

TE Vwgh Erkenntnis 2015/9/9 Ra 2014/04/0036

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.09.2015

Index

E1P

E6j

10/07 Verwaltungsgerichtshof

19/05 Menschenrechte

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

ABGB §863

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §70

BVergG 2006 §78

BVergG 2006 §79

MRK Art6

VwGG §39 Abs2 Z6

12010P/TXT Grundrechte Charta Art47

62006CJ0532 Lianakis VORAB

1. ABGB § 863 heute

2. ABGB § 863 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 70 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 70 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 78 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 78 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. VwGG § 39 heute
2. VwGG § 39 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2021
3. VwGG § 39 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 39 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 39 gültig von 01.09.1997 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1997
6. VwGG § 39 gültig von 05.01.1985 bis 31.08.1997

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator und Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Revision der M GesmbH in E, vertreten durch Fink, Bernhart, Haslinglehner, Peck Rechtsanwälte in 9020 Klagenfurt, Bahnhofstraße 5, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. Juli 2014, Zl. W138 2008703-2/14E, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Partei: Bund, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstraße 17-19), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Der Mitbeteiligte (Auftraggeber) führte beginnend im Mai 2014 ein offenes Vergabeverfahren über einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich durch. Ausschreibungsgegenstand war die Errichtung einer Brücke ("B 106 Mölltalstraße, Taborgrabenbrücke"). Der Zuschlag sollte an den Bestbieter erfolgen, als Zuschlagskriterien waren der Preis (93%), die Qualitätssicherung (5%) und das Recycling (2%) vorgesehen.

2. Mit Schriftsatz vom 13. Juni 2014 beantragte die Revisionswerberin, das Bundesverwaltungsgericht möge die genannte Ausschreibung - in eventu die Punkte I.6.1.2, I.6.1.3 und I.28.2.5 lit. b der Ausschreibungsunterlage - für nichtig erklären. Die Revisionswerberin erachtete diese Ausschreibungsfestlegungen aus näher angeführten Gründen für sachlich nicht gerechtfertigt. 2. Mit Schriftsatz vom 13. Juni 2014 beantragte die Revisionswerberin, das Bundesverwaltungsgericht möge die genannte Ausschreibung - in eventu die Punkte römisch eins.6.1.2, römisch eins.6.1.3 und römisch eins.28.2.5 Litera b, der Ausschreibungsunterlage - für nichtig erklären. Die Revisionswerberin erachtete diese Ausschreibungsfestlegungen aus näher angeführten Gründen für sachlich nicht gerechtfertigt.

3. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 25. Juli 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht diese Anträge - ebenso wie den Antrag auf Pauschalgebührenersatz - ab und erklärte die ordentliche Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig. 3. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 25. Juli 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht diese Anträge - ebenso wie den Antrag auf Pauschalgebührenersatz - ab und erklärte die ordentliche Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG für nicht zulässig.

3.1. Das Bundesverwaltungsgericht stellte die Inhalte der im Nachprüfungsverfahren ergangenen Schriftsätze der Parteien sowie die Ergebnisse der am 22. Juli 2014 durchgeführten mündlichen Verhandlung dar. Im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung wurde zu den Ausschreibungsunterlagen Folgendes festgehalten:

In Punkt III.1.6 der Angebotsvorbemerkung zur Ausschreibung seien die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS 08.16.01) technischen Inhalts zu einem Vertragsbestandteil erklärt worden. Die RVS stelle den Stand der Technik im betroffenen Fachbereich dar. Punkt 4.6 der RVS bestimme - zusammengefasst -, dass die Transportweite von der Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle, um Qualitätseinbußen zu vermeiden, mit 80 km begrenzt ist, wobei abweichende Regelungen in der Ausschreibung zulässig seien. In Punkt römisch drei.1.6 der Angebotsvorbemerkung zur Ausschreibung seien die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS 08.16.01) technischen Inhalts zu einem Vertragsbestandteil erklärt worden. Die RVS stelle den Stand der Technik im betroffenen

Fachbereich dar. Punkt 4.6 der RVS bestimme - zusammengefasst -, dass die Transportweite von der Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle, um Qualitätseinbußen zu vermeiden, mit 80 km begrenzt ist, wobei abweichende Regelungen in der Ausschreibung zulässig seien.

Punkt I.6.1.2 der Ausschreibungsunterlagen habe für das Zuschlagskriterium "Qualitätssicherung" Folgendes vorgesehen: Punkt römisch eins.6.1.2 der Ausschreibungsunterlagen habe für das Zuschlagskriterium "Qualitätssicherung" Folgendes vorgesehen:

"Für die Berechnung der Punkteanzahl werden die Transportweite von Asphalt und die Transportweite von Beton auf öffentlichen Straßen herangezogen. Vom Bieter ist daher in Punkt VII.4 'Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Recyclingmaterial' die Transportweite vom Bezugsort des Asphalts bzw. Beton bis zur vom AG festgelegten Baulosmitte bekannt zu geben." Für die Berechnung der Punkteanzahl werden die Transportweite von Asphalt und die Transportweite von Beton auf öffentlichen Straßen herangezogen. Vom Bieter ist daher in Punkt römisch sieben.4 'Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Recyclingmaterial' die Transportweite vom Bezugsort des Asphalts bzw. Beton bis zur vom AG festgelegten Baulosmitte bekannt zu geben.

