

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

01.07.2010

Geschäftszahl

2009/04/0207

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der A Gesellschaft m.b.H. in Y, vertreten durch Braunegg, Hoffmann Rechtsanwälte in 1010 Wien, Gonzagagasse 9, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats im Land Niederösterreich vom 29. Mai 2009, Zl. Senat-AB-09-0020, betreffend Vergabe-Nachprüfung (mitbeteiligte Partei: W Ges.m.b.H. in Z, vertreten durch CHG Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Bozner Platz 4), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Niederösterreich hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 29. Mai 2009 hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich über Antrag der Mitbeteiligten die Zuschlagsentscheidung der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin im Vergabeverfahren betreffend die Erweiterung der Beschneigungsanlage zugunsten der AGB Gesellschaft m.b.H. (im Folgenden: AGB) für nichtig erklärt.

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - aus, die Beschwerdeführerin sei seit 5. November 1985 im Firmenbuch eingetragen. Im November 1989 sei eine Kapitalerhöhung um ATS 1.100.000,-, im November 1995 eine Kapitalerhöhung um ATS 250.000,-, im August 2001 eine Kapitalerhöhung um ATS 757.400,75, im November 2004 eine Kapitalerhöhung um EUR 501.925,82 sowie im Jänner 2005 eine Kapitalerhöhung um EUR 100.000,- erfolgt. Die Gemeinde Y sei mit einer vollständig einbezahlten Stammeinlage von EUR 1.034.210,66 mit 88,72 % Mehrheitseigentümerin der Beschwerdeführerin. Daneben gebe es noch zahlreiche einzelne Gesellschafter mit unterschiedlichen Stammeinlagen. Nach dem Gesellschaftsvertrag sei Gegenstand des Unternehmens der Beschwerdeführerin der Betrieb von Schiliftunternehmen sowie von damit in Verbindung stehenden Unternehmen (Gastgewerbe, Verleih von Wintersportartikeln und Wintersportbekleidung), auch die Pachtung oder sonstige Bestandnahme und Beteiligung an derartigen Unternehmen einschließlich Übernahme von Geschäftsführung und Vertretung, sowie die Durchführung von Veranstaltungen. Das Geschäftsjahr der Beschwerdeführerin dauere jeweils von 1. Juli bis zum 30. Juni des Folgejahres. Laut Jahresabschluss vom 30. Juni 2009 habe die Beschwerdeführerin im Geschäftsjahr 2007/2008 einen Bilanzverlust von EUR 2.815.829,59 erlitten; nach den offenzulegenden Auszügen aus den Bilanzen der Vorjahre habe die Beschwerdeführerin im Geschäftsjahr 2006/2007 einen Bilanzverlust von EUR 2.509.532,-, im Geschäftsjahr 2005/2006 einen Bilanzverlust von EUR 1.552.138,27 und im Geschäftsjahr 2004/2005 einen Bilanzverlust von EUR 1.568.576,74 erlitten.

Die Ausschreibung habe die Komplettierung und Montage einer Füllpumpstation zur Nachspeisung eines Speicherteiches, den Umbau einer bestehenden Pumpstation durch Ergänzung mit einer Pumpe und Adaptierung der Steuerung sowie die Lieferung von Sphäroguss Rohren umfasst. Der Auftragswert sei auf EUR 205.000,- geschätzt worden.

Die vergebende Stelle habe eine Studie zum Thema "vordringlicher Ausbau der Beschneigungsanlage der A GmbH" erstellt. Zu dieser Studie sei es deshalb gekommen, weil das Land Niederösterreich eine konkrete Förderzusage für die Beschneigungsanlage erteilt habe.

Über die Frage, ob eine Auftragsvergabe im Sinn des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 (BVergG) vorliege, sei zwischen der vergebenden Stelle und der Auftraggeberin nicht gesprochen worden. Die vergebende Stelle sei bei der Ausschreibung davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin keine öffentliche Auftraggeberin sei und die Bestimmungen des BVergG daher nicht eingehalten werden müssten.

