



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/074/9665/2016-20
O. KG

Wien, 8.9.2016

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag. Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über die Antrag der O. KG, vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Stadt Wien, Magistratsabteilung 13, vergebende Stelle Magistratsabteilung 54, betreffend das Vergabeverfahren "Sicherheitsdienst MA 13 - H. 2016", nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2016 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 13, vergebende Stelle: Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (im Folgenden Antragsgegnerin), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich "Sicherheitsdienst MA 13 - H. 2016". Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) erteilt werden.

Die Angebote waren bis 21.4.2016, 10 Uhr, zu legen, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 22.7.2016 gab diese bekannt, dass das im Schreiben angeführte Unternehmen als Billigstbieterin ermittelt worden sei und der Zuschlag auf dieses Unternehmen laute.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2016, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Pauschalgebührenersatz. Der Antrag ist am 1.8.2016 elektronisch im Verwaltungsgericht Wien eingelangt.

Begründend führt die Antragstellerin darin aus, dass ein Verlesungsmangel vorliege, da bei Angebotsöffnung der Gesamtpreis brutto ohne letztendlich zuschlagsrelevanter „Option“ verlesen worden sei und die Ausschreibung auch keine „Option“ vorsehe. Damit sei im Ergebnis auf einen Preis zugeschlagen worden, der so nicht verlesen worden sei. Weiters sei ein zwingendes Kriterium „Frauenförderung“ vom Mitbewerber nicht erfüllt. Letztlich liege ein Begründungsmangel vor, da eine Zuschlagsentscheidung ausreichend und nachvollziehbar begründet sein müsse, was gegenständlich jedoch nicht gegeben sei.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin sei aus den dargelegten Gründen rechtswidrig. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung und korrekter Durchführung des Vergabeverfahrens hätte dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden müssen.

Die Antragstellerin habe auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten, welcher sich in der Beteiligung an der Ausschreibung, aber auch an der Einbringung des gegenständlichen Nichtigerklärungsantrages zeige. Sie komme als Auftragnehmerin in Betracht und erachte sich an ihr Angebot gebunden.

Für die Erstellung des Angebotes seien der Antragstellerin Kosten entstanden und entstünde durch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung ein Verlust an Deckungsbeitrag in einer im Antrag bezifferten Höhe. Auch drohe der Verlust eines Referenzprojektes. Letztlich seien Kosten für die anwaltliche Vertretung erwachsen.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 5.8.2016, VGW-123/V/074/9666/2016-1, wurde die einstweilige Verfügung wie beantragt erlassen.

Mit Schriftsatz vom 5.8.2016 brachte die Antragsgegnerin vor, dass es sich beim gegenständlichen Vergabeverfahren um einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich handle. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag der Kategorie 23 des Anhanges IV, und zwar um eine Sicherheitsdienstleistung für die MA 13-Büchereien Wien, H. in Wien. Die Zuschlagsentscheidung sei am 22.7.2016 ergangen, das Ende der Stillhaltefrist sei der 1.8.2016. Grundsätzlich werde angemerkt, dass bei der gegenständlichen Vergabe das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises angewandt worden sei.

Zum Antrag Punkt 7.1. (Verlesungsmangel) werde vorgebracht, dass am 21.4.2016 im Beisein von Vertreterinnen und Vertretern der Bieterinnen und Bieter die Öffnung der Angebote stattgefunden habe. Es seien jeweils die Bestandteile des Angebots sowie der Angebotspreis inklusive USt. verlesen worden. Dazu werde auf die Niederschrift vom 21.4.2016 im Vergabeakt verwiesen. Die Ausschreibung sehe eine Leistungsfrist von 24 Monaten mit der Option einer Verlängerung um zwölf Monate vor. Anzubieten sei der Preis für 24 Monate gewesen. Es handle sich bei der Verlängerungsoption um keine der in § 118 Abs. 5 Z 2 BVergG 2006 genannten Preisbestandteile (wie Nachlass, Aufschlag oder Teilangebotspreise). Für den Zuschlag entscheidend sei der Angebotspreis, daraus werde der Preis für die Verlängerungsoption rechnerisch

ermittelt. Aus diesem Grund sei eine Manipulation, wie im Antrag vermutet werde, nicht denkbar.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass die vorliegende Ausschreibung gar keine Option vorsehe, sei nicht nachvollziehbar, da auf Seite 1 der Ausschreibung bei der Leistungsfrist angegeben sei: „24 Monate ab Auftragserteilung mit der Option einer Verlängerung um weitere zwölf Monate“ und in Punkt 17 der Vertragsbestimmungen ebenso die „Verlängerungsoption“ festgelegt sei. Darüber hinaus sei die Möglichkeit der Vertragsverlängerung in der Bekanntmachung zu ersehen gewesen. Im Übrigen wäre die Tatsache, dass es sich bei der Option um eine Verlängerungsoption handle, mittels Anfrage oder Telefonat rasch aufzuklären gewesen.

Zum Antrag Punkt 7.2. (Frauenförderung) werde vorgebracht, dass gemäß Punkt 23 der Angebotsbestimmungen die der Ausschreibung angeschlossene Verpflichtungserklärung „Frauenförderung als soziale Bedingung für die Auftragsausführung“ auszufüllen und dem Angebot beizulegen gewesen sei. Dabei seien lediglich 3-4 Maßnahmen aus den vier Gruppen auszuwählen und diese Auswahl auf Seite 1 einzutragen gewesen. Dies sei von allen zwölf Bieterinnen ordnungsgemäß ausgeführt worden. Die Antragstellerin habe zusätzlich ein vierseitiges Begleitschreiben mit Maßnahmen zur Frauenförderung beigelegt. Dies sei in der Ausschreibung nicht gefordert gewesen. Die erst im Fall einer Auftragserteilung zum Tragen kommende Verpflichtungserklärung („... für die Auftragsausführung“) sehe vor, dass die Auftragnehmerin bis zur Hälfte der Leistungsfrist die ausgewählten Maßnahmen umzusetzen und darüber einen schriftlichen Nachweis vorzulegen habe. In diesem Zusammenhang werde auf Punkt 23 der Angebotsbestimmungen der Ausschreibung hingewiesen. Daraus ergebe sich eindeutig, dass lediglich die der Ausschreibung beiliegende Verpflichtungserklärung dem Angebot beizulegen gewesen sei, aber keine darüber hinausgehenden Ausarbeitungen gefordert gewesen seien. Angemerkt werde, dass selbst bei Fehlen der Verpflichtungserklärung im Angebot ein unbehebbarer Mangel vorgelegen wäre und dies nicht zum sofortigen Ausscheiden geführt hätte.