Vom AG wird für den Asphalt und den Beton ein Anteil in Prozenten festgelegt.

...

Wird vom Bieter die Transportweite für Asphalt, wenn der Asphalt in Punkt VII.4. 'Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial' eine Gewichtung > 0 aufweist, nicht angegeben, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden. Wird vom Bieter die Transportweite für Asphalt, wenn der Asphalt in Punkt römisch sieben.4. 'Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial' eine Gewichtung > 0 aufweist, nicht angegeben, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden.

...

Wenn in den 'Besonderen Vorbemerkungen' des AG's in Punkt IV.1.1. 'sonstige Festlegungen' die maximale Transportweite für Asphalt gemäß VRS 08.16.01 Pkt. 4.5 von 80 km nicht aufgehoben wird, so wird das Angebot bei einer Transportweite über 80 km zwingend ausgeschieden. Wenn in den 'Besonderen Vorbemerkungen' des AG's in Punkt römisch vier.1.1. 'sonstige Festlegungen' die maximale Transportweite für Asphalt gemäß VRS 08.16.01 Pkt. 4.5 von 80 km nicht aufgehoben wird, so wird das Angebot bei einer Transportweite über 80 km zwingend ausgeschieden.

In Punkt IV.1.1 'Besondere Vormerkungen' der gegenständlichen Ausschreibung wurde die maximale Transportweite für Asphalt nicht aufgehoben."

In Punkt I.6.1.3 sei für das Zuschlagskriterium "Recycling" Folgendes festgelegt worden: In Punkt römisch eins.6.1.3 sei für das Zuschlagskriterium "Recycling" Folgendes festgelegt worden:

"Für das Zuschlagskriterium 'Recycling' gibt der Bieter in Punkt VII.4. 'Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial' bekannt, für wie viele Prozent von der ausgeschriebenen, bzw. im Abänderungs- oder Alternativangebot enthaltene Menge Asphalt, ein Asphalt mit Recyclingmaterial verwendet wird." Für das Zuschlagskriterium 'Recycling' gibt der Bieter in Punkt römisch sieben.4. 'Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial' bekannt, für wie viele Prozent von der ausgeschriebenen, bzw. im Abänderungs- oder Alternativangebot enthaltene Menge Asphalt, ein Asphalt mit Recyclingmaterial verwendet wird.

Dabei ist zu beachten, dass nur jene Position bzw. Asphaltmengen zu berücksichtigen sind, deren Mischguttypen lt. RVS 08.97.05 zulässigerweise mit Ausbauasphalt versetzt werden dürfen.

Sind nur Asphaltmischgutsorten ausgeschrieben, deren Mischguttyp lt. RVS 08.97.05. nicht mit Ausbauasphalt versetzt werden dürfen, so werden für das Zuschlagskriterium 'Recycling', keine Punkte vergeben.

...

Gibt der Bieter in Punkt VII.4. der Ausschreibungsvorbemerkungen an, dass von dem im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen, bzw. im Abänderungsgebot oder Alternativangebot enthaltenen Mengen Asphalt ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet wird, so sind im Zuge der Angebotsprüfung folgende

Unterlagen auf Aufforderung vorzulegen: Gibt der Bieter in Punkt römisch sieben.4. der Ausschreibungsvorbemerkungen an, dass von dem im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen, bzw. im Abänderungsgebot oder Alternativangebot enthaltenen Mengen Asphalt ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet wird, so sind im Zuge der Angebotsprüfung folgende Unterlagen auf Aufforderung vorzulegen:

a)

Angabe des Mischwerkes bei welchem das Heißmischgut mit Ausbauasphalt bezogen wird.

b)

CE-Zertifikate, der Erstprüfungsbericht und Konformitätserklärungen (WPK) des Mischwerkes für das angebotene Heißmischwerk mit Ausbauasphalt.

c)

Nachweis über die Verfügbarkeit des Ausbauasphaltes.

Werden die unter Punkt a) b) und c) verlangten Nachweise und Unterlagen nicht vorgelegt bzw. ergibt eine Überprüfung, dass die gemachten Angaben nicht den Tatsachen entsprechen, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden.

...

Für das Zuschlagskriterium 'Recycling' werden maximal 2 Punkte vergeben."

Punkt I.28.2.5 lit. b zur technischen Leistungsfähigkeit laute (auszugsweise) Punkt römisch eins.28.2.5 Litera b, zur technischen Leistungsfähigkeit laute (auszugsweise):

"Der Bieter/die Bietergemeinschaft hat auf Aufforderung des AG's zu belegen, dass er/sie, während der gesamten Vertragslaufzeit, zumindest über folgende technische Geräteausstattung verfügen:

...

Für Straßenbau: Auf Grund der Tatsache, dass es sich beim Straßenbau, insbesondere bei Asphaltierungsarbeiten um wesentliche Leistungen lt. Bundesvergabegesetz handelt, müssen die entsprechenden geeigneten Geräte (Asphaltfertiger und 2 Walzen) nachgewiesen werden.