Die Beschwerdeführerin habe neben der Mitbeteiligten und der AGB auch weitere Unternehmen zur Angebotsabgabe eingeladen. Die Mitbeteiligte habe fristgerecht am 12. September 2008 ein Angebot mit einem Gesamtpreis von netto EUR 160.505,39 gelegt.

Mehrheitsgesellschafterin (56,86 %) der Mitbeteiligten sei Irene L. mit einer zur Gänze einbezahlten Stammeinlage von EUR 1.535.133,01. Das Geschäftsjahr dauere jeweils vom 1. Mai bis 30. April des Folgejahres. Laut Jahresabschluss vom 30. April 2008 habe die Mitbeteiligte im Geschäftsjahr 2007/2008 einen Bilanzgewinn von EUR 1.444.279,16 erwirtschaftet. Nach den offenzulegenden Auszügen aus den Bilanzen der Vorjahre habe die Mitbeteiligte im Geschäftsjahr 2006/2007 einen Gewinn von EUR 735.550,91, im Geschäftsjahr 2005/2006 einen Gewinn von EUR 679.522,67 und im Geschäftsjahr 2004/2005 einen Gewinn von EUR 531.534,14 erwirtschaftet.

Die "Creditreform Wien" habe die Mitbeteiligte in der Auskunft vom 18. März (laut Aktenlage richtig: Juli) 2008 mit einem Bonitätsindex von 359 bewertet. Nach dem Bewertungsschlüssel bedeute ein Bonitätsindex von 351 bis 499 eine "nicht ausreichende Bonität". Nach dem Bonitätszertifikat 2009 der "Creditreform Österreich" vom 13. Februar 2009 habe die Mitbeteiligte zum damaligen Zeitpunkt einen Bonitätsindex von 227 ("gute Bonität") aufgewiesen. Der Kreditschutzverband 1870 habe am 17. Mai 2008 ein Unternehmensprofil betreffend die Mitbeteiligte erstellt. Im Rating sei die Mitbeteiligte mit 387 Punkten ("geringes Risiko") eingeschätzt worden. Die Mitbeteiligte sei als expansives Unternehmen, welches durch Projektvorfinanzierungen verstärkt auf die Inanspruchnahme von Fremdkapital angewiesen sei, mit positiver Ertragslage beurteilt worden.

Die AGB habe am 12. September 2008 ein Angebot mit einer Gesamtsumme von netto EUR 168.658,65 gelegt. In diesem Angebot seien einige Komponenten anders als ausgeschrieben angeboten worden. Es sei anstatt einer Schmutzwasserpumpe eine Reinwasserpumpe und anstatt eines automatischen Rückspülfilters ein Einfachfilter angeboten worden. Weiters habe in der Station die Be- und Entlüftung gefehlt. Bei den Vergabeverhandlungen am 22. September 2009 seien zwischen der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin und den jeweiligen Bietern die Vorlage der geforderten Angebotsergänzungen bis zum Folgetag vereinbart worden. Sämtliche Angebotsergänzungen seien am Folgetag bei der vergebenden Stelle eingelangt. Auf Grund dieser vervollständigten Angebote habe die Beschwerdeführerin einen Preisspiegel erstellt, der die AGB mit einem Nettoangebotspreis von EUR 150.000,- als Bestbieterin ausweise. An zweiter Stelle sei die Mitbeteiligte mit einem Nettoangebotspreis von EUR 150.243,39 gereiht worden. Dahinter sei noch ein weiteres Unternehmen gereiht worden.

