht. Es fehlen die Ausscheidensgründe des relativen

⁸⁶⁵ BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36.

⁸⁶⁶ *Fink/Heid in Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² 176.

⁸⁶⁷ BVA 22.3.2005, 16N-9/05-19.

⁸⁶⁸ Unter Verweis auf EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini*.

⁸⁶⁹ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 269 Rz 2.

Preisunterbietens (§ 129 Abs 1 Z 4), des fehlenden Vadiums (§ 129 Abs 1 Z 5), rechnerisch fehlerhafter Angebote (§ 129 Abs 1 Z 9) und Angebote von nicht aufgeforderten Bietern (§ 129 Abs 1 Z 10). Zu den anderen Ausscheidensgründen sei auf die Ausführungen und die Beispiele zu den korrespondierenden Ziffern des § 129 zu verweisen.

- 507 Die Ausscheidenstatbestände des Abs 1 sind nicht taxativ, sie werden in Abs 3 durch den weiteren nicht taxativen Ausscheidensgrund der unterlassenen oder nicht nachvollziehbaren Aufklärung durch den Bieter ergänzt.⁸⁷⁰ Die Materialien⁸⁷¹ betonen ausdrücklich, dass es dem Sektorenauftraggeber – im Gegensatz zum klassischen Auftraggeber – freisteht, weitere Ausscheidensgründe in den Ausschreibungsunterlagen zu normieren. Bei Vorliegen eines solchen Ausscheidensgrundes kann eine Ausscheidung wegen eines den Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Angebots (§ 269 Abs 1 Z 5) vorgenommen werden. Der Auftraggeber darf in seinen Ausschreibungsunterlagen insbesondere behebbare Mängel als unbehebbar definieren.⁸⁷²

⁸⁷⁰ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Kommentar BVergG 2006 § 269 Rz 9.

⁸⁷¹ 1171 BlgNR 22. GP 124.

⁸⁷² BVA 19.3.2008, N/0018-BVA/12/2008-18, wonach der Sektorenauftraggeber die Nichtbeilegung des Vadiumsnachweises zulässigerweise als unbehebbar festgesetzt hat.

XI. Conclusio

- 508 Das Bundesvergabegesetz 2006 bedient sich besonders im Zusammenhang mit dem Ausscheiden von Angeboten und insbesondere bei der Beschreibung von Mängeln, die zu einem Ausscheiden des Angebots führen, zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe, welche vom Gesetz aber nicht definiert werden. Zum Teil ist dies durchaus verständlich, da es nur sehr schwer möglich ist, allgemein geltende Definitionen zu finden, welche dann in der Praxis tatsächlich für jeden denkbaren Fall Geltung haben können. Andererseits ist die genaue Erforschung und Auslegung des Gesetzestextes Aufgabe der Rechtsprechung. Sie muss im Einzelfall eine Abwägung vornehmen und unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls eine Subsumtion unter die jeweilige Gesetzesbestimmung vornehmen oder eben nicht.
- 509 Doch die Rechtsprechung ist uneinheitlich. Teilweise entscheidet eine Vergabekontrollbehörde anders als eine andere, manchmal gibt es auch eklatante Unterschiede zwischen den Entscheidungen einzelner Senate des BVA. Der VwGH entscheidet immer wieder sozusagen als Korrektiv der Vergabekontrollbehörden abweichend von diesen, wobei er meist eher formalistisch und nahe am Wortlaut des Gesetzes argumentiert. Im Gegensatz dazu ist bei den Vergabekontrollbehörden zuletzt in zahlreichen pragmatischen Entscheidungen eine Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Praxis und die Vergaberealität zu erkennen, welche durchaus zu begrüßen ist. Es bleibt die Hoffnung, dass sich in der Judikatur in Zukunft einheitliche Linien etablieren werden. Darüber hinaus wäre es nach Jahren der von manchen kritisierten zunehmenden Verrechtlichung des Vergaberechts wünschenswert, dass die zaghaft eingeschlagene Linie der stärkeren Praxisbezogenheit bei der Entscheidungsfindung fortgeführt wird, allerdings ohne dabei gleichzeitig die Rechte der Verfahrensparteien zu beschneiden.
- 510 Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Entscheidung, ob ein Angebot ausgeschieden wird oder nicht, eine große Tragweite hat. Wird das Angebot eines Bieters ausgeschieden, so wird ihm de facto die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten. Daher ist bei dieser Entscheidung besondere Sorgfalt angebracht. Die Auftraggeber sind gut beraten, auf die Rechte der Bieter Rücksicht zu nehmen und besonders die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung zu wahren. Auf der anderen Seite sollten die Bieter Abstand von Manipulationen und missbräuchlicher Ausübung ihrer Rechte nehmen.

511 Natürlich kann man sagen, dass es sich hierbei um naive Wünsche an die Praxis handelt, welche von einem harten Wettbewerb geprägt ist und solche Überlegungen rein akademisch erscheinen lässt. Dennoch könnte die fehlende gegenseitige Rücksichtnahme im Endeffekt dem Vergabewesen als Ganzem schaden und daher scheint hier Weitblick eher angebracht, als Egoismus in Bezug auf die Erlangung eines bestimmten Auftrags. Alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens sollten ein Interesse daran haben, dass das Vergabewesen keine nachhaltige Schädigung durch unsaubere Praktiken erfährt.