-

beim Bieter/Mitglied der Bietergemeinschaft selbst vorhanden und verfügbar (Eigengeräteausstattung) oder

-

gegebenenfalls, beim hierfür beigezogenen Subunternehmer nachweislich, während der gesamten Vertragslaufzeit vorhanden und verfügbar (eigene Geräteausstattung des beigezogenen Subunternehmers), oder

-

wenn diese Arbeiten ohne Subunternehmer durchgeführt werden und Eigengeräteausstattung nicht vorhanden/verfügbar ist, für den Bieter/das Mitglied der Bietergemeinschaft gesichert jederzeit auf Grund verbindlicher Vereinbarung mit einem Dritten, während der gesamten Vertragslaufzeit, zum Beispiel Anmietung dergleichen (Vorlage eines gültigen Vorvertrages, (Mietvertrages), ansonsten das Angebot mit einem unbehebaren Mangel behaftet ist, was die Ausscheidung des Angebotes zur Folge hat) verfügbar sein.

-

Der Mietvertrag muss zumindest folgenden Inhalt aufweisen: Mietgegenstand, Mietpreis, Mietbeginn und Mietdauer."

3.2. Im Rahmen der Beweiswürdigung führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass sich die Parteien in der mündlichen Verhandlung zur Frage, ob Eigentümer von Asphaltmischwerken in Kärnten vor der Erteilung von öffentlichen Aufträgen keine "Verfügbarkeitsbestätigungen" an Unternehmer ausstellen würden, die in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis zu ihnen stünden, widersprüchlich geäußert hätten. Die Vertreter des Auftraggebers hätten bestritten, dass ihnen eine derartige Praxis bekannt sei. Der Revisionswerberin sei es nicht gelungen, nachvollziehbar darzulegen, dass der Auftraggeber in Kenntnis dieser angeblichen Praxis gewesen sei und die Festlegung der maximalen Anlieferungsstrecke von Asphalt von 80 km sachlich nicht gerechtfertigt wäre.

3.3. In seinen rechtlichen Erwägungen hielt das Verwaltungsgericht Folgendes fest:

Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin handle es sich bei der Festlegung in Punkt I.6.1.2 nicht um eine bieterbezogene Anforderung und somit nicht um ein Eignungskriterium. Vielmehr sei dies eine Mindestanforderung an

den zu liefernden Asphalt, wobei es grundsätzlich Sache des Auftraggebers sei, derartige Mindestanforderungen festzulegen. Die Vorgabe entspreche der inhaltlich gleichlautenden Vorschrift zur Transportweite der RVS - einer geeigneten Leitlinie im Sinn des § 97 Abs. 2 BVergG 2006 -, mit der Qualitätseinbußen unter üblichen Transportbedingungen vermieden werden sollen. Ausgehend davon könne ihr die sachliche Rechtfertigung nicht abgesprochen werden. Der Auftraggeber habe nachvollziehbar darlegen können, dass die Qualität des Asphaltes leide, je länger die Transportweite sei. Soweit in Punkt I.6.1.2 die Transportweite auch als Zuschlagskriterium ausformuliert sei, hielt das Verwaltungsgericht fest, es sei nicht unzulässig, eine Mindestanforderung als Musskriterium festzulegen und eine Übererfüllung dieses Kriteriums im Rahmen der Angebotsbewertung zu berücksichtigen. Entgegen der Ansicht der Revisionswerberin seien die Angaben der Bieter im Zusammenhang mit der Transportweite auch objektiv nachprüfbar, zumal dem Auftraggeber gemäß § 126 BVergG 2006 die Möglichkeit eingeräumt werde, schriftliche Auskünfte zu verlangen. Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin handle es sich bei der Festlegung in Punkt römisch eins.6.1.2 nicht um eine bieterbezogene Anforderung und somit nicht um ein Eignungskriterium. Vielmehr sei dies eine Mindestanforderung an den zu liefernden Asphalt, wobei es grundsätzlich Sache des Auftraggebers sei, derartige Mindestanforderungen festzulegen. Die Vorgabe entspreche der inhaltlich gleichlautenden Vorschrift zur Transportweite der RVS - einer geeigneten Leitlinie im Sinn des Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 -, mit der Qualitätseinbußen unter üblichen Transportbedingungen vermieden werden sollen. Ausgehend davon könne ihr die sachliche Rechtfertigung nicht abgesprochen werden. Der Auftraggeber habe nachvollziehbar darlegen können, dass die Qualität des Asphaltes leide, je länger die Transportweite sei. Soweit in Punkt römisch eins.6.1.2 die Transportweite auch als Zuschlagskriterium ausformuliert sei, hielt das Verwaltungsgericht fest, es sei nicht unzulässig, eine Mindestanforderung als Musskriterium festzulegen und eine Übererfüllung dieses Kriteriums im Rahmen der Angebotsbewertung zu berücksichtigen. Entgegen der Ansicht der Revisionswerberin seien die Angaben der Bieter im Zusammenhang mit der Transportweite auch objektiv nachprüfbar, zumal dem Auftraggeber gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 die Möglichkeit eingeräumt werde, schriftliche Auskünfte zu verlangen.