Von der vergebenden Stelle sei daraufhin der beschwerdeführenden Auftraggeberin vorgeschlagen worden, den Auftrag an die AGB zu vergeben, welche diesem Vorschlag zugestimmt habe. Die vergebende Stelle habe am 24. September 2009 einen Schluss- und Gegenschlussbrief entworfen und - ohne ihn vorher zu unterfertigen - an die AGB übermittelt. Diese habe den Schluss- und Gegenschlussbrief unterfertigt an die Beschwerdeführerin übermittelt und in der Folge die ausschreibungsgegenständliche Leistung im Sinn ihres Angebots erbracht. Die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin habe den von der AGB unterfertigt retournierten Schluss- und Gegenschlussbrief nicht mehr unterfertigt, weil zum Zeitpunkt des Rücklangens bereits ein Schlichtungsverfahren anhängig gewesen sei. Ein Auftragsstop durch die Auftraggeberin oder die vergebende Stelle sei jedoch nicht erfolgt. Der Auftrag sei im Wesentlichen bereits faktisch durchgeführt worden.

Am 24. September 2008 habe die ausschreibende Stelle der Mitbeteiligten folgende E-Mail-Nachricht übermittelt:

"Sehr geehrte Damen und Herren,

es tut mir leid, Ihnen mitteilen zu müssen, dass der Auftrag betreffend die Ausschreibung 'Ausbau Beschneigungsanlage Y 2008' an die ABG als Billigstbieter vergeben wurde. Wir bedanken uns für die Anbotlegung und werden uns erlauben, sie bei ähnlichen Ausschreibungen wieder einzuladen."

Die Beschwerdeführerin stehe unbestritten in überwiegendem Mehrheitseigentum der Gemeinde Y. Diese finanziere auch die Verluste. Aus der Stellung als Mehrheitseigentümerin könne die Gemeinde das Unternehmen dominieren. Auf Grund der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens (Finanzierung im überwiegenden Teil durch die Gemeinde, oftmalige Kapitalerhöhungen und erhebliche Bilanzverluste über zumindest vier Bilanzjahre) könne nicht von einem gewerblichen Betrieb ausgegangen werden. Ein Unternehmen, das derartige Kapitalerhöhungen und über vier Jahre hindurch einen Bilanzverlust von insgesamt rund EUR 8,5 Mio. aufweise, könne nicht mehr als gewinnorientiert angesehen werden. Der Betrieb von Sportanlagen, konkret von Schiliften und dazugehörigen Beschneigungsanlagen, sei zweifellos im Allgemeininteresse gelegen.

Die Gemeinde Y könne als Mehrheitseigentümerin zu 88,72 % neben zahlreichen Miteigentümern mit vergleichsweise geringen Stammeinlagen das Unternehmen dominieren und daher Einfluss nehmen. Das Kostenrisiko werde faktisch offensichtlich von der Gemeinde getragen, weil das Unternehmen trotz erheblicher Verluste fortgeführt werde. Die Gemeinde stütze also ein wirtschaftlich sonst nicht konkurrenzfähiges Unternehmen. Allein aus dem privatrechtlichen Gründungsakt könne nicht darauf geschlossen werden, dass die

Beschwerdeführerin Aufgaben gewerblicher Art durchführe. Nach der Judikatur des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften (EuGH) sei der Umstand bedeutend, ob die Einrichtung - auch wenn keine Gewinnerzielungsabsicht vorliege - nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien geführt werde. Für die Wahrnehmung von Aufgaben gewerblicher Art spreche es, wenn kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste durch die öffentliche Hand vorgesehen sei und die Einrichtung daher selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit tragen müsse. Es komme für die Risikotragung jedoch nicht allein darauf an, ob ein offizieller Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste vorliege. Sei es unter Berücksichtigung aller erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte wenig wahrscheinlich, dass die beherrschende Gebietskörperschaft die Zahlungsunfähigkeit der betreffenden Einrichtung hinnehmen würde, so spreche dies für eine Tätigkeit nichtgewerblicher Art. Die Beschwerdeführerin basiere auf einem privatrechtlichen Gründungsakt; sie behaupte, eine Gewinnerzielungsabsicht zu haben und im Wettbewerb mit anderen Schilftbetreibern zu stehen; ein offizieller Mechanismus zur Tragung der Verluste durch die Gemeinde bestehe nicht. Aus den Tatsachen, dass es mehrmals zu massiven, im Wesentlichen von der Gemeinde getragenen Kapitalerhöhungen gekommen sei und das Unternehmen trotz massiver Bilanzverluste durch zumindest vier Jahre weiterhin bestehe, gewinne die belangte Behörde den Eindruck, dass die beherrschende Gebietskörperschaft, nämlich die Gemeinde Y, die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht hinnehmen würde. Ein auf Gewinn gerichtetes Unternehmen könnte mit derartigen kontinuierlichen Bilanzverlusten mittelfristig nicht arbeiten und wäre konkursbedroht. Die Behörde gehe auch davon aus, dass die Kapitalerhöhungen einen Mitteltransfer darstellten, der nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb durch die Beschwerdeführerin erworben worden sei.