XII. Judikaturübersicht

A. Bundesvergabeamt

BVA 13.2.1995, F-4/94-33; BVA 31.10.1995, N-10/95-6; BVA 20.6.1996, F-1/96-17; BVA 2.7.1997, N-4/97-17; BVA 26.05.1997, N-7/97-12; BVA 08.10.1997, N-18/97-17; BVA 21.11.1997, N-33/97-7; BVA 8.1.1998, N-25/97-14; BVA 12.1.1998, N-1/98-7; BVA 19.1.1998, N-1/98-15; BVA 23.1.1998, F-23/97-13; BVA 23.3.1998, F-13/97-29; BVA 25.05.1998, N-8/98-16; BVA 18.6.1998, N-15/98-20; BVA 3.08.1998, F-3/98-12; BVA 19.10.1998, N-32/98-6; BVA 30.11.1998, N-33/98-17; BVA 22.3.1999, F-1/99-13; BVA 22.4.1999, F-28/98-15; BVA 30.6.1999, N-25/99-16, N-28/99-4; BVA 25.1.2000, F-17/98-32; BVA 18.2.2000, N-22/99-24, N-29/99-7, F-19/99-7; BVA 18.2.2000, N-34/99-41; BVA 27.3.2000, F-4/99-19; BVA 6.4.2000, F-11/98-59; BVA 29.6.2000, N-25/00-24; BVA 6.7.2000, N-22/00-7; BVA 4.9.2000, N-22/00-13; BVA 21.12.2000, F-13/99-59; BVA 19.3.2001, N-12/01-32, N-16/01-23, N-17/01-23; BVA 22.6.2001, F-16/00-17; BVA 27.7.2001, N-63/01-20; BVA 8.1.2002, N-107/01-23; BVA 30.09.2002, 01N-41/02-27; BVA 2.10.2002, N-47/02-10; BVA 13.2.2003, 02N-48/02-17; BVA 15.2.2002, N-134/01-37; BVA 19.03.2003, 15N-08/03-18; BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11; BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17; BVA 28.4.2003, 17N-26/03-15; BVA 14.5.2003, 05N-36/03-29; BVA 5.6.2003, 12N-32/03-17; BVA 5.6.2003, 09N-37/03-6; BVA 20.6.2003, 17N-46/03-34; BVA 23.6.2003, 06N-41/03-15; BVA 30.6.2003, 14N-53/03-12; BVA 8.7.2003, 14N-64/03-11; BVA 18.8.2003, 10N-60/03-26; BVA 29.8.2003, 13N-72/03-11; BVA 3.9.2003, 04N-65/03-21; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10; BVA 30.9.2003, 03N-71/03-19; BVA 2.10.2003, 17N-80/03-37; BVA 22.10.2003, F-20/98-37; BVA 4.11.2003, 14N-90/03-56; BVA 5.11.2003, 08N-94/03-192; BVA 7.11.2003, 14N-91/03-29; BVA 14.11.2003, 09N-100/03-19; BVA 14.11.2003, 14N-104/03-10; BVA 11.12.2003, 17N-115/03-30; BVA 12.12.2003, 04N-107/03-38; BVA 19.12.2003, 15N-118/03-18; BVA 21.12.2003, 17N-129/03-21; BVA 5.1.2004, 05N-110/03-49; BVA 16.1.2004, 14N-97/03-58; BVA 4.2.2004, N-49/00-40; BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20; BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36; BVA 23.2.2004, 10N-145/03-19; BVA 2.3.2004, 03N-1/04-33; BVA 4.3.2004, 16N-8/04-14; BVA 9.4.2004, 05N-20/04-40; BVA 20.4.2004, 11N-33/04-5; BVA 7.6.2004, 07N-39/04-29; BVA 11.6.2004, 05N-35/04-46; BVA 24.6.2004, 17N-48/04-24; BVA 25.6.2004, 14F-11/03-39; BVA 9.7.2004, 08N-54/04-84; BVA 29.7.2004, 09F-26/01-31; BVA 25.8.2004, 07N-75/04-22; BVA 03.09.2004, 10N-57/04-34; BVA 7.9.2004, 11N-65/04-12; BVA 15.10.2004, 2N-97/04-13; BVA 24.11.2004, 06N-92/04-39; BVA 15.12.2004, 17N-106/04-19; BVA 17.12.2004, 07N-115/04-30; BVA 13.1.2005, 03N-111/04-10; BVA 7.3.2005, 07N-3/05-20; BVA 22.3.2005, 16N-9/05-19; BVA 7.4.2005, 06N-04/05-31; BVA 11.4.2005, 04N-6/05-76; BVA 2.05.2005, 17N-18/05-26; BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26; BVA 15.7.2005, 17N-56/05-33; BVA 20.7.2005, 04N-1/05-28; BVA 3.8.2005, 17N-62/05-29; BVA 5.8.2005, 04N-70/05-26; BVA 26.8.2005,

16N-74/05-41; BVA 27.9.2005, 07N-78/05-29; BVA 25.10.2005, 16N-91/05-20; BVA 21.11.2005, 03N-94/05-21; BVA 25.11.2005, 13N-108/05-20; BVA 30.11.2005, 02N-109/05-11; BVA 22.12.2005, 13N-115/05-22; BVA 5.01.2006, 15N-123/05-25; BVA 30.01.2006, 13N-130/05-21; BVA 31.1.2006, 04N-119/05-30; BVA 11.02.2006, 15N-128/05-34; BVA 2.3.2006, 04N-03/06-42; BVA 03.05.2006, N/0017-BVA/04/2006-25; BVA 22.5.2006, N/0022-BVA/15/2006-25; BVA 22.5.2006, N/0024-BVA/16/2006-038; BVA 30.5.2006, N/0023-BVA/03/2006-26; BVA 20.06.2006, N/0032-BVA/12/2006-19; BVA 10.07.2006, N/0044-BVA/10/2006-027; BVA 20.9.2006, N/0068-BVA/03/2006-20; BVA 5.10.2006, N/0073-BVA/07/2006-39; BVA 13.10.2006, N/0072-BVA/07/2006-60; BVA 6.11.2006, N/0079-BVA/11/2006-18; BVA 13.11.2006, N/0081-BVA/13/2006-34; BVA 23.11.2006, N/0083-BVA/15/2006-23; BVA 27.11.2006, F/0001-BVA/14/2006-44; BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88; BVA 19.12.2006, N/0091-BVA/10/2006-038; BVA 2.1.2007, N/0093-BVA/05/2006-57; BVA 22.1.2007, N/0096-BVA/13/2006-68; BVA 20.03.2007, N/0012-BVA/07/2007-63; BVA 23.03.2007, N/0015-BVA/05/2007-32; BVA 26.3.2007, N/0102-BVA/04/2006-83; BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24; BVA 12.4.2007, N/0032-BVA/07/2007-EV11; BVA 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24; BVA 27.4.2007, N/0021-BVA/13/2006-37; BVA 27.4.2007, N/0030-BVA/07/2007-43; BVA 2.5.2007, N/0024-BVA/15/2007-33; BVA 2.5.2007, N/0021-BVA/13/2006-37; BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67; BVA 14.5.2007, N/0034-BVA/10/2007-046; BVA 15.5.2007, N/0032-BVA/07/2007-39; BVA 12.6.2007, N/0038-BVA/12/2007-19; BVA 26.6.2007, N/0102-BVA/04/2006-97; BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; BVA 9.7.2007, N/0055-BVA/08/2007-86; BVA 7.9.2007, N/0026-BVA/03/2007-60; BVA 17.9.2007, N/0080-BVA/01/2007-20; BVA 21.9.2007, N/0074-BVA/10/2007-038; BVA 25.9.2007, N/0078-BVA/14/2007-31; BVA 3.10.2007, F/0001-BVA/12/2007-23; BVA 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21 u F/0004-BVA/04/2007-21; BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36; BVA 6.12.2007, N/0079-BVA/15/2007-74; BVA 7.12.2007, N/0087-BVA/08/2007-257; BVA 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007-EV12; BVA 14.12.2007, N/0114-BVA/08/2007-57 u N/0117-BVA/08/2007-42; BVA 20.12.2007, N/0111-BVA/03/2007-37; BVA 20.12.2007, N/0108-BVA/13/2007-33; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA 23.1.2008, N/0125-BVA/10/2007-026; BVA 1.2.2008, N/0121-BVA/07/2007-41; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; BVA 19.03.2008, N/0018-BVA/12/2008-18; BVA 16.4.2008, N/0028-BVA/08/2008-81; BVA 16.4.2008, N/0029-BVA/09/2008-27; BVA 21.4.2008, N/0030-BVA/10/2008-036; BVA 21.5.2008, N/0044-BVA/09/2008-24; BVA 13.6.2008, N/0052-BVA/06/2008-50; BVA 26.06.2008, F/0002-BVA/07/2008-9; BVA 22.8.2008, N/0065-BVA/14/2008-31; BVA 25.8.2008, N/0059-BVA/09/2008-78; N/0100-BVA/09/2008-18; BVA 11.09.2008, N/0110-BVA/07/2008-45; BVA