Auch bei der Festlegung in Punkt I.6.1.3 (Recycling) handle es sich nicht um eine unternehmensbezogene Anforderung. Diesfalls liege auch kein - absolutes - Musskriterium vor, weil der Bieter die geforderten Unterlagen nur dann vorzulegen habe, wenn er angibt, für den von ihm angebotenen Asphalt einen bestimmten Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt zu verwenden. Nur in diesem Fall führe die fehlende Vorlage von Unterlagen zum Ausscheiden. Angesichts des in § 19 Abs. 5 BVergG 2006 normierten Grundsatzes der Umweltgerechtigkeit bestünden gegen die Festlegung eines solchen Zuschlagskriteriums (sowie eine daran anknüpfende Vorgabe hinsichtlich der Vorlage von Unterlagen) keine Bedenken. Auch bei der Festlegung in Punkt römisch eins.6.1.3 (Recycling) handle es sich nicht um eine unternehmensbezogene Anforderung. Diesfalls liege auch kein - absolutes - Musskriterium vor, weil der Bieter die geforderten Unterlagen nur dann vorzulegen habe, wenn er angibt, für den von ihm angebotenen Asphalt einen bestimmten Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt zu verwenden. Nur in diesem Fall führe die fehlende Vorlage von Unterlagen zum Ausscheiden. Angesichts des in Paragraph 19, Absatz 5, BVergG 2006 normierten Grundsatzes der Umweltgerechtigkeit bestünden gegen die Festlegung eines solchen Zuschlagskriteriums (sowie eine daran anknüpfende Vorgabe hinsichtlich der Vorlage von Unterlagen) keine Bedenken.

Zu den Festlegungen hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit ging das Verwaltungsgericht davon aus, dass die Forderung der Verfügbarkeit von einem Asphaltfertiger und zwei Walzen auf den Leistungsinhalt abgestimmt sei. Die Herstellung bituminöser Schichten sei Gegenstand des Leistungsbildes, das Mischgut sei mittels Fertiger einzubauen und der Einsatz von Walzen sei vorgesehen. Die Vorgabe in Punkt I.28.2.5 lit. b entspreche auch § 75 Abs. 6 Z 5 BVergG 2006 (betreffend die Nachweiserbringung durch eine Erklärung des Auftraggebers über die verfügbare Ausrüstung). Die Forderung, wonach ein Bieter, der nicht über entsprechende Eigengeräte verfüge, eine verbindliche Vereinbarung mit einem Dritten vorweisen müsse, sei nicht unsachlich. Eine Bevorzugung bestimmter Bieter oder eine unverhältnismäßige Belastung sei angesichts der neutralen Formulierung dieses Eignungskriteriums nicht ersichtlich. Zu den Festlegungen hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit ging das Verwaltungsgericht davon aus, dass die Forderung der Verfügbarkeit von einem Asphaltfertiger und zwei Walzen auf den Leistungsinhalt abgestimmt sei. Die Herstellung bituminöser Schichten sei Gegenstand des Leistungsbildes, das Mischgut sei mittels Fertiger einzubauen und der Einsatz von Walzen sei vorgesehen. Die Vorgabe in Punkt römisch eins.28.2.5 Litera b, entspreche auch Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 5, BVergG 2006 (betreffend die Nachweiserbringung durch eine Erklärung des Auftraggebers über die verfügbare Ausrüstung). Die Forderung, wonach ein Bieter, der nicht über entsprechende

Eigengeräte verfüge, eine verbindliche Vereinbarung mit einem Dritten vorweisen müsse, sei nicht unsachlich. Eine Bevorzugung bestimmter Bieter oder eine unverhältnismäßige Belastung sei angesichts der neutralen Formulierung dieses Eignungskriteriums nicht ersichtlich.

Die erforderliche Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie Mindestanforderungen an die Leistung bzw. die gesetzlichen Anforderungen daran seien vom Auftraggeber eingehalten worden, weshalb der Ausschreibung diesbezüglich keine Rechtswidrigkeit anzulasten sei.

4. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Die Revisionswerberin erachtet die normierten Zuschlags- und Eignungskriterien und somit wesentliche Teile der Ausschreibung als rechtswidrig, weshalb die Ausschreibung zur Gänze für nichtig zu erklären gewesen wäre.

5. Der Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung.

II.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Zulässigkeit der Revision wird insbesondere damit begründet, dass es sich bei den vorliegenden Bedingungen um Musterausschreibungsbedingungen handle, die wiederkehrend zur Anwendung kämen und hinsichtlich derer aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit eine Klarstellung durch den Verwaltungsgerichtshof geboten erscheine.

Die vorliegende Revision ist zulässig, im Ergebnis aber nicht berechtigt.