Zum Antrag Punkt 7.3. (Begründungsmangel) werde ausgeführt, dass das Vergabeverfahren ordnungsgemäß geführt worden sei, es seien Eignung und

Angebote (vertieft) geprüft worden. Eine Übermittlung des Protokolls über die Angebotsöffnung sei seitens der Antragstellerin weder bei der Öffnung noch danach verlangt und deshalb auch nicht übermittelt worden. Eine Verpflichtung zu einer automatischen Versendung sehe das Bundesvergabegesetz nicht vor. Gemäß Punkt 18 der Angebotsbestimmungen der Ausschreibung sei einziges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis, darauf sei in der Zuschlagsentscheidung Bezug genommen worden. Jede Bieterin habe somit ihren Angebotspreis mit dem in der Zuschlagsentscheidung mitgeteilten niedrigsten Angebotspreis vergleichen können.

Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden, wie sie vermeine, sondern sei nach dem Zuschlagskriterium des Preises an 7. Stelle gereiht und sei deshalb für einen Zuschlag nicht in die engere Auswahl gekommen. Daher müssten selbst bei Wegfall der erstgereihten Bieterin noch fünf weitere Bieterinnen ausgeschlossen werden, damit das Angebot der Antragstellerin zum Tragen käme. Festzuhalten sei daher, dass die Antragstellerin kein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behaupten könne und daher zur Beantragung der Nichtigerklärung nicht berechtigt sei.

Mit Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.8.2016 führte dieser zu Punkt 7.1 des Antrages aus, dass die Auftraggeberin die Judikatur des VwGH vom 21. Dezember 2004, 2004/04/0100 oder vom 30. April 2008, 2006/04/0065 außer Acht lasse. Die gesetzlich vorgesehene Verlesung anlässlich der Angebotsöffnung diene nach der Judikatur vor allem dazu, die preisliche Reihung für die Bieter erkennbar zu machen, das heiße, der Bieter soll aufgrund des Ergebnisses der Angebotsöffnung die Position seines Angebotes im Vergabeverfahren abschätzen können. Die Verlesung soll größtmögliche Transparenz des Vergabeverfahrens gewährleisten sowie mögliche Manipulationen verhindern. Würden Teile des Angebots (wie vorliegend eine Verlängerungsoption) in gesetzwidriger Weise nicht verlesen, sei dies schon dann beachtlich, wenn durch das Unterlassen der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermöglicht oder erleichtert würde. Es komme nicht auf die tatsächliche Manipulation an.

Die genannte Judikatur betone, dass Preisbestandteile zu verlesen sind, lediglich angebotene „Liefer- bzw. Fertigstellungsfristen“ wären nicht zu verlesen.

Die Auftraggeberin habe bei Angebotsöffnung die Angebotspreise inklusive Umsatzsteuer verlesen. Der Angebotspreis (Auftragssumme) sei die Summe des Gesamtpreises und der Umsatzsteuer (zivilrechtlicher Preis). Im darin enthaltenen Gesamtpreis seien neben der Summe der Positionspreise auch allfällige Nachlässe und Aufschläge zu berücksichtigen und daher auch mögliche Optionen mit zu verlesen. Dies sei nicht erfolgt. Grundsätzlich sei in diesem Zusammenhang eine Manipulation auch denkbar bzw. werde dadurch erleichtert, dass bspw. in einem Angebot die „Option“ bereits enthalten sein könne, in einem anderen nicht, da die Verlängerungsoption ja auch auftragsgegenständlich gewesen sei.

Hinzu komme die verwirrende Bezeichnung der Verlängerungsoption als „Option“. Eine „Option“ (nicht: „Verlängerungsoption“) habe die Ausschreibung nicht enthalten. Daher sei zum Beispiel auch im TED-Standardformular unter Punkt II.2.2 (Option) eine von der Verlängerungsoption gemäß Punkt II.2.3. zu unterscheidende Spalte vorgesehen. Darin liege vorliegend die Gefahr von Manipulationen, da letztendlich einem Gesamtpreis (mit Verlängerungsoption) zugeschlagen werden solle, der so nicht verlesen worden sei. Damit seien zuschlagsrelevante Teile des Angebots in gesetzwidriger Weise nicht verlesen worden und sei die Relevanz der Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens bereits deshalb gegeben, da durch die Unterlassung der Verlesung eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich zumindest ermöglicht bzw. erleichtert werde.

Zum Antrag Punkt 7.2 werde ausgeführt, dass die Auftraggeberin im Nachhinein versuche, ihre Ausschreibungsunterlagen für sie günstig dahingehend zu interpretieren, dass der Nachweis für das zwingende Kriterium „Frauenförderung“, das tatsächlich als Zulässigkeitskriterium in den Ausschreibungsunterlagen formuliert sei, erst bis zur halben Leistungsfrist vorzulegen wäre. Dem genauen Wortlaut ihrer Ausschreibung sei aber zu entnehmen, dass der Nachweis über die Umsetzung bis spätestens der Hälfte der Leistungsfrist vorzulegen sei. Wie bereits im Nachprüfungsantrag ausgeführt, seien die entsprechenden Nachweise nach der klaren Formulierung der

Ausschreibung bereits mit dem Angebot vorzulegen gewesen und seien im Zuge der Öffnung die der Ausschreibung geforderten Nachweise lediglich von der Antragstellerin und einer weiteren Bieterin erbracht worden. Nur bei diesen beiden Bietern sei im Öffnungsprotokoll auch vermerkt, dass die geforderten „Maßnahmen zur FF“ nachgewiesen worden sein. Die andere Bieterin sei preislich hinter der Antragstellerin gereiht.

Die Auftraggeberin wird in diesem Zusammenhang aber auch auf §§ 914, 915 ABGB verwiesen. Damit sei die Argumentation und nachträgliche Interpretation der eigenen Ausschreibung durch die Auftraggeberin nicht stichhaltig. Bereits der klare Wortlaut der Ausschreibungsunterlage zeige, dass die im Anhang „Frauenförderung als soziale Bedingung für die Auftragsausführung“ genannten Voraussetzungen mit Angebotsabgabe erfüllt sein müssen. Verwiesen werde auf Punkt 23 der Ausschreibung, Angebotsbestimmungen Seite 4. Gleichzeitig sei mit Angebotsabgabe auch die Abgabe einer Verpflichtungserklärung verlangt worden, die die „Frauenförderung als soziale Bedingung für die Auftragsausführung“ (Ausschreibung Seite 18) festlege. Damit habe sich der Bieter mit Angebotsabgabe zu angeführten frauenfördernden Maßnahmen zu verpflichten, deren Umsetzung dann erst bis zur Hälfte der Leistungsfrist konkret nachzuweisen sei. Die Abgabe der Verpflichtungserklärung gemäß dem in der Ausschreibung vorgegebenen Formular (Seite 28-23) sei nach dem Wortlaut der Erklärung verpflichtend und diese - mit umfangreicher Angabe geeigneter Maßnahmen - auch gesondert zu unterfertigen.