18.09.2008, F/0001-BVA/05/2008-60; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48; BVA 19.11.2008, N/0132-BVA/13/2008-24; BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16; BVA 24.11.2008, N/0140-BVA/05/2008-16; BVA 24.11.2008, N/0141-BVA/05/2008-16; BVA 24.11.2008, N/0142-BVA/05/2008-16; BVA 24.11.2008, N/0143-BVA/05/2008-18; BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29; BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55, N/0146-BVA/06/2008-17; BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39; BVA 5.1.2009, N/0153-BVA/03/2008-23; BVA 26.1.2009, N/0166-BVA/13/2008-38; BVA 30.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-18; BVA 3.2.2009, N/0170-BVA/03/2008-30; BVA 18.02.2009, N/0005-BVA/10/2009-EV9; BVA 4.3.2009, N/0167-BVA/11/2008-19; BVA 13.3.2009, N/0007-BVA/11/2008-21; BVA 08.04.2009, N/0016-BVA/04/2009-15; BVA 30.4.2009, N/0021-BVA/10/2009-28; BVA 30.4.2009, N/0028-BVA/03/2009-19; BVA 28.5.2009, N/0036-BVA/10/2009-46; BVA 5.6.2009, N/0045-BVA/05/2009-23; BVA 11.5.2009, N/0020-BVA/09/2009-34; BVA 25.5.2009, N/0034-BVA/08/2009-39; N/0043-BVA/08/2009-25; BVA 28.5.2009, N/0036-BVA/10/2009-46; BVA 5.6.2009, N/0045-BVA/05/2009-23; BVA 9.6.2009, N/0040-BVA/14/2009-31; BVA 18.06.2009, N/0060-BVA/03/2009-EV8; BVA 26.06.2009, N/0049-BVA/10/2009-48; BVA 26.6.2009, N/0056-BVA/13/2009-24; BVA 30.6.2009, N/0051-BVA/10/2009-42; BVA 20.07.2009, N/0060-BVA/03/2009-35; BVA 29.07.2009, N/0061-BVA/04/2009-32; BVA 13.8.2009, N/0059-BVA/02/2009-19; BVA 19.08.2009, N/0071-BVA/13/2009-29; BVA 27.08.2009, N/0015-BVA/05/2007-36; BVA 03.09.2009, N/0079-BVA/08/2009-56; BVA 17.09.2009, N/0087-BVA/03/2009-26; BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52; BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39; BVA 22.12.2009, F-22/98-62; BVA 27.1.2010, N/0126-BVA/10/2009-43; BVA 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39; BVA 10.2.2010, N/0119-BVA/04/2009-31; BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52; BVA 15.3.2010, N/0130-BVA/02/2009-29; BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30.

B. Bundes-Vergabekommission

B-VKK 20.8.1996, S-29/96-0; B-VKK 23.10.1996, S-40/96-10; B-VKK 10.03.1997, S-13/97-12; B-VKK 26.4.1999, S-56/99-7; B-VKK 29.3.2000, S-26/00-9; B-VKK 27.11.2003, S-18/03, bbl 2004, 42.

C. Gericht Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften

EuG 28.11.2002, T-40/01, *Scan Office Design*; EuG 25. 2.2003, T-4/01, *Renco*; EuG 10.12.2009, T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken*.

D. Europäischer Gerichtshof

EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg 1979, 461; EuGH 11.5.1989, Rs 76/86, *Kommission/Deutschland*; EuGH 22.6.1989, Rs 103/88, *Fratelli Costanzo*; EuGH 18.6.1991, Rs C-295/89, *Donà Alfonso*; EuGH 22.6.1993, Rs C-243/98, *Kommission/Dänemark*; EuGH 24.1.1995, Rs C-359/93, *Unix*; EuGH 28.3.1995, Rs 324/93, *Evans Medical*; EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, *Wallonische Busse*; EuGH 10.7.1997, Rs C-261/95, *Palmisani*; EuGH 16.10.1997, Rs C 304/96, *Hera*; EuGH 7.12.2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*; EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*; EuGH 10.5.2001, Rs C-19/00, SA *Jacobs SIAC*; EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*; EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini*; EuGH 17.9.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau*; SA GA *Mischo* 25.2.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*; EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, *Santex*; EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*; EuGH 16.10.2003, Rs C-421/01, *Traunfellner*; EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN Wienstrom*; EuGH 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03, *Fabricom*; EuGH 11.10.2007, C-241/06, *Lämmerzahl*; EuGH 15.5.2008, C-147/06, *SECAP*; EuGH 16.12.2008, Rs C-213/07, *Michaniki*; EuGH 28.1.2010, Rs C-456/08, *Kommission/Irland*.

E. Oberster Gerichtshof

OGH 6.6.1991, 6 Ob 564/91; OGH 19.5.1998, 7 Ob 159/97a; OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m; OGH 3.2.2000, 2 Ob 20/00f; OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m; OGH 17.12.2001, 1 Ob 284/01y; OGH 2.7.2002, 4 Ob 154/02d; OGH 12.2.2003, 7 Ob 307/02a; OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b; OGH 29.10.2008, 9 Ob 38/08s.

F. Unabhängige Verwaltungssenate

UVS Burgenland 19.6.2009, VNP/15/2008.006/089; UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/09003; UVS Knt 6.2.2003, KUVS-K2-1905/11/2002, ZUV 2003/2/32; UVS OÖ 22.11.2004, VwSen-550164/13/Ste; UVS OÖ 21.4.2005, VwSen-550206/17/Kl/Pe; UVS OÖ 13.10.2005, VwSen-550232/10/Kü/Hu; UVS OÖ 13.11.2006, VwSen-550294/11/Wim/Be; UVS OÖ 15.2.2007, VwSen-550313/15/Kü/Hu, VwSen-550315/11/Kü/Hu, VwSen-550316/7/Kü/Hu; UVS OÖ 16.2.2007, VwSen-550281/27/Wim/Be; UVS OÖ 10.7.2007, VwSen-550343/17/Wim/Jo; UVS Stmk 10.07.2003, 44.7-2/2003; UVS Stmk 28.7.2004, UVS-443.20-8/04, ZUV 2005/269; UVS Stmk 16.05.2006, 44.20-2/2006; UVS Stmk 08.06.2006, 44.20-3/2006; UVS Stmk 05.07.2006, 44.15-1/2006; UVS Stmk 04.05.2007, 44.15-2/2007; UVS Stmk

08.11.2007, 443.20-5/2007; UVS Stmk 25.06.2008, 44.20-1/2008; UVS Stmk 21.07.2008, 443.7-1/2008; UVS Stmk 9.2.2009, 443.15-4/2008; UVS Stmk 24.3.2009, 443.8-1/2009; UVS Tirol 24.07.2003, 2003/K11/006-8; UVS Tirol 16.06.2006, 2006/27/1493-13; UVS Tirol 16.05.2007, 2007/27/1068-6; UVS Tirol 18.09.2007, 2007/K9/1904-7; UVS Tirol 01.10.2007, 2007/21/2576-2; UVS Tirol 12.10.2007, 2007/21/2134-7; UVS Tirol 18.12.2007, 2007/K11/2828-16; UVS Tirol 22.01.2008, 2007/21/2975-5; UVS Vorarlberg 29.4.2009, 314-006-09, ZVB-LSK 2009/65.