2. Zu den Zuschlagskriterien bzw. Mindestanforderungen an die Leistung:

2.1. Die Revisionswerberin geht davon aus, dass es sich bei den Festlegungen in den Punkten I.6.1.2 und I.6.1.3 (Transportweite bzw. Recycling) um unternehmensbezogene Mindestanforderungen und somit um Eignungskriterien handle. Diese Eignungskriterien seien unsachlich, weil sich Asphaltmischwerke in Kärnten (wie auch in Osttirol) weigern würden, die erforderlichen Bestätigungen auszustellen. Diese branchenübliche Tatsache sei dem Auftraggeber bekannt. Die Regelungen würden somit Eigentümer bzw. Betreiber von Asphaltmischwerken, zu denen die Revisionswerberin nicht zähle, bevorzugen. Die Regelung sei auch nicht erforderlich, weil die Einhaltung einer Mindesteinbautemperatur auch auf andere Weise (losgelöst von der Transportweite) sichergestellt werden könne. Die Festlegung einer maximalen Transportweite sei daher sachlich nicht gerechtfertigt. Zudem sei das dargestellte Zuschlagskriterium auch deswegen rechtswidrig, weil eine effektive Überprüfbarkeit der Angaben der Bieter im Hinblick auf die Transportweite nicht gegeben sei.

2.1. Die Revisionswerberin geht davon aus, dass es sich bei den Festlegungen in den Punkten römisch eins.6.1.2 und römisch eins.6.1.3 (Transportweite bzw. Recycling) um unternehmensbezogene Mindestanforderungen und somit um Eignungskriterien handle. Diese Eignungskriterien seien unsachlich, weil sich Asphaltmischwerke in Kärnten (wie auch in Osttirol) weigern würden, die erforderlichen Bestätigungen auszustellen. Diese branchenübliche Tatsache sei dem Auftraggeber bekannt. Die Regelungen würden somit Eigentümer bzw. Betreiber von Asphaltmischwerken, zu denen die Revisionswerberin nicht zähle, bevorzugen. Die Regelung sei auch nicht erforderlich, weil die Einhaltung einer Mindesteinbautemperatur auch auf andere Weise (losgelöst von der Transportweite) sichergestellt werden könne. Die Festlegung einer maximalen Transportweite sei daher sachlich nicht gerechtfertigt. Zudem sei das dargestellte Zuschlagskriterium auch deswegen rechtswidrig, weil eine effektive Überprüfbarkeit der Angaben der Bieter im Hinblick auf die Transportweite nicht gegeben sei.

Weiters moniert die Revisionswerberin, dass die Ausschreibung nicht klar zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien trenne. Die Transportweite sei gleichzeitig als Eignungs- und als Zuschlagskriterium festgelegt. Zudem sei die Transportweite als Zuschlagskriterium nicht geeignet, den Bestbieter zu ermitteln. Auch die Festlegungen in Punkt I.6.1.3 zum Kriterium Recycling erachtet die Revisionswerberin als unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. als unsachlich, weil die Bestätigung hinsichtlich des verwendeten Recyclingmaterials für die Revisionswerberin, die an keinem Asphaltmischwerk beteiligt sei, nicht zu bekommen sei.

Weiters moniert die Revisionswerberin, dass die Ausschreibung nicht klar zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien trenne. Die Transportweite sei gleichzeitig als Eignungs- und als Zuschlagskriterium festgelegt. Zudem sei die Transportweite als Zuschlagskriterium nicht geeignet, den Bestbieter zu ermitteln. Auch die Festlegungen in Punkt römisch eins.6.1.3 zum

Kriterium Recycling erachtet die Revisionswerberin als unzulässige Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. als unsachlich, weil die Bestätigung hinsichtlich des verwendeten Recyclingmaterials für die Revisionswerberin, die an keinem Asphaltmischwerk beteiligt sei, nicht zu bekommen sei.

2.2. Der Mitbeteiligte führt in seiner Revisionsbeantwortung aus, dass die Transportweite für Asphalt von maximal 80 km kein Eignungskriterium, sondern ein "Musskriterium" hinsichtlich der zu erbringenden Leistung sei. Ziel dieser Vorgabe sei, die Qualität des Asphalts sicherzustellen. Die Transportweitenregelung entspreche dem anerkannten Stand der Technik (Verweis auf die RVS). Die Möglichkeit, die Mindesteinbautemperatur durch andere Maßnahmen sicherzustellen, sei dem Mitbeteiligten bekannt, allerdings habe man sich in technischer Hinsicht in der RVS zur Vermeidung von Qualitätseinbußen auf die Transportweitenbeschränkung von 80 km bei Asphalt geeinigt, zumal der Transport neben der Abkühlung mit zunehmender Entfernung bzw. Dauer noch andere qualitätsmindernde Effekte habe (Entmischung, Verhärtung).

Weiters verweist der Mitbeteiligte auf den Spielraum des Auftraggebers bei der Wahl der Zuschlagskriterien. Die vorliegenden Zuschlagskriterien seien auf den Vertragsgegenstand (Brückenbau) abgestimmt. Die Angaben der Bieter können geprüft und miteinander verglichen und daraus können Rückschlüsse auf die Qualität der Erbringung der angebotenen Leistung gezogen werden. Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Recycling wird auf die Möglichkeit der Berücksichtigung ökologischer Aspekte verwiesen.