Dem Wortlaut der Verpflichtungserklärung nach sei das Einhalten der übernommenen Verpflichtung zur Frauenförderung als Zuverlässigkeitsgrund ausgestaltet, woran kein Zweifel bestehen könne.

Zu Punkt 7.3 werde auf das Urteil des EuGH vom 28.1.2010, RS C-406/08, *Uniplex*, verwiesen, wonach zu beachten sei, dass Rechtsmittelfristen im Zusammenhang mit vergaberechtlichen Verstößen mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes nur dann vereinbar seien, wenn der gesamte Fristenlauf bei Kenntnis des Rechtsverstoßes noch zur Verfügung stehe.

Die Auftraggeberin übersehe daher, dass die Begründungstiefe nicht daran gemessen werde, ob Vergabedokumente, die der Antragstellerin über Antrag

übersandt werden könnten, auch tatsächlich angefordert worden seien, sondern die Begründungstiefe messe sich einzig an der mit der Zuschlagsentscheidung übersandten Begründung, welche, wie bereits im Nachprüfungsantrag vorgebracht, nicht ausreichend gewesen sei.

Am 8.9.2016 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien die beantragte öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche folgenden Verlauf hatte:

Auf die Frage der Berichterin, woraus sich in der Ausschreibung die erforderliche Verlesung der Option ergebe, gibt die ASTV an: es wird auf das bisherige Vorbringen in den Schriftsätzen verwiesen.

Zur Frage an die ASTV, woraus sich in den Ausschreibungsunterlagen ergebe, dass die Option ein Preisbestandteil sei, wird auf das bisherige Vorbringen in den Schriftsätzen verwiesen.

Zur Frage an die ASTV, woraus sich ergebe, dass es sich um eine „zuschlagsrelevante Option“ handle, wird auf das bisherige Vorbringen erwiesen.

Auf Frage an die AG, ob die Option bei Angebotsöffnung verlesen wurde, verneint diese unter Hinweis auf den Vergabeakt.

Auf Frage an die AG, ob die Option ein Preisbestandteil war, verneint diese; die Verlängerungsoption für 12 Monate war letztendlich ein rechnerischer Vorgang, welcher auch keine Reihungsänderung bewirken kann.

Zur Niederschrift der Angebotsöffnung im Vergabeakt wird vom ASTV angegeben, dass von Seiten der AST eine Vertreterin anwesend war.

AGV gibt an, dass eine Kopie der Niederschrift zur Angebotsöffnung dem ASTV während des Nachprüfungsverfahrens übermittelt worden ist.

Die ASTV verweist zur nunmehr übermittelten Niederschrift zur Angebotsprüfung auf ihr bisheriges Vorbringen.

Der AGV führt zum Schriftsatz der AST vom 18.08.2016 und der dort angeführten Judikatur des VwGH aus, dass dies das Vorbringen der AG stütze.

Auf Vorhalt der Ausschreibung Seite 12/13, wo der Angebotspreis aus LG 1 und LG 2 ermittelt wird, gibt Herr Dr. K* an, dass dies der verlesene Angebotspreis ist. Es sei im eigenen Angebot auch so vorgenommen worden.

Herr Dr. K* bringt zum zweiten Grund der Anfechtung „Frauenförderung“ vor, dass die Angebotsbestimmungen, Seite 4, Punkt 23, aus seiner Sicht die Grundlage darstelle, und in Beilage ./4 der Ausschreibung der konkrete Auftrag ausgestaltet werde. Bei Angebotsöffnung habe die Vertreterin der AST wahrgenommen, dass neben der AST nur ein weiterer Bieter die bereits ausgearbeiteten Maßnahmen dem Angebot beigegeben habe.

Bezweifelt werde, dass das Angebot der präsumtive Zuschlagsempfängerin (PZ) ausschreibungskonform erstellt worden sei.

Der ASTV wird seitens des Senates mitgeteilt, dass im Angebot der PZ Maßnahmen ausgewählt worden sind.

ASTV bringt vor, dass aus der Ausschreibung deutlich hervorgehe, dass die Maßnahmen auch auszuarbeiten gewesen seien. Dazu werde auf den Punkt 23 sowie auf die Beilage ./4 der Ausschreibung verwiesen.

Herr Dr. K* bringt auf Vorhalt der Beilage ./4 „Auftragsausführung“ und „Pönale“ vor, dass aus seiner Sicht die Maßnahmen auszuarbeiten waren und die Ausschreibung genau dies vorgegeben habe.

Zur Pönale führt die ASTV aus, dass die Pönalebestimmung ihrer Ansicht nach voraussetzen würde, dass die Frauenförderungsmaßnahmen dem Angebot in ausgearbeiteter Form beigelegt werden würden, zumal die Pönalebestimmung die Nichteinhaltung der Frauenförderungsmaßnahmen sanktionieren würde. Eine Sanktionierung der Nichteinhaltung der Frauenförderungsmaßnahmen sei dann nicht möglich, wenn die Maßnahmen in ausgearbeiteter Form nicht beigelegt würden.

Der AGV hält dem entgegen, dass die Pönalebestimmung nach ihrem Verständnis den Fall sanktionieren würde, dass der Zuschlagsempfänger in der Ausführungsphase die ausgewählten Frauenförderungsmaßnahmen nicht fristgerecht nachweist. Dies würde aus dem Wort „geplanten“ im Punkt 23 der Angebotsbestimmungen hervorgehen.

Auf Frage aus dem Senat gibt Herr Dr. K* an: Zweifel oder Fragen bei Angebotserstellung sind betreffend diesem Punkt nicht aufgetaucht. Eine Nachfrage bei der Auftraggeberin war demnach nicht erforderlich.

Die AGV bringt vor, dass die Verpflichtungserklärung (Beilage ./4) keinen Platz vorsehe, die geplanten Maßnahmen bereits auszuführen und rechtlich auch gar keine Grundlage bestehen würde, vor Vertragsschluss, das heißt vor Zuschlagserteilung, konkrete Angaben zur Umsetzung der Frauenförderungsmaßnahmen zu verlangen.

Die ASTV bestreitet dies und hält dem entgegen, dass sehr wohl im Angebot bereits konkrete Pläne, welche Frauenförderungsmaßnahmen umgesetzt werden sollen, anzuschließen gewesen seien.