G. Vergabekontrollsenat Wien

VKS Wien 2.8.2001, K 473/01; VKS Wien 7.11.2003, VKS-8242/03; VKS Wien 26.11.2004, VKS-6597/04; VKS Wien 3.6.2005, VKS-1648/05; VKS Wien 1.9.2005, VKS-2513/05; VKS Wien 25.11.2005, VKS-3111/05 ua; VKS Wien 20.1.2006, VKS-4037/05; VKS Wien 17.2.2006, VKS-258/06; VKS Wien 13.3.2006, VKS-274/06; VKS Wien 20.4.2006, VKS-1035/06; VKS Wien 27.4.2006, VKS-3340/05; VKS Wien 2.6.2006, VKS-1360/06 und VKS-1361/06; VKS Wien 6.7.2006, VKS-2028/06 und VKS-2029/06; VKS Wien 13.7.2006, VKS-1715/06; VKS Wien 17.8.2006, VKS-2130/06; VKS Wien 5.12.2006, VKS-1798/06; VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07; VKS Wien 15.3.2007, VKS-402/07; VKS Wien 10.4.2007, VKS-2479/07; VKS Wien 10.5.2007, VKS-2479/07; VKS Wien 18.10.2007, VKS-6080/07; VKS Wien 29.11.2007, VKS-6082/07 bis VKS-6084/07; VKS Wien 13.3.2008, VKS-3/08; VKS Wien 13.03.2008, VKS-21/08; VKS Wien 25.3.2008, VKS-9278/07; VKS Wien 24.4.2008, VKS-2643/08; VKS Wien 15.5.2008, VKS-2940/08; VKS Wien 3.7.2008, VKS-4455/08; VKS Wien 24.7.2008, VKS-4235/08; VKS Wien 2.4.2009, VKS-2353/09; VKS Wien 1.7.2009, VKS-4720/09.

H. Verfassungsgerichtshof

VfGH 8.3.2001, B 707/00; VfGH 20.6.2001, B 1560/00; VfGH 25.2.2002, B 357/00; VfGH 22.9.2003, B 1211/01; VfGH 6.6.2005, B 1376/03.

I. Verwaltungsgerichtshof

VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050; VwGH 29.5.2002, 2002/04/0023; VwGH 4.09.2002, 2000/04/0181; VwGH 9.10.2002, 2000/04/0039; VwGH 9.10.2002, 2002/04/0058; VwGH 8.11.2002, AW 2002/04/0039; VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037; VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106; VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093; VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186; VwGH 1.3.2004, 2004/04/0012; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 30.6.2004, 2000/04/0046; VwGH 09.08.2004, AW 2004/04/0032; VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032; VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; VwGH 21.12.2004, 2004/04/0100; VwGH

21.12.2004, 2002/04/0177; VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; VwGH 1.3.2005, 2003/04/0199; VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; VwGH 1.3.2005, 2002/04/0125; VwGH 1.3.2005, 2002/04/0036; VwGH 06.04.2005, 2004/04/0040; VwGH 18.05.2005, 2004/04/0094; VwGH 13.6.2005, 2005/04/0001 und 2004/04/0009; VwGH 13.6.2005, 2004/04/0090; VwGH 29.6.2005, 2005/04/0024; VwGH 4.8.2005, AW 2005/04/0024; VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; VwGH 07.11.2005, 2005/04/0061; VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149; VwGH 29.03.2006, 2004/04/0144; VwGH 29.03.2006, 2003/04/0181; VwGH 29.3.2006, 2003/04/0192; VwGH 15.12.2006, 2005/04/0091; VwGH 1.3.2007, 2005/04/0239; VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200; VwGH 26.4.2007, 2005/04/0189, 2005/04/0190; VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103; VwGH 23.05.2007, 2005/04/0214; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111; VwGH 26.07.2007, 2003/04/0074; VwGH 12.9.2007, 2005/04/0236, 2005/04/0237, 2005/04/0238; VwGH 29.2.2008, 2008/04/0011; VwGH 28.3.2008, 2006/04/0030; VwGH 28.5.2008, 2007/04/0232, 2007/04/0233; VwGH 3.9.2008, 2008/04/0084; VwGH 1.10.2008, 2005/04/0233; VwGH 19.11.2008, 2004/04/0102; VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; VwGH 22.04.2009, 2009/04/0081, 2009/04/0085; VwGH 22.4.2009, 2007/04/0141; VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041; VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090; VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240; VwGH 24.02.2010, 2006/04/0037.

J. Deutsche Judikatur

BGH 18.5.2004, X ZB 7/04 (zu KG Berlin 26.2.2004, 2 Verg 16/03); KG Berlin 26.2.2004, 2 Verg 16/03; KG Berlin 15.3.2004, 2 Verg 17/03; OLG Düsseldorf 7.1.2002, Verg 36/01; OLG Düsseldorf 26.11.2003, VII-Verg 53/03; OLG Koblenz 2.1.2006, 1 Verg 6/05; VK BaWü 13.10.2003, 1 VK 57/03; VK Thüringen 21.1.2004, 360-4002.20-037/03-MHL.