Die von der Revisionswerberin unsubstantiiert geäußerte Behauptung, wonach Eigentümer von Asphaltmischwerken in Kärnten keine Kooperationen mit anderen Unternehmern eingehen würden, sei als reine Mutmaßung und Schutzbehauptung zu qualifizieren. Die Revisionswerberin sei jeglichen Nachweis dafür schuldig geblieben.

2.3.1. Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin handelt es sich bei den in den Punkten I.6.1.2 und I.6.1.3 getroffenen Festlegungen nicht um Eignungskriterien, weil darin keine Anforderungen an die Person des Bieters, sondern an die zu erbringende Leistung normiert bzw. nähere Regelungen betreffend die Angebotsbewertung getroffen werden (siehe zur Abgrenzung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 2009, 2009/04/0024, mwH insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union [EuGH] vom 24. Jänner 2008 in der Rs C-532/06, Lianakis). Die von der Revisionswerberin beanstandeten Ausschreibungsbestimmungen regeln zum einen die Berücksichtigung der Aspekte Qualitätssicherung und Recycling im Rahmen der Angebotsbewertung und zum anderen werden in diesem Zusammenhang Mindestanforderungen hinsichtlich der zu erbringenden Leistung (bezüglich Transportweite) bzw. der vorzulegenden Nachweise (bezüglich Recycling) festgelegt, an deren Nichterfüllung das Ausscheiden geknüpft ist. Das Ausscheiden erfolgt in diesen Fällen nicht wegen mangelnder Eignung sondern wegen Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes. Die Verpflichtung zur Trennung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien wird somit nicht verletzt. 2.3.1. Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin handelt es sich bei den in den Punkten römisch eins.6.1.2 und römisch eins.6.1.3 getroffenen Festlegungen nicht um Eignungskriterien, weil darin keine Anforderungen an die Person des Bieters, sondern an die zu erbringende Leistung normiert bzw. nähere Regelungen betreffend die Angebotsbewertung getroffen werden (siehe zur Abgrenzung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 2009, 2009/04/0024, mwH insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union [EuGH] vom 24. Jänner 2008 in der Rs C-532/06, Lianakis). Die von der Revisionswerberin beanstandeten Ausschreibungsbestimmungen regeln zum einen die Berücksichtigung der Aspekte Qualitätssicherung und Recycling im Rahmen der Angebotsbewertung und zum anderen werden in diesem Zusammenhang Mindestanforderungen hinsichtlich der zu erbringenden Leistung (bezüglich Transportweite) bzw. der vorzulegenden Nachweise (bezüglich Recycling) festgelegt, an deren Nichterfüllung das Ausscheiden geknüpft ist. Das Ausscheiden erfolgt in diesen Fällen nicht wegen mangelnder Eignung sondern wegen Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes. Die Verpflichtung zur Trennung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien wird somit nicht verletzt.

Der Verwaltungsgerichtshof hegt auch keine Bedenken dagegen, dass hinsichtlich der Transportweite zum einen eine Mindestvorgabe festgelegt (Wegstrecke maximal 80 km) und zum anderen eine "Übererfüllung" dieses Kriteriums (Transportweg zu sehen, weshalb die diesbezüglichen Bieterangaben keiner Überprüfung durch den Auftraggeber zugänglich sein sollen. Dem Auftraggeber wird durch das Zuschlagskriterium Transportweite somit keine unbeschränkte Wahlfreiheit eingeräumt. Auch gegen die Vorgabe im Bereich Recycling bestehen angesichts der in § 19 Abs. 5 BVergG 2006 vorgesehenen Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit keine Bedenken, zumal die damit in Zusammenhang stehende Vorgabe betreffend die Vorlage von Unterlagen nur dann ein Ausscheiden des Angebotes

nach sich zieht, wenn von der fakultativen Möglichkeit (Verwendung von "Ausbauasphalt") Gebrauch gemacht wird. Angesichts der vorliegenden Bewertung dieser beiden Kriterien (mit 5 % für die Qualitätssicherung bzw. 2 % für Recycling) ist nicht ersichtlich, dass der dem Auftraggeber bei der Gewichtung von Zuschlagskriterien eingeräumte Spielraum fallbezogen überschritten wurde. Der Verwaltungsgerichtshof hegt auch keine Bedenken dagegen, dass hinsichtlich der Transportweite zum einen eine Mindestvorgabe festgelegt (Wegstrecke maximal 80 km) und zum anderen eine "Übererfüllung" dieses Kriteriums (Transportweg zu sehen, weshalb die diesbezüglichen Bieterangaben keiner Überprüfung durch den Auftraggeber zugänglich sein sollen. Dem Auftraggeber wird durch das Zuschlagskriterium Transportweite somit keine unbeschränkte Wahlfreiheit eingeräumt. Auch gegen die Vorgabe im Bereich Recycling bestehen angesichts der in Paragraph 19, Absatz 5, BVergG 2006 vorgesehenen Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit keine Bedenken, zumal die damit in Zusammenhang stehende Vorgabe betreffend die Vorlage von Unterlagen nur dann ein Ausscheiden des Angebotes nach sich zieht, wenn von der fakultativen Möglichkeit (Verwendung von "Ausbauasphalt") Gebrauch gemacht wird. Angesichts der vorliegenden Bewertung dieser beiden Kriterien (mit 5 % für die Qualitätssicherung bzw. 2 % für Recycling) ist nicht ersichtlich, dass der dem Auftraggeber bei der Gewichtung von Zuschlagskriterien eingeräumte Spielraum fallbezogen überschritten wurde.