Aus all diesen Gründen sei die Beschwerdeführerin eine öffentliche Auftraggeberin im Sinn von § 3 BVergG.

Die Beschwerdeführerin sei davon ausgegangen, dass sie keine öffentliche Auftraggeberin sei. Das von ihre gewählte Vergabeverfahren entspreche am ehesten einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung für einen Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag im Unterschwellenbereich.

Beim Verhandlungsverfahren müsse die Befugnis und Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Die Beschwerdeführerin habe die Bonität der Mitbeteiligten nicht geprüft und sie auch nicht aufgefordert, Unterlagen zum Nachweis der Bonität vorzulegen. Die Mitbeteiligte sei vom KSV 1870 am 17. Mai 2008 als Unternehmen mit positiver Ertragslage und geringem Risiko eingestuft worden. Dies decke sich mit der Einschätzung der Creditreform Österreich vom 13. Februar 2009. Nach den veröffentlichten Bilanzen seien in den letzten vier Bilanzjahren vor der gegenständlichen Ausschreibung erhebliche Gewinne erzielt worden. Aus diesen Umständen sei die finanzielle Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe ersichtlich, ohne dass dazu die Einholung eines Gutachtens eines Buchsachverständigen erforderlich gewesen wäre. Die Mitbeteiligte sei daher zur gegenständlichen Antragstellung legitimiert gewesen.

Dass die Mitbeteiligte die Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht angefochten habe, stehe der gegenständlichen Antragstellung nicht entgegen, wende sich die Mitbeteiligte doch nur gegen eine vermeintliche Bevorzugung bei der Zuschlagsentscheidung und nicht gegen die Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Es sei die Frage zu lösen, ob das E-Mail vom 24. September 2008 als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung angesehen werden könne. Dazu sei zunächst auszuführen, dass eine Zuschlagserteilung (Erklärung der Beschwerdeführerin, das Angebot der AGB anzunehmen) nicht vorgelegt worden sei. Die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin habe den von der AGB unterfertigten Schluss- und Gegenschlussbrief nach Rückfragen nicht unterfertigt. Ein dem Bieter zugesandtes, vom Auftraggeber nicht unterfertigtes Schreiben (Schluss- und Gegenschlussbrief) mit dem Ersuchen, dieses zu unterfertigen, stelle keine rechtsgültige Zuschlagserteilung im Sinn von § 2 Z. 49 BVergG dar. Da es keinen schriftlichen Vertrag gebe, liege auch keine wirksame Zuschlagserteilung vor. Daran könne auch der Umstand nichts ändern, dass die Leistung faktisch erbracht worden sei. Die Stellung eines Nachprüfungsantrages (vor Zuschlagserteilung) sei daher zulässig.

Ein Ausnahmetatbestand von der Verpflichtung zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG sei vorliegend nicht gegeben. Trotzdem sei unstrittig keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden. Die Mitbeteiligte habe jedoch am 24. September 2008 ein E-Mail von der vergebenden Stelle mit dem Inhalt erhalten, dass der Auftrag an die AGB vergeben worden sei. Bei fiktiver Fristberechnung ab dem Zugang dieses Schreibens sei der Schlichtungsantrag am 3. Oktober 2008 rechtzeitig gestellt worden.

Nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden sei auch eine nicht gehörig bekannt gemachte Zuschlagsentscheidung als solche zu qualifizieren, sofern sie nach außen wirksam geworden sei. Gleiches müsse aus Rechtsschutzwägungen auch im vorliegenden Fall gelten. Würde man nämlich die Ansicht vertreten, dass eine Zuschlagsentscheidung überhaupt nicht vorliege, bestünde insoweit ein Rechtsschutzdefizit, als die Zuschlagserteilung durch die Vergabenachprüfungsbehörde nicht mehr beseitigt werden könnte. Es bestünden lediglich Schadenersatzansprüche, weil eine Verpflichtung zu einer nochmaligen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung durch die Vergabekontrollbehörde im Gesetz nicht vorgesehen sei. Dies liege aber nicht im Sinn des Gesetzgebers und der Vergaberichtlinien. Das E-Mail vom 24. September 2008 müsse daher zumindest als "anfechtungstauglich" angesehen werden.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin müsse die faktisch vorliegende Vertragserfüllung vom rechtlich gültigen Zustandekommen des Vertrages unterschieden werden. Die Beschwerdeführerin übersehe, dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung durchaus möglich wäre.

Da die AGB - wie festgestellt - ursprünglich kein vollständiges Angebot gelegt habe, wäre sie auszuschneiden gewesen. Aus diesem Grund sei die als Zuschlagsentscheidung zu qualifizierende Mitteilung der Beschwerdeführerin vom 24. September 2008 als nichtig zu erklären gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Ebenso beantragte die mitbeteiligte Partei in ihrer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Auftraggebereigenschaft der Beschwerdeführerin:

Gemäß § 3 Abs. 1 Z. 2 BVergG sind öffentliche Auftraggeber - neben den in Z. 1 genannten Gebietskörperschaften - Einrichtungen, die (lit. a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und (lit. b) zumindest teilrechtsfähig sind und (lit. c) überwiegend von Auftraggeberin gemäß Z. 1 oder anderen Einrichtungen im Sinn der Z. 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z. 1 oder anderen Einrichtungen im Sinn der Z. 2 ernannt worden sind.

Die Voraussetzung gemäß lit. b der zitierten Gesetzesstelle ist vorliegend jedenfalls erfüllt, weil die Beschwerdeführerin als Gesellschaft mit beschränkter Haftung Rechtspersönlichkeit besitzt.

Eine Beherrschung der Beschwerdeführerin durch die Gemeinde Y im Sinn der lit. c der zitierten Bestimmung hat die belangte Behörde schon auf Grund der Stellung der Gemeinde als Mehrheitseigentümerin mit 88,72 % angenommen. Im Hinblick darauf, dass eine rein gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit den Tatbestand der Leitungsaufsicht erfüllt (vgl. Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 85 zu § 3), bestehen gegen diese - von der Beschwerde nicht konkret bekämpfte - Ansicht keine Bedenken.

Ebenso unbekämpft und im vorliegenden Fall unbedenklich ist die Ansicht der belangten Behörde, dass der Betrieb von (für jedermann zugänglichen) Sportanlagen wie der gegenständlichen Schilifanlange samt Beschneigungsanlagen im Allgemeininteresse gelegen und daher dieses Tatbestandsmerkmal des § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG erfüllt ist.