Herr Dr. K* fragt verständnishaft: Wenn jetzt ein Bieter bei der Frauenförderung beispielsweise die Maßnahme A) 1. ankreuzt, habe er dann die Maßnahme vor der Alternative „oder“ oder die Maßnahme nach dieser Alternative ausgewählt.

Der AGV führt dazu aus, dass sich ein solcher Bieter im Fall der Zuschlagserteilung in der Ausführungsphase aussuchen könne, ob er innerhalb der ausgewählten Maßnahme A) 1. die erste oder zweite Alternative umsetzt.

Herr Dr. K* hält dem entgegen, dass diese Maßnahmen so nicht gemeint gewesen sein können.

Zum Punkt Begründungsmangel verweist die ASTV auf das bisherige Vorbringen.

Der AGV teilt auf die Frage, wozu die Verlängerungsoption in der Zuschlagsentscheidung angegeben worden sei, mit: Das war ein Service. Der

präsumtive Zuschlagsempfänger soll damit informiert werden über die Option, d.h. das einseitig ausübbares Recht. Aus unserer Sicht stellt dies einen möglichen Gesamtwert dar.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des Vergabeaktes, der im Nachprüfungsverfahren eingebrachten Schriftsätze, welche den Beteiligten jeweils mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugegangen sind, sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden der Antrag auf Nichtigklärung sowie die im Verfahren ergangenen Schriftsätze nachweislich zugestellt, sie hat dazu kein Vorbringen erstattet. Zur mündlichen Verhandlung hat sich der Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus gesundheitlichen Gründen kurzfristig entschuldigt.

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Dienstleistungsauftrages "Sicherheitsdienst MA 13 - H. 2016". Die Angebotsfrist war mit 21.4.2016, 10:00 Uhr festgesetzt.

Die Ausschreibung ist bestandfest.

Im Vergabeverfahren wurden 13 Angebote abgegeben. Die Antragstellerin ist eine Unternehmerin, die sich am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot abgegeben hat (Ordner 3A). Am 21.4.2016, 10:00 Uhr, fand die Angebotsöffnung unter Anwesenheit der Bieter statt. Eine Vertreterin der Antragstellerin hat teilgenommen.

Die Niederschrift zur Angebotsöffnung vom 21.4.2016 besteht aus einer Liste der eingelangten Angebote, in welcher die Angebote unter einer fortlaufenden Nummer und dem Datum des Einlangens aufgelistet werden, einer Niederschrift, aus welcher sich die anwesenden Personen ergeben und in welcher festgehalten

wird, dass 13 Angebote fristgerecht im verschlossenen Umschlag eingelangt sind. In einer Aufstellung werden sodann in einer Tabelle angeführt: „Firma und Geschäftssitz, Angebotsnummer, Verlesener Angebotspreis inkl. USt., Allfällige Bemerkungen (z.B. Begleitschreiben etc.)“ (Vergabeakt 1A Trennblatt 1).

Zum Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin findet sich der Name und die Anschrift derselben, die Angebotsnummer 127, Euro 159.***,** als verlesener Angebotspreis inkl. USt. und als Bemerkung „2 Vers.best.; Zert. ISO 9001 + 14001; BS OHSAS 18001; ANKÖ“.

Am Ende dieser Aufstellung zur Angebotsöffnung findet sich der Text:

„Allfällige Bemerkungen (z.B. Begleitschreiben, wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der BieterInnen, offensichtliche Mängel):

Die anwesenden FirmenvertreterInnen wurden gefragt, ob etwas Wichtiges nicht verlesen wurde. Da keine diesbezügliche Meldung erfolgte, wurde die kommissionelle Angebotsöffnung nach Unterzeichnung um 11.30 Uhr beendet. Unterschriften“

In der mündlichen Verhandlung gab die Antragstellerin dazu an, dass sie die Niederschrift über die Angebotsöffnung inzwischen erhalten habe. Ein Vorbringen dazu wurde nicht erstattet.

Unbestritten hat die Antragstellerin keine Fragen betreffend Unklarheiten in der Ausschreibung während der Angebotserstellung an die Antragsgegnerin gerichtet. Ein Hinweis oder eine Anmerkung der bei Angebotsöffnung anwesenden Vertreterin der Antragstellerin ist im Zuge der Angebotsöffnung nicht erfolgt.

Unbestritten wurde bei Angebotsöffnung der Angebotspreis, welcher sich aus der Summe der Leistungsgruppe 1 (LG 1) und Leistungsgruppe 2 (LG 2) zusammensetzt, verlesen. Die Option (Verlängerungsoption um 12 Monate) wurde nicht verlesen. Sie wurde im Zuge der Zuschlagsentscheidung rechnerisch ermittelt und in der Zuschlagsentscheidung mitgeteilt.

In der bestandfesten Ausschreibung ist an folgenden Stellen die Option erwähnt:

Seite 1 der Ausschreibung nennt als Leistungsfrist „24 Monate ab Auftragserteilung mit der Option einer Verlängerung um weitere 12 Monate“

Pkt. 17 der Vertragsbestimmungen der Ausschreibung lautet:

„Verlängerungsoption:

Die AG wird spätestens 1 Monat vor Ende der Laufzeit des Vertrages über die allfällige Inanspruchnahme einer Verlängerungsoption in Kenntnis gesetzt.“

Die Möglichkeit der Verlängerung war auch in der Bekanntmachung ersichtlich. Der Antragstellerin ist beizupflichten, dass dort unter „II.2.2) Angaben zu Optionen: nein“ steht.

Jedoch wird gleich einen Punkt darunter angegeben:

„II.2.3) Angaben zur Vertragsverlängerung: Dieser Auftrag kann verlängert werden: ja

Zahl der möglichen Verlängerungen: 1

Voraussichtlicher Zeitrahmen für Folgeaufträge bei verlängerbaren Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen: in Monaten: 12 (ab Auftragsvergabe)“ und unter

„II.3) Vertragslaufzeit bzw. Beginn und Ende der Auftragsausführung Laufzeit in Monaten: 24 (ab Auftragsvergabe)“.

Fest steht daher, dass die Option der Verlängerung um 12 Monate in der bestandfesten Ausschreibung genannt worden ist. Fest steht auch, dass der Angebotspreis bei Angebotsöffnung verlesen worden ist und die Option erst im Zuge der Zuschlagsentscheidung rechnerisch ermittelt und mitgeteilt worden ist. Eine Änderung der Reihung der Angebote hat sich dadurch nicht ergeben, da aufgrund der Angebotspreise die Angebote gereiht worden sind und die Option der Verlängerung um den halben Leistungszeitraum erst im Zuge der Zuschlagsentscheidung aus dem Angebotspreis errechnet und mitgeteilt worden ist.