2.3.3. Das Vorbringen der Revisionswerberin, sie würde als Unternehmerin, die kein Asphaltmischwerk betreibe, von den Betreibern der Kärntner (bzw. Osttiroler) Asphaltmischwerke keine (in der Ausschreibungsunterlage verlangte) "Verfügbarkeitsbestätigung" erhalten und sei deshalb benachteiligt, richtet sich der Sache nach gegen die diesbezügliche Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichtes. Die Beweiswürdigung ist ein Denkprozess, der nur insofern einer Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof zugänglich ist, als es sich um die Schlüssigkeit dieses Denkvorganges handelt bzw. darum, ob die Beweisergebnisse, die in diesem Denkvorgang gewürdigt wurden, in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt worden sind. Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt daher der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes, nicht aber deren konkrete Richtigkeit (siehe zuletzt etwa das hg. Erkenntnis vom 24. September 2014, Ra 2014/03/0014, mwN).

Ausgehend von diesem Prüfungsmaßstab ist es nicht zu beanstanden, wenn das Bundesverwaltungsgericht unter Verweis auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung und die darin getroffenen Aussagen der Vertreter des Auftraggebers die von der Revisionswerberin behauptete Praxis als nicht erwiesen angesehen und seiner Beurteilung nicht zugrunde gelegt hat. Mit dem - nicht weiter belegten - Verweis darauf, die von ihr ins Treffen geführte Praxis sei notorisch und branchenüblich, vermag die Revisionswerberin eine Unschlüssigkeit der Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichtes nicht aufzuzeigen. Soweit die Revisionswerberin vorbringt, der Auftraggeber hätte diese Tatsache nicht in Abrede gestellt, deckt sich dies nicht mit den im angefochtenen Erkenntnis wiedergegebenen Äußerungen der Auftraggebervertreter in der mündlichen Verhandlung. Im Hinblick darauf kann die Vorgabe hinsichtlich der Transportweite nicht als diskriminierend angesehen werden.

3. Zur technischen Leistungsfähigkeit:

3.1. Zu den Vorgaben in Punkt I.28.2.5 lit. b betreffend die technische Leistungsfähigkeit moniert die Revisionswerberin, dass die Verfügbarkeit aller erforderlichen Geräte verlangt wird und die genannten Geräte "Asphaltfertiger und zwei Walzen" keine abschließende Aufzählung darstellten. Daraus ergebe sich, dass ein Bieter Eigentümer eines Asphaltmischwerkes sein müsse (bzw. einen solchen Eigentümer als Subunternehmer beauftragen müsse), was aus den dargestellten Gründen (mangelnde Kooperationsbereitschaft der Eigentümer der Asphaltmischwerke) nicht möglich sei. 3.1. Zu den Vorgaben in Punkt römisch eins. 28.2.5 Litera b, betreffend die technische Leistungsfähigkeit moniert die Revisionswerberin, dass die Verfügbarkeit aller erforderlichen Geräte verlangt wird und die genannten Geräte "Asphaltfertiger und zwei Walzen" keine abschließende Aufzählung darstellten. Daraus ergebe sich, dass ein Bieter Eigentümer eines Asphaltmischwerkes sein müsse (bzw. einen solchen Eigentümer als Subunternehmer beauftragen müsse), was aus den dargestellten Gründen (mangelnde Kooperationsbereitschaft der Eigentümer der Asphaltmischwerke) nicht möglich sei.

Zudem erachtet die Revisionswerberin das Erfordernis eines bereits abgeschlossenen Vor- bzw. Mietvertrages als sachlich nicht gerechtfertigt. Dazu verweist sie insbesondere auf das Urteil des EuGH vom 2. Dezember 1999, Rs C-176/98, Holst Italia. Der EuGH habe darin lediglich verlangt, dass die geforderten Mittel beim Dritten tatsächlich verfügbar sind und der Dritte sie der Verfügungsgewalt des Bieters überlässt. Durch die zwingende Vorgabe eines Vorvertrages bzw. Mietvertrages werde die Möglichkeit der Nachweiserbringung unzulässiger Weise eingeschränkt. Die Verfügbarkeit über die erforderlichen Geräte wäre auch durch andere Nachweise, wie beispielsweise Rahmenverträge,

Optionen oder andere zivilrechtliche Erklärungen, zuzulassen gewesen. Zudem erachtet die Revisionswerberin die Vorgabe, wonach der Preis vorab festzulegen sei, als zu streng.