Zum weiteren Tatbestandsmerkmal dieser Bestimmung ("nicht gewerblicher Art") hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 12. Dezember 2007, Zl. 2006/04/0179, unter Hinweis auf Judikatur des EuGH (zu § 7 BVergG 2002) ausgeführt, dass es Zweck der Vergaberichtlinien sei, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber zu verhindern und zugleich die Möglichkeit auszuschließen, dass eine vom Staat, von Gebietskörperschaften oder anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanzierte oder kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lasse. Demgemäß könne eine Einrichtung, die zwar keine Gewinnerzielungsabsicht habe, aber dennoch nach Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeite sowie mangels Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste selbst das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit trage, nicht als öffentlicher Auftraggeber angesehen werden. Dies hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 1. Juli 2009, Zl. 2009/04/0096, auch zum BVergG 2006 aufrecht erhalten. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht der Vergabekontrollbehörde, eine im überwiegenden Mehrheitseigentum einer Gemeinde stehende Schilift-Betriebs-GesmbH sei kein Auftraggeber im Sinn von § 3 Abs. 1 Z. 2 lit. a BVergG, als rechtswidrig angesehen. Das Vorliegen eines Mechanismus zum Ausgleich finanzieller Verluste führt demnach dazu, dass die betreffende Einrichtung als öffentliche Auftraggeberin anzusehen ist. Gleiches gilt, wenn zwar kein offizieller Mechanismus zum Ausgleich etwaiger Verluste besteht, es aber wenig wahrscheinlich erscheint, dass die Einrichtung das mit ihrer Tätigkeit verbundene wirtschaftliche Risiko selbst tragen muss, und zu erwarten ist, dass der Staat alle Maßnahmen ergreifen würde, die erforderlich sind, um eine etwaige Insolvenz zu verhindern (vgl. das Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2003 in der Rechtssache C 283/00, Kommission gegen Spanien, Rz 91).

Vorliegend hat die belangte Behörde aus den festgestellten mehrfachen massiven Kapitalerhöhungen aus Mitteln der Gemeinde sowie aus den beträchtlichen Verlusten der Beschwerdeführerin in den vier vorangegangenen Bilanzjahren geschlossen, dass die Gemeinde Y die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht hinnehmen würde.

Diese Beweiswürdigung kann nicht als unschlüssig angesehen werden und begegnet daher im Rahmen der dem Verwaltungsgerichtshof diesbezüglich zukommenden Überprüfungsbefugnis keinen Bedenken. Mit dem

Vorbringen, die belangte Behörde habe nicht geprüft, ob die Kapitalerhöhungen zur Finanzierung konkreter Investitionen gedient hätten, zeigt die Beschwerdeführerin schon deshalb keinen relevanten Verfahrensmangel auf, weil sie nicht behauptet, dass die Kapitalerhöhungen tatsächlich zu diesem Zweck erfolgt seien.

Aus all diesen Gründen kann die Ansicht der belangten Behörde, die Beschwerdeführerin sei öffentliche Auftraggeberin im Sinn von § 3 BVergG, nicht als rechtswidrig erkannt werden.

2. Zur Antragslegitimation der Mitbeteiligten:

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass der Mitbeteiligten im maßgeblichen Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (2. September 2008) die finanzielle Leistungsfähigkeit gefehlt habe, und ihr Angebot daher auszuschneiden gewesen wäre. Aus diesem Grund fehle der Mitbeteiligten die Antragslegitimation.

Damit macht die Beschwerdeführerin einen Ausscheidungsgrund geltend, den sie selbst als Auftraggeberin im Vergabeverfahren nicht aufgegriffen hat.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (siehe insbesondere das Erkenntnis vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0095) hat die Vergabekontrollbehörde - auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bietern (nur) dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuschneiden gewesen wäre.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren unstrittig von der Mitbeteiligten keine Nachweise ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit gefordert und keine Bonitätsprüfung der Mitbeteiligten durchgeführt. Sie behauptet nicht, dass sich die mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten aus irgendwelchen Bestandteilen der Akten des Vergabeverfahrens ergäbe, sondern stützt sich diesbezüglich auf eine Auskunft der "Creditreform Wien" vom 18. Juli 2008, die erst mit Stellungnahme der vergebenden Stelle vom 5. März 2009 im Nachprüfungsverfahren vorgelegt worden ist. Da sich somit aus den der Nachprüfungsbehörde vorliegenden Akten des Vergabeverfahrens der geltend gemachte Grund für das Ausscheiden des Angebots der Mitbeteiligten nicht ergibt, war die belangte Behörde nicht verpflichtet, das Vorliegen dieses Ausschließungsgrundes zu prüfen und den Antrag der Mitbeteiligten gegebenenfalls zurückzuweisen.