XIII. Literaturverzeichnis

A. Artikel

- Bert*, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2002 – Verg 36/01 – Angebotsausschluss bei 15-minütiger Fristüberschreitung im Verhandlungsverfahren, ZVB 2002, 186
- Burgi*, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, 29
- Casati*, Rechtsprechungsbeitrag zu VfGH 20.6.2001, B 1560/00-12, RPA 2001, 86
- Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002, 297
- Denk*, Kein kategorischer Ausschluss von an Vorarbeiten beteiligten Bietern (VfGH 20.6.2001, B 1560/00), ZVB 2001, 44
- Denk*, Antragslegitimation gemäß § 115 Abs 1 BVergG als Vorabentscheidungsfrage (VfGH 8.3.2001, B 707/00), ZVB 2001, 123
- Ertl*, BVA: Keine Antragslegitimation bei Vorliegen eines Ausscheidensgrundes (BVA 21.9.2007, N/0074-BVA/10/2007-038), RPA 2007/6, 290
- Essletzbichler/Schnitzer*, Keine Antragslegitimation bei Vorliegen eines auszuscheidenden, tatsächlich aber nicht ausgeschiedenen Angebots (BVA 11.9.2008, N/0110-BVA/07/2008), ZVB 2008, 344
- Etlinger*, Anmerkung zu BVA 15.2.2002, N-134/01-37, RPA 2002, 96
- Etlinger*, Anmerkung zu BVA 29.6.2007, N/0057-BVA/11/2007-25, RPA 2007, 229
- Etlinger*, Antragslegitimation im neuen Licht? RPA 2004, 161
- Etlinger*, Unvollständige Angebotsprüfung: Keine Substitution durch das BVA, RPA 2007, 119
- Etlinger*, BVA: Spekulative Preisgestaltung führt zwingend zur Ausscheidung des Angebotes (BVA 2.5.2007, N/0021-BVA/13/2006-37), RPA 2007, 179
- Etlinger*, BVA: „Randbedingungen“ der Antragstellerin stellen spekulative Preisgestaltung dar (BVA 30.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-18), RPA 2009, 138
- Fink*, Verstärkter Senat: Anfechtbarkeit fehlerhaft bekanntgemachter Zuschlagsentscheidungen (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20), ZVB 2004, 117
- Fink*, VKS Wien: Fehlen eines „Angebotsformulars“ ist nicht behebbar!? (VKS Wien 26.11.2004, VKS 6507/04), RPA 2005, 128
- Fink*, Änderung der Rechtsprechung zur Antragslegitimation und zur Wesentlichkeit für den Verfahrensausgang (BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24), ZVB 2007, 170
- Fink*, BVA: Aufklärung muss nachvollziehbar sein (BVA 2.12.2008, N/0134-BVA/06/2008-55), RPA 2009, 38

Fink, UVS Burgenland: Zusammenschluss zwischen Ziviltechnikern und ausführenden Gewerbetreibenden führt nicht zum (automatischen) Ausscheiden des betreffenden Angebots (UVS Burgenland 18.11.2009, VNP/12/2009.003/022), RPA 2010, 95

Fössl, VKS Wien: Nicht kostendeckende Angebote unter bestimmten Umständen zulässig – keine Prüfung von Wettbewerbsverstößen im Sinn des § 1 UWG durch Nachprüfungsbehörde (VKS Wien 22.2.2007, VKS-38/07), RPA 2007/4, 194

Fruhmann, Formulierung von Vorlagen, Vergaberechtsschutz und Antragslegitimation (Makedoniko, Hackermüller), ZVB 2003, 105

Fruhmann, Der Begutachtungsentwurf der BVergG-Novelle 2008, ZVB 2009, 22

Gappmayer, BVA: Kein Ausschluss bei geringem zeitlichen Wissensvorsprung (BVA 26.1.2009, N/0166-BVA/13/2008-38), RPA 2009, 96

Gölles, Bundesvergabegesetz – Spekulative Angebote im Baubereich, wbl 1999, 61

Gölles, Preisangemessenheit bei öffentlichen Aufträgen, wbl 2000, 399

Gölles, Judikaturüberblick zum „angemessenen, plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis, dessen Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich (niedrig) ist“, ZVB 2002/49

Gölles, Angebotsprüfung im Sektorenbereich (BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36), ZVB 2006, 9

Gölles, Die vergaberechtliche Aufklärung als Instrument der Behebung von Angebotsmängeln, ZVB 2007, 145

Gölles, Das Schicksal von Angebotsmängeln (BVA, VwGH), ZVB 2005, 6

Gölles, Mehrfachbeteiligung eines Bieters – Ausschluss oder nicht?, ZVB 2005, 230

Gölles, Mangelhafte Angebote, ZVB 2003, 268

Gölles, Wann sind Rechenfehler unbehebbar, wann behebbare Angebotsmängel, ZVB 2003, 109

Gölles, Checkliste zur Angebotsprüfung gem BVergG 2006 – von der Angebotsöffnung bis zur Zuschlagsentscheidung, ZVB 2006, 76

Gölles/Gillich, Nach der BVergG-Novelle 2007: Wie tief ist die vertiefte Angebotspreisprüfung?, ZVB 2008, 37

Götzl, Die elektronische Vergabe nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 142

Grasböck, Zu Antragserfordernissen im Nachprüfungsverfahren über die Zuschlagsentscheidung (BVA 5.11.2003, 08N-94/03-192), ZVB 2004, 171

Grasböck, Ausscheiden elektronisch eingereichter Angebote ohne sichere elektronische Signatur (BVA 25.10.2005, 16N-91/05-20), ZVB 2006, 20

Grasböck, Neuerlich: Angebotsprüfung grundsätzlich durch den Auftraggeber! (BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29), ZVB 2009, 61

Grasböck, Gedanken zur „Antragslegitimations-Rechtsprechung“ (BVA 10.11.2009, N/0109-BVA/08/2009-52), ZVB 2010, 62

Gerald Gruber, UVS Steiermark zur Prüfung der Preisangemessenheit und zur Unzulässigkeit eines Widerrufs wegen Kostenüberschreitung (UVS Stmk 3.8.2006, UVS-443.7-2/06), RPA 2007, 122

G. Gruber, Bindung an die Ausschreibungsunterlagen (VwGH 4.9.2002, 2000/04/0181), ZVB 2002, 12

G. Gruber, Rechtsgültige Fertigung (VwGH 9.10.2002, 2002/04/0058), ZVB 2003, 25

G. Gruber, Aufklärung ohne nachvollziehbare Begründung (VwGH 9.10.2002, 2000/04/0039), ZVB 2003, 154

G. Gruber, Mängelbehebung darf Wettbewerbsstellung nicht materiell verbessern (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186), ZVB 2004, 362

G. Gruber, Vorfragenweise Annahme eines Ausscheidensgrundes und kontradiktorisches Verfahren, ZVB 2005, 222

G. Gruber, Angebotsausscheidung ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Verfahren zur Zuschlagsentscheidung (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094), ZVB 2006, 54

G. Gruber/Eisner, Rechtmäßigkeit der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung? (VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240), ZVB 2010, 73

G. Gruber/Eisner, Das „Billigstbieterprinzip“ und die Bestandskraft (VwGH 7.9.2009, 2007/04/0090), ZVB 2010, 76

G. Gruber/Eisner, Pflicht zur „vorfrageweisen Annahme eines Ausscheidungsgrundes“? (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095), ZVB 2009, 224

G. Gruber/Pachner, Vorfragenweise Annahme eines Ausscheidungsgrundes und kontradiktorisches Verfahren (VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039), ZVB 2005, 222

Th. Gruber/Keznickl, Auswirkungen des KartG 2005 und das BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften (OLG Wien 5.9.2005, 25 Kt 183, 184/04), ZVB 2006, 69

Th. Gruber, Keine Übereinstimmung bei Einheits- und Positionspreisen: spekulative Preisgestaltung? (BVA 19.11.2008, N/0132-BVA/13/2008-24), ZVB 2009, 157

Th. Gruber, Begründung der Zuschlagsentscheidung: Bringschuld des AG am Beginn der Stillhaltefrist (BVA 19.8.2009, N/0071-BVA/13/2009-29), ZVB 2010, 24