3.2. Der Mitbeteiligte verteidigt in seiner Revisionsbeantwortung die Anforderungen der Ausschreibung im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit als durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

3.3. Als erforderliche - nachzuweisende - Geräte werden in der Ausschreibung ausdrücklich ein Asphaltfertiger und zwei Walzen genannt. Dass der Bieter Eigentümer einer Betriebsanlage sein muss, die zur Herstellung des zu verwendenden Materials (Asphalt) benötigt werde, lässt sich den Ausschreibungsbestimmungen demgegenüber nicht entnehmen.

Soweit die Revisionswerberin den in Punkt I.28.2.5 lit. b enthaltenen Verweis auf einen abgeschlossenen Vor- bzw. Mietvertrag als sachlich nicht gerechtfertigt erachtet, ist Folgendes anzumerken: Soweit die Revisionswerberin den in Punkt römisch eins.28.2.5 Litera b, enthaltenen Verweis auf einen abgeschlossenen Vor- bzw. Mietvertrag als sachlich nicht gerechtfertigt erachtet, ist Folgendes anzumerken:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vgl. den hg. Beschluss vom 18. März 2015, Ra 2015/04/0017, mwN). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen vergleiche , den hg. Beschluss vom 18. März 2015, Ra 2015/04/0017, mwN).

Die genannte Ausschreibungsbestimmung spricht allgemein von einer verbindlichen Vereinbarung und verweist dann beispielhaft auf "Anmietung dgl.". Der nachfolgenden, in einem Klammerausdruck erfolgten Bezugnahme auf einen Vorvertrag bzw. Mietvertrag kann nicht der objektive Erklärungswert beigemessen werden, dass deswegen eine zivilrechtlich anders - etwa als Option oder Rahmenvereinbarung - ausgestaltete Vereinbarung, mit der der Nachweis erbracht wird, dass die geforderten Geräte während der gesamten Vertragslaufzeit gesichert verfügbar sind, den Vorgaben der genannten Ausschreibungsbestimmung nicht entspricht. Daran vermag der Hinweis auf die Mindestinhalte des "Mietvertrages" nichts zu ändern, weil dies nicht dahingehend verstanden werden kann, dass die darin genannten Anforderungen durch eine andere Vereinbarung als einen Mietvertrag nicht erfüllt werden können. Dagegen, dass eine verbindliche Vereinbarung die inhaltlich angesprochenen Elemente (Vertragsgegenstand, Preis, Beginn und Dauer des Vertragsverhältnisses) umfassen muss, hegt der Verwaltungsgerichtshof keine Bedenken. Der Verwaltungsgerichtshof vermag ausgehend davon keinen Widerspruch zu § 75 Abs. 6 Z 5 BVergG 2006 oder zu der ins Treffen geführten Judikatur des EuGH (Rs C-176/99, Holst Italia) zu erkennen. Die genannte Ausschreibungsbestimmung spricht allgemein von einer verbindlichen Vereinbarung und verweist dann beispielhaft auf "Anmietung dgl.". Der nachfolgenden, in einem Klammerausdruck erfolgten Bezugnahme auf einen Vorvertrag bzw. Mietvertrag kann nicht der objektive Erklärungswert beigemessen werden, dass deswegen eine zivilrechtlich anders - etwa als Option oder Rahmenvereinbarung - ausgestaltete Vereinbarung, mit der der Nachweis erbracht wird, dass die geforderten Geräte während der gesamten Vertragslaufzeit gesichert verfügbar sind, den Vorgaben der genannten Ausschreibungsbestimmung nicht entspricht. Daran vermag der Hinweis auf die Mindestinhalte des "Mietvertrages" nichts zu ändern, weil dies nicht dahingehend verstanden werden kann, dass die darin genannten Anforderungen durch eine andere Vereinbarung als einen Mietvertrag nicht erfüllt werden können. Dagegen, dass eine verbindliche Vereinbarung die inhaltlich angesprochenen Elemente (Vertragsgegenstand, Preis, Beginn und Dauer des Vertragsverhältnisses) umfassen muss, hegt der Verwaltungsgerichtshof keine Bedenken. Der Verwaltungsgerichtshof vermag ausgehend davon keinen Widerspruch zu Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 5, BVergG 2006 oder zu der ins Treffen geführten Judikatur des EuGH (Rs C-176/99, Holst Italia) zu erkennen.

4. Da die vorliegende Revision somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses aufzeigt, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. 4. Da die vorliegende Revision somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses aufzeigt, war sie gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

5. Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Bundesverwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Art. 6 MRK und ein Gericht im Sinn des Art. 47 GRC - eine

mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weshalb weder Art. 6 MRK noch Art. 47 GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwN).5. Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden, weil das Bundesverwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Artikel 6, MRK und ein Gericht im Sinn des Artikel 47, GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weshalb weder Artikel 6, MRK noch Artikel 47, GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen vergleiche , dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwN).

6. Der Ausspruch über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idFBGBl. II Nr. 8/2014.6. Der Ausspruch über den Aufwandersatz stützt sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 518 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 8 aus 2014,.

Wien, am 9. September 2015

Gerichtsentscheidung

EuGH 62006CJ0532 Lianakis VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2015:RA2014040036.L00

Im RIS seit

24.11.2015

Zuletzt aktualisiert am

10.03.2025

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at