Schon deshalb wurde die Beschwerdeführerin durch die von der belangten Behörde vertretene Ansicht, der Nachprüfungsantrag der Mitbeteiligten sei nicht mangels finanzieller Leistungsfähigkeit zurückzuweisen, nicht in Rechten verletzt.

3. Zur Zuschlagserteilung

Gemäß § 2 Z. 48 BVergG (in der hier maßgeblichen Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010) ist die Zuschlagsentscheidung die an Bieter abgegebene nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Bei der Zuschlagserteilung handelt es sich nach Z. 49 der zitierten Bestimmung um die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Gemäß § 131 erster Satz BVergG in der zitierten Fassung hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In den Z. 1 bis 8 dieser Bestimmung sind Fälle aufgezählt, in denen ausnahmsweise eine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nicht besteht.

Gemäß § 132 Abs. 1 erster Satz BVergG darf der Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen erteilt werden.

Gemäß dem Abs. 2 dieser Bestimmung ist ein unter Verstoß gegen die gemäß § 131 erster Satz bestehende Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag absolut nichtig.

Gemäß § 133 erster Satz BVergG kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt während der Zuschlagsfrist zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebots erhält. Der Zuschlag ist gemäß § 134 Abs. 1 BVergG durch Auftragschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief zu erteilen. Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer eine unterfertigte Auftragsbestätigung (Gegenschlussbrief) verlangen.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei von der Nicht-Anwendbarkeit des BVergG ausgegangen und habe ein dem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung entsprechendes Verfahren durchgeführt. Eine Zuschlagsentscheidung habe sie nicht getroffen. Der Zuschlag sei an die AGB erteilt worden. Mit E-Mail vom 24. September 2008 sei den übrigen Bietern mitgeteilt worden, dass die Zuschlagserteilung bereits an die AGB erfolgt sei. Die belangte Behörde habe daher eine nicht existente Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt. Im Übrigen habe die Mitbeteiligte die Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht bekämpft; damit sei die gewählte Verfahrensart bestandfest geworden.

Die belangte Behörde vertrat die Ansicht, dass ungeachtet der bereits erfolgten tatsächlich Auftragsabwicklung keine Zuschlagserteilung vorliege, weil der Schluss- und Gegenschlussbrief von der Beschwerdeführerin nach Rückfragen mit der Unterschrift der AGB nicht mehr unterfertigt worden sei. Das E-Mail vom 24. September 2008 sei aus Rechtsschutzüberlegungen als Zuschlagsentscheidung anzusehen, weil bei

fehlender Zuschlagsentscheidung die Zuschlagserteilung von der Nachprüfungsbehörde nicht beseitigt werden könnte.

Zunächst ist auszuführen, dass alle tatsächlich in den Anwendungsbereich des BVergG fallenden Vergaben nachprüfbar sein müssen, auch wenn der Auftraggeber fehlerhaft nicht nach diesem Gesetz vorgeht; die Anfechtbarkeit von Entscheidungen richtet sich danach, welches Verfahren der Auftraggeber tatsächlich gewählt und durchgeführt hat (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 163 zu § 312). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin - bestandfest - ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt. Da unstrittig kein Ausnahmefall gemäß § 131 Z. 1 bis Z. 8 BVergG vorliegt, wäre die Beschwerdeführerin zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung verpflichtet gewesen.

Da eine ohne vorhergehende Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgte Zuschlagserteilung gemäß § 132 Abs. 2 BVergG absolut nichtig ist, sprechen die von der belangten Behörde ins Treffen geführten "Rechtsschutzüberlegungen" nicht dafür, eine ihrem Inhalt nach nicht als solche anzusehende Erklärung des Auftraggebers als Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu qualifizieren.