Pkt. 23 der bestandfesten Angebotsbestimmungen in der Ausschreibung lautet:

„Frauenförderung und soziale Ausführungsbedingungen:

Wenn die im Anhang „Frauenförderung als soziale Bedingung für die Auftragsausführung“ genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist diese Verpflichtungserklärung zwingend auszufüllen und dem Angebot beizulegen.

Hinweis: Der schriftliche Nachweis über die Umsetzung ist spätestens bis zur Hälfte der Leistungsfrist der MA 54 vorzulegen.“

Beilage 4 der Ausschreibung lautet:

Frauenförderung als soziale Bedingung für die Auftragsausführung
Verpflichtungserklärung

Wir erklären, dass in unserem Betrieb mehr als 20 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dauerhaft beschäftigt sind.

Wir verpflichten uns zu folgenden, aus dem angeschlossenen Maßnahmenkatalog ausgewählten Maßnahmen (1 pro Maßnahmengruppe)¹:

Gruppe A – Maßnahme...

Gruppe B – Maßnahme...

Gruppe C – Maßnahme...

Gruppe D – Maßnahme...

Wir werden diese Maßnahmen bis zur Hälfte der Leistungsfrist umsetzen² und bis zu diesem Termin der AG einen schriftlichen Nachweis über die Umsetzung der Maßnahmen vorlegen. Dieser Nachweis wird von der Frauenbeauftragten des Betriebes oder von dem für die Belange der Frauenförderung zuständigen Mitglied des Betriebsrates gegengezeichnet werden.

Wir nehmen zur Kenntnis, dass wir, sollte es uns nicht möglich sein, die ausgewählten Maßnahmen fristgerecht vollständig umzusetzen, die Verpflichtung haben, dies schriftlich unter Angabe von Gründen darzulegen.

Weiters nehmen wir zur Kenntnis, dass unsere Zuverlässigkeit bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Umsetzung der jeweils ausgewählten Maßnahmen im Sinne des § 73 BVergG 2006 durch die AG geprüft wird und dass dieser Verstoß bei im Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) eingetragenen Unternehmen und Unternehmerinnen zur Eintragung eines Statushinweises „schwerwiegender Mangel“ führen kann.

Für den Fall der Nichterbringung des Nachweises der vollständigen Umsetzung der von uns ausgewählten Maßnahmen bis zur Hälfte der Leistungsfrist versprechen wir ein Pönale im Ausmaß von 1 Promille der Auftragssumme pro Woche, höchstens jedoch von 1 Prozent der Auftragssumme und höchstens € 10.000.

Maßnahmen zur Frauenförderung
und deren Nachweise

- A) Frauenförderung bei Einstellung und Aufstieg
1. (.....) oder (...)
 2. (...)

(es folgt eine tabellarische Darstellung der Maßnahmen A) bis D))

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot eine Maßnahme aus jeder Maßnahmengruppe im Maßnahmenkatalog angekreuzt und damit ausgewählt.

Eine detaillierte Ausarbeitung der gewählten (angekreuzten) Maßnahme ist lediglich durch die Antragstellerin und eine weitere Bieterin erfolgt. Die Antragstellerin hat in einem vierseitigen Schreiben ihre Maßnahmen ausgeführt und konkretisiert.

Nach dem Wortlaut der zitierten Ausschreibung war gefordert, eine Maßnahme aus jeder Maßnahmengruppe auszuwählen. Die Verpflichtungserklärung (Beilage ./4) sah in einer Tabelle die Maßnahmengruppen A bis D vor. Innerhalb jeder Maßnahmengruppe waren drei bis fünf Maßnahmen zusammengefasst. Jede dieser einzelnen Maßnahme enthielt eine weiter detaillierte Angabe samt Wahlmöglichkeit („oder“).

Die Tabelle war mit Kästchen versehen, welche anzukreuzen waren. Nach dem Erscheinungsbild dieser Tabelle (Beilage ./4) war kein Platz für detaillierte Ausführungen zu den einzelnen Maßnahmen.

Die Beilage ./4 war als Verpflichtungserklärung ausgestaltet. Die Bieterinnen sollten sich nach dem Wortlaut der Ausschreibung (Pkt. 23 der Angebotsbestimmungen: „... ist diese Verpflichtungserklärung zwingend auszufüllen und dem Angebot beizulegen“) zur Frauenförderung und für den Fall der Auftragserteilung zu konkreten Maßnahmen der Frauenförderung verpflichten, deren Umsetzung nach Auftragsausführung der Auftraggeberin nachzuweisen war (Beilage ./4 vierter Absatz: „Wir werden diese Maßnahmen bis zur Hälfte der Leistungsfrist umsetzen und bis zu diesem Termin der Auftraggeberin einen schriftlichen Nachweis über die Umsetzung der Maßnahmen vorlegen.“)

Für den Fall eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur Umsetzung der jeweils ausgewählten Maßnahme bis zur Hälfte der Leistungsfrist sah die Ausschreibung in Beilage ./4, 6. Absatz, vor, dass dies durch die Auftraggeberin im Sinne des § 73 BVergG 2006 geprüft werde und dies im ANKÖ zu einem Eintrag „schwerwiegender Mangel“ führen kann.

Ebenso wird in der Verpflichtungserklärung (Beilage ./4, letzter Absatz) für den Fall der Nichterbringung des Nachweises der vollständigen Umsetzung der ausgewählten Maßnahme bis zur Hälfte der Leistungsfrist eine Pönale in bestimmter Höhe festgelegt.

Fest steht daher, dass nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen zur Frauenförderung ab einer bestimmten Betriebsgröße (mehr als 20 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) eine Verpflichtungserklärung auszufüllen und dem Angebot beizulegen war. Sowohl präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die Antragstellerin haben unstrittig mehr als 20 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. In der Verpflichtungserklärung war demnach aus dem angeschlossenen Maßnahmenkatalog eine Maßnahme pro Maßnahmengruppe anzugeben und in der Tabelle (Maßnahmenkatalog) anzukreuzen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weist diese Vorgehensweise auf.

Festzustellen ist auch, dass die ausgewählten Maßnahmen bis zur Hälfte der Leistungsfrist umzusetzen sind und diese Umsetzung schriftlich nachzuweisen ist, da ansonsten die in der Beilage ./4, 6. Absatz angedrohte Konsequenz, nämlich im ANKÖ ein Eintrag „schwerwiegender Mangel“, gilt.