Th. Gruber, Verpflichtungen eines Bieters bei der Angebotserstellung können sich nicht nur aus dem Leistungsverzeichnis ergeben (BVA 26.6.2009, N/0056-BVA/13/2009-24), ZVB 2010, 68

Hackl, Was ist ein Rechenfehler? (BVA 2.5.2005, 17N-18/05-26), ZVB 2005, 197

Hackl, Legung mehrerer Hauptangebote unzulässig (BVA 14.5.2007, N/0034-BVA/10/2007-046), ZVB 2007, 259

Hackl, Kein Vorliegen eines Angebotsmangels, wenn das Angebot nicht von einer nach dem Firmenbuch (einzel-)vertretungsbefugten Person unterfertigt ist und die Vollmacht nicht bereits

bei Angebotslegung urkundlich nachgewiesen wird (VwGH 23.5.2007, 2005/04/0214), ZVB 2007, 325

Hackl, Auch das irrtümliche Einrechnen einer Eventualposition in den Gesamtpreis ist ein Rechenfehler (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111), ZVB 2007, 355

Hackl, Ausscheiden mangels Referenzen, die nicht verlangt waren (BVA 22.12.2008, N/0147-BVA/10/2008-39), ZVB 2009, 84

Hackl, Mehrere Fabrikatsangaben in Bieterlücke (BVA 15.2.2010, N/0120-BVA/05/2009-52), ZVB 2010, 233

Haunold, Ausscheiden von Angeboten im Geltungsbereich des WLVergG nicht gesondert anfechtbar (VKS Wien 2.8.2001, K 473/01), ZVB 2002, 169

Hofer, BVA: Berücksichtigung der Referenzprojekte sämtlicher Mitglieder einer Bietergemeinschaft bei der Bestbieterermittlung; Grenzen der Präklusionswirkung (BVA 23.6.2003, 06N-41/03-15), RPA 2003, 292

Hofer, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, RPA 2007, 5

Hofer, BVA: Keine Angebotsprüfung durch das Bundesvergabeamt anstelle des Auftraggebers (BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32), RPA 2007, 13

Hofer, BVA: Antragslegitimation trotz Vorliegen eines vom BVA festgestellten Ausscheidensgrundes (BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24), RPA 2007, 140

Hofer, BVA: Absolut nichtige Zuschlagserteilung, wenn der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung einem ausgeschiedenen Bieter, der die Ausscheidensentscheidung noch anfechten kann, nicht mitgeteilt hat (BVA 12.6.2007, N/0038-BVA/12/2007-19), RPA 2007, 185

Hofer, BVA: Pflicht des Auftraggebers bei Unklarheiten über ein Angebot sorgfältig zu prüfen und um Aufklärung zu ersuchen (BVA 28.11.2008, N/0131-BVA/12/2008-29), RPA 2009, 33

Holoubek/Klinke/Oberndorfer/Otruba/Pfanner, Vergaberechtliche Steuerungsmöglichkeiten bei möglicherweise zu geringem Wettbewerb auf einem unvollkommenen Bau-Teilmarkt (Teil 2), ZVB 2004, 196

Hörl, VwGH: Kontrollbehörde muss Preisangemessenheit prüfen (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032), RPA 2005, 28

Hornbanger/Pesendorfer, Einvernehmliches Abweichen von der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren, RPA 2008, 6

Huber-Matauschek, Bestandskraft der Ausschreibung macht inhaltliche Prüfung unzulässig (BVA 22.6.2005, 03N-35/05-26), ZVB 2005, 286

Huber-Matauschek, Alternativangebote: Die Mindestanforderungen sind zu erläutern! (BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35), ZVB 2009, 347

Huber-Matauschek/Etlinger, Abgabe von Inkontinenzartikeln ist ein Lieferauftrag (BVA 7.4.2004, 07N-39/04-29), ZVB 2004, 264

Katary, EuGH: Zurückweisung mangels Antragslegitimation erfordert Möglichkeit zur Bestreitung des Ausscheidensgrundes (EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller), RPA 2003, 307

Katary, (Kontroverzielle) Klarstellungen des VfGH zu kontroversiellen Fragen der Preisprüfung (VfGH 22.9.2003, B 1211/01), RPA 2003, 336

Katary, VfGH: Hohe (Personal-)Fixkosten als plausible Erklärung bei Preisprüfung? (VfGH 22.9.2003, B 1211/01), RPA 2003, 342

Katary, BVA: Ausscheiden bei – im Verhältnis zum Positionspreis – fehlerhafter Angabe des Einheitspreises (BVA 19.11.2008, N/0132-BVA/13/2008-24), RPA 2009, 18

Keisler, UVS Oberösterreich zu Vollmachtsurkunde und Zweigniederlassung (13.10.2005, VwSen550232/10/Kü/Hu, RPA 2006, 25

Keisler, BVA: Ausscheiden verspätet eingelangter Angebote im Verhandlungsverfahren (BVA 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63), RPA 2007, 133

Keisler, Anmerkung zu VwGH 23.5.2007, 2005/04/0214, RPA 2007, 218

Keisler, Recht auf Widerruf? RPA 2007, 270

Killmann, Kontradiktorische Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote auch unterhalb der Schwellenwerte gemeinschaftsrechtlich geboten (EuGH 15.5.2008, verb Rs C-147/06 und C-148/06, *SECAP und Santorso*), ZVB 2008, 282

Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex* 1999, 523

Kropik, Rechenfehler in Angeboten – Vorreihungsverbot vs Bestbieterermittlung, ZVB 2002, 121

Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, ZVB 2006, 105

Kropik/Prestros, Antragslegitimation auszuscheidender Bieter bei ex-lege-Widerruf (BVA 11.2.2006, 15N-128/05-34, 15N-129/05-26), ZVB 2005, 181

Lang, Preisangemessenheit – eine Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der angebotenen Preise, ZVB 2008, 196

Latzenhofer, Verbale Begründung der Vergabeentscheidung erforderlich (BVA 15.2.2002, N-134/01-37), ZVB 2002, 135

Latzenhofer, Generelle Zuständigkeit des neuen BVA; Diskriminierende Ausschreibungsbedingungen (BVA 30.09.2002, 01N-41/02-27), ZVB 2002, 345

Latzenhofer, Keine Zusammenrechnung von Bauabschnitten (BVA 4.11.2002, 17N-61/02-5), ZVB 2003, 85

Latzenhofer, Fehlende rechtswirksame Fertigung? (BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17), ZVB 2003, 236

Latzenhofer, VwGH: Abgrenzung von behebbaren und unbehebbaen Mängeln eines Angebots (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186), RPA 2004, 92

Latzenhofer, VwGH: Bloßer Hinweis auf die Prüfer des Auftraggebers reicht nicht für die Bestätigung des Ausscheidens wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Angebotspreises (VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181), RPA 2006, 206

Leinemann/Kirch, Der Angriff auf die Kalkulationsfreiheit, VergabeR 5/2005, 563

Lesniak, Keine Antragslegitimation auszuscheidender Bieter (BVA 5.1.2006, 15N-123/05-25), ZVB 2006, 148