Die Beschwerdeführerin hat unstrittig die AGB als Bestbieterin angesehen und ihr am 24. September 2008 einen - (noch) nicht unterfertigten - "Schluss- und Gegenschlussbrief" übermittelt, der nach der Aktenlage die relevanten Bestimmungen des Leistungsvertrages enthält und an seinem Ende jeweils Platz für Stempel und Unterschrift des Auftraggebers und des Auftragnehmers vorsieht. Mit Schreiben vom selben Tag hat die Beschwerdeführerin den übrigen Bietern bekannt gegeben, dass der Auftrag an die AGB als Billigstbieterin vergeben worden sei. Dieses Schreiben ist nach seinem eindeutigen Inhalt nicht als bloße unverbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z. 48 BVergG), sondern als Mitteilung der bereits erfolgten Zuschlagserteilung anzusehen. Der von der Mitbeteiligten ins Treffen geführte Umstand, dass in der - in einem anderen Verfahren vorgelegten - Schlussrechnung der 10. Oktober 2008 als Bestelldatum angeführt wird, kann an der Qualifikation des Schreibens vom 24. September 2008 als Mitteilung der Zuschlagserteilung nichts ändern. Die Qualifizierung dieser Mitteilung als Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und die darauf basierende Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung beruht daher auf einer Verkennung der Rechtslage.

Hinzugefügt sei Folgendes:

Der - von der Beschwerdeführerin nicht unterfertigte - Schluss- und Gegenschlussbrief wurde von der AGB unstrittig ordnungsgemäß mit Stampiglie und Unterschrift versehen an die Beschwerdeführerin zurückgesandt, jedoch von dieser - wegen des zwischenzeitig anhängig gemachten Schlichtungsverfahrens - nicht unterfertigt. Die auftragsgegenständliche Leistung wurde jedoch von der AGB erbracht und von der Beschwerdeführerin entgegengenommen. Wie Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 16 zu § 133, ausführt, ist das Erfordernis der Schriftlichkeit - und damit der Unterschriftlichkeit (Aicher, aaO, Rz 15) - nur zu Beweis Zwecken aufgestellt, weshalb eine (nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und Ablauf der Stillhaltefrist abgegebene) mit einem Formmangel behaftete (z.B. mündlich erteilte) Zuschlagserteilung jedenfalls durch den Beginn der Erfüllung heilt. Dies gilt auch im vorliegenden Fall der widerspruchlosen Annahme der Erfüllung eines Vertrages entsprechend eines vom Auftraggeber ausgestellten und vom Auftragnehmer unterfertigten "Schluss- und Gegenschlussbrief", der vom Auftraggeber nicht unterfertigt wird.

Im vorliegenden Fall läge daher auch ohne beidseitige Unterfertigung des Schluss- und Gegenschlussbriefs eine wirksame Zuschlagserteilung vor, wenn die Beschwerdeführerin zuvor ordnungsgemäß die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und die Stillhaltefrist abgewartet hätte. Da die Beschwerdeführerin jedoch keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben hat, ist die Zuschlagserteilung gemäß § 132 Abs. 2 BVergG absolut nichtig.

4. Für das fortgesetzte Verfahren sei festgehalten, dass auf Grund der absoluten Nichtigkeit der Zuschlagserteilung auch die von der Mitbeteiligten eventualiter beantragte Feststellung gemäß § 4 Abs. 3 Z. 1 des Niederösterreichischen Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, LGBl. Nr. 7200, dass wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, mangels wirksamer Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 238 zu § 312).

Aus den dargelegten Gründen war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Spruch über den Aufwändersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Abspruch über den Antrag der Mitbeteiligten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Frist zur Stellungnahme zum Antrag auf Zuerkennung von aufschiebender Wirkung.

Wien, am 1. Juli 2010