Fest steht auch, dass für den Fall der Nichterbringung des schriftlichen Nachweises der vollständigen Umsetzung der ausgewählten Maßnahme bis zur Hälfte der Leistungsfrist ein Pönale in bestimmter Höhe festgelegt ist. Die Regelung zur Pönale gilt demnach zeitlich erst ab Auftragsausführung und ab der Hälfte der Leistungsfrist als vereinbart.

Die Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2016 hatte folgenden Wortlaut:

„(...)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Gemäß § 131 Bundesvergabe-gesetz 2006 teilt die Magistratsabteilung 54 mit, dass im offenen Verfahren betreffend „MA 54 – GM – 10508070/16 EU, Sicherheitsdienst MA 13 – H. 2016“ das nachstehend angeführte Unternehmen als Billigstbieterin ermittelt wurde:

J. Ges.m.b.H., G.-straße, Wien

Vergabesumme inkl. 20 % Umsatzsteuer: EUR 159.***,**

bzw. Vergabesumme inkl. Option: € 238.***,** inkl. USt

Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes: der niedrigste Preis

Ende der Stillhaltefrist: 10 Tage nach Übermittlung dieser

Zuschlagsentscheidung: 1.8.2016

(...)“

Als Zuschlagskriterium ist in Pkt. 18 der Ausschreibung festgelegt:

„Zuschlag

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, wird der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt.“

Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die Option zur Verlängerung um 12 Monate im Zuge der Zuschlagsentscheidung

errechnet und als Service für die präsumtive Zuschlagsempfängerin in die angefochtene Zuschlagsentscheidung aufgenommen worden ist.

Festzustellen ist daher, dass nach der bestandfesten Ausschreibung der Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Die Reihung der Angebote erfolgte nach den verlesenen Angebotspreisen, die im Zuge der Zuschlagsentscheidung errechnete Verlängerungsoption war nicht Bestandteil des Angebotspreises.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 2 Z 26 lit. d BVergG 2006 lautet:

Gesamtpreis ist die Summe der Positionspreise (Menge mal Einheitspreis oder Pauschalpreis) unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Der Gesamtpreis ist das „Entgelt“ im Sinne des Umsatzsteuergesetzes 1994 und bildet die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer.

§ 118 Abs. 5 BVergG 2006 lautet:

Aus den Angeboten – auch Alternativ- und Abänderungsangeboten – sind folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

1. Name und Geschäftssitz des Bieters;

der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;

3. wesentliche Erklärungen der Bieter;

sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde.

Aus Schreiben der Bieter, mit welchen einzelne Preise oder der Gesamtpreis des Angebotes abgeändert werden, dürfen nur die geänderten einzelnen Einheits- oder Positionspreise sowie der geänderte Gesamtpreis oder Angebotspreis bekannt gegeben werden. Andere Angaben dürfen den Bieterinnen nicht zur Kenntnis

gebracht werden. Wenn auf Grund der Vielzahl der Preise ein Verlesen derselben untunlich wäre, so sind den Bietern, die dies beantragen, die Preise binnen drei Arbeitstagen nachweislich bekannt zu geben.

§ 131 Abs. 1 BVergG 2006 lautet:

Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß § 132 Abs. 1, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

Rechtliche Würdigung:

I. Der Nichtigkeitsantrag ist rechtzeitig und richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Formalvoraussetzungen des Antrages auf Nichtigkeitsklärung gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 liegen vor. Die Pauschalgebühren wurden nachweislich entrichtet. Der Antrag ist zulässig.

II. Im Nichtigkeitsantrag wird zunächst geltend gemacht, dass ein Verlesungsmangel vorliege, weil die Option, welche in der Zuschlagsentscheidung angeführt werde, bei Angebotsöffnung nicht verlesen worden sei. Nach Ansicht der Antragstellerin sei die Option als Preisbestandteil sowie als „zuschlagsrelevante“ Option zu verlesen gewesen. Weiters sei die Option, d.h. die Verlängerungsoption, in der Ausschreibung nicht vorgesehen.

Dem Vorbringen, dass die Verlängerungsoption in der Ausschreibung nicht vorgesehen sei, ist die bestandfeste Ausschreibung entgegenzuhalten und auf die dazu getroffenen Feststellungen zu verweisen. Demnach war die

Verlängerungsoption an mehreren Stellen in der Ausschreibung genannt und deutlich ausgeführt.

Nach der Judikatur sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN). Die Verlängerungsoption war an mehreren Stellen in der Ausschreibung angeführt und für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter zu erkennen. Diesem Anfechtungsgrund kommt demnach keine Berechtigung zu.

Dem Vorbringen, dass die Option als Preisbestandteil und zuschlagsrelevante Option zu verlesen gewesen sei, war ebenso nicht zu folgen. Dazu ist zunächst auszuführen, dass gemäß § 118 Abs. 5 Z 2 BVergG 2006 u.a. der Gesamtpreis zu verlesen ist. Der Gesamtpreis ist gemäß § 2 Z 26 lit. d BVergG 2006 die Summe der Positionspreise (Menge mal Einheitspreis oder Pauschalpreis) unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge. Der Gesamtpreis ist das „Entgelt“ im Sinne des Umsatzsteuergesetzes 1994 und bildet die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer.

Die Verlängerungsoption ist keine Position der zu erbringenden Leistung. Sie ist daher bereits nach dem Gesetzeswortlaut nicht in den Gesamtpreis einzurechnen. Ein etwaiges Erfordernis, zusätzlich zum Gesamtpreis die Preise etwaiger Verlängerungsoptionen zu verlesen, ist dem § 118 Abs. 5 Z 2 BVergG 2006 nicht zu entnehmen. Auch den Ausschreibungsunterlagen ist kein Erfordernis zu entnehmen, den Angebotspreis für die Verlängerungsoption in den Gesamtpreis einzurechnen oder zusätzlich zum Gesamtpreis verlesen zu müssen.

Die Ausschreibung sieht auf Seite 13 die Angabe des Angebotspreises vor. Der Angebotspreis setzt sich aus der Nettosumme für die Leistungsgruppe 1 (Sicherheitsdienst) und der Nettosumme für die Leistungsgruppe 2 (Behältertausch beim Selbstverbuchungsgerät Rückgabe) zuzüglich 20% Umsatzsteuer zusammen.

Im Angebot der Antragstellerin wurde der Angebotspreis mittels dieser Addition ermittelt und wurde dies in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter der Antragstellerin bestätigt. Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde ebenso aus der Leistungsgruppe 1 und 2 zuzüglich Umsatzsteuer der Angebotspreis gebildet.