Lesniak, Das im Verhandlungsverfahren zu legenden Erstangebot hat den Mindestanforderungen der Ausschreibung zu entsprechen (BVA 13.8.2009, N/0059/BVA/02/2009-19), ZVB 2010, 28

Lessiak, Sozialwohnungsaktiengesellschaften als öffentliche Auftraggeber, ZVB 2001, 47

Madl, Sofortiges Ausscheiden formal nicht entsprechender Angebote und Abweisung des Nachprüfungsantrages ohne mündliche Verhandlung zulässig?, RPA 2005, 74

Madl, OGH: Fehlende Unterfertigung des Angebotsformulars nicht behebbarer Mangel (OGH 29.10.2008, 9 Ob 38/08s), RPA 2009, 130

Mecenovic, Anmerkung zu BVA 20.3.2003, 12N-10/03-11, RPA 2003, 53

Mensdorff-Pouilly, Ausschlussgrund fehlende Haftpflichtversicherung/Mindestanforderungen bei Abänderungsangeboten, ZVB 2008, 19

Oberndorfer, Preisangemessenheit – eine Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der angebotenen Preise (VKS), ZVB 2008, 308

Öhler, Bundesvergabeamt: Keine Antragslegitimation von auszuscheidenden Bietern (BVA 14.5.2003, 05N-36/03-29), RdW 6/2003, 329

Öhler, Rechtsgültige Fertigung von Angeboten (BVA 9.4.2003, 15N-16/03-17), RdW 10/2003, 579

Öhler, Nicht plausibler Angebotspreis wegen falscher Kalkulationsannahmen (UVS OÖ 6.11.2006, VwSen-550294/11/Wim/Be), ZVB 2007, 158

Oberndorfer, Gratwanderung, Vertiefte Angebotsprüfung – Ausscheiden von Angeboten II, ÖBZ 35/1992, 8

Oberndorfer/Schwarz, Preisangemessenheit bei öffentlichen Bauaufträgen, ZVB 2001, 148

Oppel, Die Zuschlagsentscheidung wird mangels Anfechtung zwar unanfechtbar, nicht aber „bestandsfest“ (VKS Wien eV 10.4.2007, VKS-2479/07 und eV 10.5.2007, VKS-2479/07), ZVB 2007, 290

Oppel, Die Angabe eines Stückpreises statt eines Gesamtpreises kann uU ein behebbarer Mangel sein (VKS Wien 2.4.2009, VKS-2353/09), ZVB 2009, 254

Pachner, Prüfmaßstäbe für Auswahlentscheidungen (VK Arnsberg, OLG Düsseldorf), ZVB 2004, 60

Pachner, Keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren bei zwingend auszuscheidendem Angebot (VwGH 26.7.2007, 2003/04/0074-7), ZVB 2007, 326

Pachner, VwGH: Bestandsfest gewordene Ausschreibungsbedingungen sind in Nachprüfungsverfahren zwingend zu beachten (VwGH 27.5.2009, 2008/04/0041), ZVB 2009, 232

Papst, VwGH: Keine Bindung der Vergabekontrollbehörde an die Nichtigerklärung der ersten Zuschlagserteilung im Nachprüfungsverfahren zur zweiten Zuschlagserteilung (VwGH 27.6.2007, 2005/04/0111), RPA 2007, 276

Pfeiler, Nicht kostendeckender Preis (VKS Stmk 5.12.2000, S12-2000/19), ZVB 2001, 15

Pointner, Anfechtung einer nicht gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidung im Rahmen der Beschwerdepunkte (BVA 21.11.2005, 03N-94/05-21), ZVB 2006, 43

Pointner, Keine Antragslegitimation auszuscheidender Bieter (BVA 26.11.2005, 13N-108/05-20), ZVB 2006, 49

Pointner, Ein unvollständiges Angebot ist auszuscheiden (BVA 22.12.2005, 13N-115/05-22), ZVB 2006, 85

Pointner, Angebote, die Musskriterien widersprechen, sind zwingend auszuscheiden (BVA 30.11.2005, 02N-109/05-11), ZVB 2006, 50

Pointner, Die von einem Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren gewählte Bezeichnung „last and best offer“ bezeichnet nicht notwendigerweise das Ende der Verhandlungsphase (BVA 2.1.2007, N/0093-BVA/05/2006-57), ZVB 2007, 87

Prünster, Möglichkeit des Ausscheidens von Angeboten (BVA 10.7.2006, N/0044-BVA/10/2006-27), ZVB 2006, 277

Reckerzügl/Schwarz, Handlungsalternativen bei mangelhaften Ausschreibungen aus Sicht des Vergaberechts, RPA 2001, 62

Reisner, BVA: Bietergemeinschaft mit deutschen Unternehmen (BVA 20.2.2004, 16N-144/03-36), RPA 2004, 189

Reisner, VwGH: Unbedingter Verlust der Antragslegitimation bei Vorliegen eines Ausscheidensgrundes (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200), RPA 2007, 176

Reisner, EuGH: Kein genereller Ausschluss von mit Medienunternehmen verbundenen Bauunternehmen vom Vergabeverfahren (EuGH 16.12.2008, Rs C-213/07), RPA 2009, 100

Reisner, EuGH: Kein genereller Ausschluss konzernverbundener Unternehmen von einem Vergabeverfahren (EuGH 19.5.2009, Rs C-538/07), RPA 2009, 149

Rosenkranz, Prüfungsumfang bei der Antragslegitimation - unbehebbarer Mängel im Verhandlungsverfahren (BVA 29. 7. 2009, N/0061-BVA/04/2009-32), ZVB 2009, 342

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1

Sachs, Neue Konturen des BVA (BVA 30.9.2002, N-41/02-27), ZVB 2002, 331

Sagmeister, Rechtsgültige Unterfertigung des Angebots (VKS Wien 14.5.2003, VKS-3896/03), ZVB 2003, 339

Saladin, Varianten und Optionen, ZVB 2007, 135

Schidlof, Bei Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen kommt nur ein eingeschränktes Regelungsregime zur Anwendung (BVA 3.5.2006, 0017-BVA/04/2006-25), ZVB 2006, 209

Schidlof, Fristfestlegung durch Auftraggeber im Verhandlungsverfahren (BVA 20.3.2007, N/0012-BVA/07/2007-63), ZVB 2007, 166

Steindl/Schramm, Zur Kalkulierbarkeit von Angeboten (VKS Wien 5.12.2006, 1798/06), ZVB 2007, 154

Stiefelmeyer, Keine Chance auf Ergänzung eines unzulässigen Teilangebotes im offenen Verfahren nach Angebotsöffnung (BVA 23.12.2003, 17N-129/03-21), ZVB 2004, 86

Stiefelmeyer, Unverbindliche Nennung eines Subunternehmers (BVA 25.8.2004, 07N-75/04-22), ZVB 2004, 323

Stemmer, Mischkalkulationen sind unzulässig, sind spekulative Preisgestaltungen passé? VergabeR 5/2004, 549