Diese Angebotspreise wurden bei Angebotsöffnung am 21.4.2016 verlesen und in die Niederschrift zur Angebotsöffnung eingetragen. Sie bildeten die Grundlage für die Reihung der Angebote. Die Verlängerungsoption war nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen kein Bestandteil des Angebotspreises und war daher bei Angebotsöffnung auch nicht zu verlesen. Der im Nichtigkeitsantrag vorgebrachte Verlesungsmangel lag daher nicht vor.

Die Verlängerungsoption um 12 Monate ist ein Gestaltungsrecht, das einseitig von der Antragsgegnerin gezogen werden kann. Die Verlängerung des Auftrages um 12 Monate gilt damit als „in Aussicht genommen“ (*Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht*³, 2010, Rz 863). Mit der betragsmäßigen Bekanntgabe der Option wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin informiert und ein möglicher Gesamtwert des Auftrages dargestellt.

Die Verlängerungsoption um weitere 12 Monate wurde im Zuge der Erstellung der Zuschlagsentscheidung rechnerisch ermittelt und in der Zuschlagsentscheidung vom 22.7.2016 mitgeteilt. Eine Änderung in der Reihung der Angebote war demnach aufgrund der Verlängerungsoption nicht möglich. Die von der Antragstellerin dahingehend vorgebrachte Möglichkeit zur Manipulation, wonach z.B. ein Bieter die Option bereits in seinem Angebotspreis eingerechnet hat, bestand nicht.

Den im Nichtigkeitsantrag dargelegten Bedenken hinsichtlich der Möglichkeiten zur Manipulation und der Intransparenz war ebenso nicht zu folgen.

Da Gestaltungsrechte einseitig ausgeübt werden, genügt die Optionserklärung, den Vertrag verbindlich zu machen (im gegenständlichen Fall die Leistungspflicht auszulösen). Dies setzt freilich voraus, dass der Vertrag seinem Inhalt nach bereits feststeht. (*Heinz Krejci, Privatrecht*⁷, Rz 320)

Die Verlängerungsoption wurde rechnerisch ermittelt und kann von der Auftraggeberin laut Punkt (17) der Vertragsbestimmungen der Ausschreibung spätestens einen Monat vor Ende der Laufzeit des Vertrages gezogen werden, indem die Auftragnehmerin über die allfällige Inanspruchnahme der Verlängerungsoption in Kenntnis gesetzt wird. In diesem Fall wäre dann der in der Zuschlagsentscheidung mit der Verlängerungsoption bekannt gegebene Gesamtwert des Auftrages gegeben. Zuschlagsrelevant war jedoch nur der bei Angebotsöffnung verlesene Angebotspreis und nicht die erst bei Zuschlagsentscheidung errechnete Verlängerungsoption oder der Angebotspreis zuzüglich Verlängerungsoption. Die Option war auch nicht Bestandteil des Angebotspreises und ist Gegenteiliges in den Ausschreibungsbestimmungen nicht festgelegt. Die Angebotsöffnung und Verlesung der Angebotspreise erfolgte entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2006. Der vergaberechtliche Grundsatz der Transparenz wurde nicht verletzt, weshalb diesem Anfechtungsgrund im Ergebnis keine Berechtigung zukommt.

III. Die Antragstellerin bringt in ihrem Nichtigerklärungsantrag weiters vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschreibungswidrig und damit auszuschneiden sei, weil die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot die in der Ausschreibung geforderten Maßnahmen zur Frauenförderung mit Angebotsabgabe nicht wie gefordert nachgewiesen habe.

Im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist in Beilage ./4 (Verpflichtungserklärung) aus jeder Maßnahmengruppe eine Maßnahme angekreuzt. Die Antragstellerin hat ihrem Angebot zusätzlich eine Ausarbeitung dieser Maßnahmen auf vier Seiten angeschlossen. Eine solche Ausarbeitung war jedoch nach den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen nicht gefordert.

Wenn die Antragstellerin argumentiert, dass nach dem Text der Ausschreibung, nämlich laut Punkt 23 der Angebotsbestimmungen und Beilage ./4 (Verpflichtungserklärung) der Ausschreibung, die Maßnahmen auszuarbeiten und dem Angebot beizuschließen waren, so ist diesem Vorbringen nicht zu folgen.

Punkt 23 der Angebotsbestimmungen regelt, dass für den Fall, dass das Unternehmen der Bieterin mehr als 20 Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer dauerhaft beschäftigt, die Verpflichtungserklärung (Beilage ./4) zwingend

auszufüllen und dem Angebot beizulegen ist. Ausdrücklich hingewiesen wird in diesem Zusammenhang in Punkt 23, dass der schriftliche Nachweis über die Umsetzung bis spätestens zur Hälfte der Leistungsfrist der Auftraggeberin vorzulegen ist.

Die Beilage ./4 „Frauenförderung als soziale Bedingung für die Auftragsausführung“ „Verpflichtungserklärung“ sieht zunächst die Auswahl einer Maßnahme pro Maßnahmengruppe A bis D vor und formuliert dann die Umsetzungsfrist bis zur Hälfte der Leistungsfrist, bis zu welchem Zeitpunkt ein schriftlicher Nachweis über die Umsetzung der Maßnahme vorzulegen ist bzw. dagegen stehende Gründe der Auftraggeberin darzulegen sind. Ebenso wird ausgeführt, dass bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Umsetzung der jeweils ausgewählten Maßnahme die Zuverlässigkeit im Sinn des § 73 BVergG 2006 von der Auftraggeberin überprüft wird und dies gegebenenfalls zu einer Eintragung im ANKÖ („schwerwiegender Mangel“) führen kann. Als letzter Punkt vor dem dann folgenden Maßnahmenkatalog in der Verpflichtungserklärung wird für den Fall der Nichterbringung des Nachweises der vollständigen Umsetzung der gewählten Maßnahme bis zur Hälfte der Leistungsfrist ein Pönale in bestimmter Höhe festgesetzt.

Der Antragsgegnerin ist beizupflichten, dass bereits die Ausgestaltung des Maßnahmenkataloges eine detaillierte Ausführung der Maßnahmen nicht nahe legte, weil im tabellarischen Maßnahmenkatalog kein Platz zur detaillierten Ausarbeitung vorgesehen war. Es war nur eine Maßnahme pro Maßnahmengruppe auszuwählen und anzukreuzen. Auch Punkt 23 der Angebotsbestimmungen spricht von „...ist diese Verpflichtungserklärung zwingend auszufüllen..“, womit aus Sicht des Senates einhergeht, dass keine detaillierte Ausarbeitung von Maßnahmen, sondern ein Ausfüllen eines Formulars gefordert war und auch nach dem Aussehen des Maßnahmenkataloges mit Kästchen zum Ankreuzen eine Auswahl mittels Ankreuzen vorzunehmen gewesen ist.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthält eine Auswahl von Maßnahmen, weshalb das Angebot ausschreibungskonform ist und dem Antrag auf Nichtigerklärung in diesem Punkt keine Berechtigung zukommt.

Ein Pönale oder eine Konventionalstrafe oder Vertragsstrafe pauschaliert den Schadenersatz und dient der Verstärkung der Bindungsintensität des Vertrages (*Heinz Krejci, Privatrecht*⁷, Rz 314).

Wenn die Antragstellerin vermeint, dass nach dem Wortlaut der Ausschreibung die Pönale für den Fall vorgesehen war, dass die Maßnahme nicht ausgewählt bzw. ausgearbeitet dem Angebot angeschlossen ist, so ist ihr der oben zitierte Wortlaut der Ausschreibung entgegenzuhalten. Nach dem Wortlaut der Ausschreibung (Beilage ./4) war die Frauenförderung als soziale Bedingung für die „Auftragsausführung“ ausgestaltet. Erst mit Auftragsannahme wäre die Verpflichtung zur Umsetzung, das heißt Ausarbeitung der gewählten Maßnahmen, schlagend geworden und wäre der schriftliche Nachweis über die Umsetzung ab der Hälfte der Leistungsfrist vorzulegen gewesen. Auch ist erst mit Auftragsannahme bzw. Vertragsabschluss ein Pönale durchsetzbar. Gegenständlich ist die Nichtvorlage der ausgearbeiteten Pläne in der Ausführungsphase durch die Pönale sanktioniert.

Die Ausschreibungsbestimmung zur Frauenförderung war entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin auch nicht als „Zuverlässigkeitskriterium“ ausgestaltet. Es wird in Beilage ./4 lediglich angeführt, dass die Zuverlässigkeit der Bieterin bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Umsetzung der jeweils ausgewählten Maßnahmen von der Auftraggeberin im Sinn des § 73 BVergG 2006 überprüft wird und dieser Verstoß zu einem Eintrag im ANKÖ führen kann. In diesem Zusammenhang ist der Antragstellerin, wonach die Frauenförderung in der Ausschreibung als „Musskriterium“ für die Erfüllung der Vorgaben der Ausschreibung ausgestaltet gewesen sei, auch entgegenzuhalten, dass Punkt 23 der Ausschreibung zwar eine zwingende Abgabe bzw. ein Ausfüllen der Verpflichtungserklärung vorsehen hat, jedoch der Antragsgegnerin dahin zu folgen war, dass eine nicht erfolgte Auswahl von Maßnahmen in einem Angebot nicht sofort zum Ausscheiden dieses Angebotes geführt hätte, sondern ein verbesserungsfähiges Angebot vorgelegen wäre.

Welcher Zuverlässigkeitsgrund dieser Regelung in der Ausschreibung zu Grunde liegen soll, welcher einen Ausschluss bzw. ein Ausscheiden der Angebote zufolge hätte, hat die Antragstellerin nicht konkretisiert. Sie hat in ihrem Nichtigerklärungsantrag darauf verwiesen, dass das Beiliegen der

Frauenförderungsmaßnahmen bei Angebotsverlesung nicht verlesen bzw. nur beim Angebot der Antragstellerin und einer weiteren Bieterin erwähnt und vermerkt worden sei.

Nach Ansicht des Senates ist unter Heranziehung der bereits oben zitierten höchstgerichtlichen Judikatur zum objektiven Erklärungswert der Ausschreibung sowie unter Hinweis auf die betreffenden und oben zitierten Bestimmungen der Ausschreibung in der Regelung der Ausschreibung betreffend die Frauenförderung kein Zuverlässigkeitskriterium zu sehen und wäre dies einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt aufgefallen. Dem Vorbringen kommt demnach keine Berechtigung zu.

IV. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung enthält die gemäß § 131 Abs. 1 BVergG 2006 geforderten Angaben.

Es liefe auf eine unzulässige Überspannung der Begründungspflicht hinaus, wenn jedes vom Bieter in der Zuschlagsentscheidung vermisste Begründungselement zur objektiven Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führen würde. Vielmehr kommt es darauf an, ob es dem Bieter auch ohne Kenntnis zusätzlicher, detaillierter Begründungselemente unschwer möglich ist, gegen die Zuschlagsentscheidung einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen (VwGH 12.9.2013, 2010/04/0066 mwN).

Die Antragstellerin bringt in ihrem begründeten Nichtigerklärungsantrag als dritten Anfechtungsgrund vor, dass die Zuschlagsentscheidung als letzte Entscheidung im Vergabeverfahren „ausreichend und nachvollziehbar zu begründen“ sei; insbesondere enthalte die angefochtene Zuschlagsentscheidung keine Begründung dahin, ob das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin Mängel aufgewiesen habe, eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei, es auszuschneiden gewesen wäre.

Diesem Vorbringen ist § 131 Abs. 1 BVergG 2006 entgegenzuhalten, welcher die Bekanntgabe der von der Antragstellerin aufgezählten Gründe das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin betreffend nicht enthält.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass ihr nicht alle für die Anfechtung notwendigen Informationen zugekommen seien, insbesondere das Angebotsöffnungsprotokoll nicht übersandt worden sei, jedoch das Gebot der Gewährung von Rechtsschutz gebiete, dass die Mitteilung der Gründe „vollständig“ erfolge, diese Vollständigkeit jedoch ohne Übermittlung des Angebotsöffnungsprotokolls nicht gegeben sei, ist die Bekanntgabe der Antragstellervertreterin in der mündlichen Verhandlung entgegenzuhalten, wonach das Angebotsöffnungsprotokoll während des Nichtigerklärungsverfahrens der Antragstellerin übermittelt worden ist und dazu kein Vorbringen erstattet worden ist.

Wenn die Antragstellerin meint, dass mit der vorliegenden Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend dargelegt werde, warum das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Preis nicht entsprochen habe, ist auf das gegenständliche, bestandfeste Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises zu verweisen. Das Angebot der Antragstellerin war nicht jenes mit dem niedrigsten Preis. Ausschreibungskonform lautete die Zuschlagsentscheidung auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, welches den niedrigsten Preis aufweist. Eine weitergehende Begründung war aus Sicht des Senates nicht erforderlich.

Zusammengefasst lag kein Verlesungsmangel bei Angebotsöffnung vor, da die Option kein Bestandteil des Angebotspreises war, entspricht das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Ausschreibung und waren die von der Antragstellerin vermeinten Mängel im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betreffend die „Frauenförderung als soziale Bedingung für die Auftragsausführung“ nicht gegeben. Letztlich ist die Zuschlagsentscheidung gesetzeskonform begründet.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Opperl