Stempkowski/Holzinger, BVA: Ausschluss wegen „Vorbefassung“ entsprechend Festlegungen des Auftraggebers (BVA 29.1.2010, N/0116-BVA/14/2009-39), RPA 2010, 84

Stolz, Divergenzvorlagebeschluß; Fehlende Preisangaben; Mischkalkulation; Spekulationspreise; Antragsbefugnis, VergabeR 4/2004, 473

Sundström, Neuere Rechtsprechung zu ausgewählten Fragen des Vergaberechts, ecolex 2006, 109

Sundström, Neuere Rechtsprechung zu ausgewählten Fragen des Vergaberechts, ecolex 2008, 34

Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragsstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7

Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 68

Thienel, Anfechtung und Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen?, RPA 2004, 73

Weber, Fehlerhafte firmenmäßige Fertigung (OGH 2.7.2002, 4 Ob 154/02d), ZVB 2003, 59

B. Monographien und Kommentare

Aicher in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts (1985)

Eilmansberger/Fruhmann in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (2009) § 19

Eisner, Die Bestandskraft im Vergabeverfahren (2009) Dissertation Wien

Elsner, Vergaberecht (1999)

Elsner, Bundesvergabegesetz 2006 (2008)

Fink/Schiefer in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch des Vergaberechts² (2005) 3.8. Angebotsprüfung

Gast, Das österreichische Vergaberecht (2006)

Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002 (2005) § 98

G. Gruber in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (2009) § 108

G. Gruber, Ausgewählte Punkte in der Rechtsprechung des VfGH und VwGH, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP III (2006) 63

G. Gruber in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004)

Heid/Hauck/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002)

Heid & Partner Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch des Vergaberechts² (2005)

Heiermann in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), Handkommentar zur VOB, Teile A und B⁸ (1997) A § 18

Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht (2009)

Horn/Amelung in *Müller-Wrede* (Hrsg), Verdingungsordnung für Leistungen VOL/A (2007) § 18

Kropik in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum BVergG 2006 (2009) § 125

Kropik, Die vertiefte Angebotsprüfung und die Beurteilung der Preisangemessenheit von Bauleistungen, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II (2005) 151

Müller-Wrede, Spekulationsangebote, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP II (2005) 205

Noch in *Müller-Wrede* (Hrsg), Verdingungsordnung für Leistungen VOL/A (2007) § 25

Oberndorfer in *Straube/Aicher* (Hrsg), Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II²

Oberndorfer/Kuckacka, Preisbildung und Preisumrechnung (2002) 88

Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997)

Öhler, Zum Ausscheidungstatbestand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV (2007) 15

Öhler/Schramm in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002 (2005) § 98 Exkurs: Mangelhafte Angebote

Öhler/Schramm in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006 (2009) §§ 129, 269

Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen (1997)

Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen² (1998)

Pointner/Prünster, Der Angebotspreis – Herausforderung für Auftraggeber und Bieter, in Bundesvergabeamt (Hrsg), Standpunkte zum Vergaberecht (2003) 29

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005)

Rusam in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), Handkommentar zur VOB, Teile A und B⁸ (1997) A § 25

Rusam in *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg), Handkommentar zur VOB, Teile A und B⁸ (1997) A § 2

Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV (2007) 15

Schramm, Zum Ausscheiden von Angeboten, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP (2004) 35

XIV. Anhang

A. Abstract

Eine der wichtigsten Entscheidung im Zuge eines Vergabeverfahrens ist die Frage, ob ein Angebot ausgeschieden werden muss oder nicht. Trifft der Auftraggeber die Ausscheidensentscheidung, wird dem betroffenen Angebot de facto die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten.

Bei der Frage, wann ein Angebot auszuschneiden ist, hat sich der Auftraggeber an das Bundesvergabegesetz 2006, insbesondere an seinen § 129 halten. Dieser beinhaltet eine abschließende Aufzählung von Ausscheidenstatbeständen. Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die angebotsbezogenen Mängel von Angeboten, die bieterbezogenen Mängel werden nicht berücksichtigt.

Das Gesetz bedient sich bei der Umschreibung der Ausscheidenstatbestände zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe, über deren Bedeutung sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung keine Klarheit herrscht. Dies betrifft beispielsweise folgende Formulierungen: nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit, Rechenfehler, spekulativer Preis, angemessene, widersprechende, fehlerhafte und unvollständige Angebote. Problematisch und für den Rechtsanwender höchst unbefriedigend ist zudem, dass es innerhalb der Rechtsprechung teilweise divergierende Ansichten gibt. Die einzelnen Vergabenachprüfungsbehörden (beispielsweise Bundesvergabeamt, Vergabekontrollsenate, Unabhängige Verwaltungssenate) entscheiden unterschiedlich und auch der VwGH als Korrektiv bleibt nicht immer einer bereits eingeschlagenen Linie treu.

Einleitend widmen sich einige Kapitel der Frage nach der Bindung an die Ausschreibung und der Bestandskraft der Ausschreibung sowie der Auslegung von Ausschreibung und Angeboten. Im Zuge der Darstellung der Ausscheidenstatbestände wird auch die Frage nach der Behebbarkeit von Mängeln und Unklarheiten in den Angeboten behandelt und die Judikatur hierzu beleuchtet.

Die vorliegende Arbeit versucht die vorhandenen Lösungsansätze zu systematisieren und zu analysieren sowie eine vergleichende Darstellung und Kategorisierung der Rechtsprechung vorzunehmen. Im Ergebnis ist zu beobachten, dass die teils sehr formalistischen Ansätze nur langsam im Hinblick auf die Realitäten der Praxis pragmatischeren Ansätzen weichen.

B. Lebenslauf

Mag.^a iur. Caroline Grygiel

Geboren am 16.6.1984 in Wien

Beruflicher Werdegang:

06/2010 – laufend	Gerichtspraxis OLG Wien derzeit am Landesgericht für Strafsachen Wien
11/2006 – 05/2010	Schramm Öhler Rechtsanwälte juristische Mitarbeiterin, organisatorische Leitung der Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht (ZVB) und des Kommentars zum BVergG 2006 (Hrsg: <i>Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel</i>)
07/2006	Binder Grösswang Rechtsanwälte Praktikum, Schwerpunkt: Gesellschaftsrecht
08/2006 – 09/2006	CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte Praktikum, Schwerpunkte: Arbeitsrecht, M&A-Projekte

Akademische Ausbildung:

Seit 03/2007	Doktoratsstudium Rechtswissenschaften, Universität Wien Schwerpunkte: Vergaberecht, Grund- und Menschenrechte
10/2002 – 11/2006	Diplomstudium Rechtswissenschaften, Universität Wien Schwerpunkte: Zivilverfahrensrecht, Strafprozessrecht
07/2003 – 08/2003	International Summer Program, Universität Wien Schwerpunkte: European Political Systems, European Security, EU: Legal an Institutional Framework
1994 – 2002	Privatgymnasium Friesgasse Matura, Notendurchschnitt: 1,0