

TE Vwgh Erkenntnis 2011/5/12 2011/04/0043

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.05.2011

Index

E6j;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

62001CJ0249 Hackermüller VORAB;

BVergG 2002 §175 Abs2;

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2;

BVergG 2006 §331 Abs1;

BVergG 2006 §331 Abs4;

BVergG 2006 §332 Abs1 Z5;

BVergG 2006 §332 Abs1;

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. X GmbH und 2. Y Baugesellschaft m.b.H. in G, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14. Februar 2011, Zl. F/0001-BVA/13/2011-14, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. A Aktiengesellschaft, 2. A GmbH, und 3. Bietergemeinschaft Generalsanierung Tanzenbergtunnel, bestehend aus a) M Hoch- und Tiefbau GmbH, b) N Bauges.m.b.H. und

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch zehn GmbH und 2. Y Baugesellschaft m.b.H. in G, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 14. Februar 2011, Zl. F/0001-BVA/13/2011-14, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. A Aktiengesellschaft, 2. A GmbH, und 3. Bietergemeinschaft Generalsanierung Tanzenbergtunnel, bestehend aus a) M Hoch- und Tiefbau GmbH, b) N Bauges.m.b.H. und

c) O GmbH; weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Begründung

I.römisch eins.

Aus der vorliegenden Beschwerde und der dieser angeschlossenen Bescheidausfertigung ergibt sich Folgendes:

1. Vergabeverfahren:

Im Beschwerdefall haben die erst- und zweitmitbeteiligten Parteien als öffentliche Auftraggeber (im Folgenden: Auftraggeber) einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Dieser Bauauftrag diente der Generalsanierung der S 6 Semmering Schnellstraße - TK Bruck Tanzenbergtunnel.

Die Ausschreibung hat (den unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides zufolge) unter anderem folgende Bestimmungen enthalten:

"Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters bzw. der Bietergemeinschaft sind folgende Referenzprojekte des Bieters oder eines Mitgliedes der Bietergemeinschaft anzugeben.

Die angegebenen Referenzprojekte müssen im Zeitraum der letzten 5 Jahre ausgeführt worden sein (Stichtag ist der Tag der Angebotsabgabe) und sind unternehmensbezogen.

Der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft muss in den Referenzprojekten als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein."

Konkret waren zwei näher bezeichnete Referenzprojekte für Bauleistungen für Neubau und/oder Sanierung eines Tunnels des hochrangigen Straßennetzes und zwei näher bezeichnete Referenzprojekte für Leistungen der Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen für Neubau oder Sanierung eines Tunnels des hochrangigen Straßennetzes nachzuweisen.

In diesem Vergabeverfahren legten unter anderem die beschwerdeführende Bietergemeinschaft sowie die drittmittelbeteiligte Bietergemeinschaft Angebote.

Am 31. Juli 2007 erfolgte seitens der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der drittmittelbeteiligten Bietergemeinschaft.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 3. Oktober 2007, Zl. N/0077-BVA/13/2007-40, wurde der Antrag der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung mangels Antragslegitimation zurückgewiesen.

Mit hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2007/04/0210, wurde dieser Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Die Aufhebung stützte sich im Wesentlichen darauf, dass sich die belangte Behörde im Hinblick auf die (von ihr angenommene fehlende) Befugnis der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft betreffend die Neuerrichtung einer kompletten Lüftungsanlage nicht ausreichend mit den nach den in diesem Erkenntnis näher dargelegten Tatbestandsvoraussetzungen des § 32 Abs. 1 Z. 1 GewO 1994 (Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfange) auseinander gesetzt habe (gemäß § 43 Abs. 2 VwGG wird auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses verwiesen). Mit hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2007/04/0210, wurde dieser Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Die Aufhebung stützte sich im Wesentlichen darauf, dass sich die belangte Behörde im Hinblick auf die (von ihr angenommene fehlende) Befugnis der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft betreffend die Neuerrichtung einer kompletten Lüftungsanlage nicht ausreichend mit den nach den in diesem Erkenntnis näher dargelegten Tatbestandsvoraussetzungen des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO 1994 (Leistungen anderer Gewerbe in geringem Umfange) auseinander gesetzt habe (gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG wird auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses verwiesen).

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 2. Dezember 2010 wurde der Beschwerdeführerin die Zuschlagserteilung der Auftraggeber vom 8. Oktober 2007 an die drittmittelbeteiligte Bietergemeinschaft zur Kenntnis übermittelt.

2. Nachprüfungsverfahren und angefochtener Bescheid:

Mit Schreiben vom 7. Jänner 2011 stellte die Beschwerdeführerin sodann den Antrag, das Bundesvergabeamt wolle feststellen, "dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt" wurde.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dieser Antrag gemäß § 331 BVergG 2006 zurückgewiesen. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dieser Antrag gemäß Paragraph 331, BVergG 2006 zurückgewiesen.

Begründend stellte die belangte Behörde zunächst fest, bei den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Referenzprojekten sei beim ersten Referenzprojekt (Tunnel Steinhaus) das zweite Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft tätig gewesen, bei allen anderen Referenzprojekten seien die Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft nicht tätig gewesen.

Somit erfülle kein weiteres von der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot angegebene Referenzprojekt für Bauleistungen die Erfordernisse der bestandsfest gewordenen Ausschreibung. Aus diesen ergebe sich nämlich, dass der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft in den Referenzprojekten als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein müsse. Lege man den Maßstab des objektiven Erklärungswertes für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt bei der Auslegung des genannten Punktes der bestandsfest gewordenen Ausschreibung an, so könne diese Ausschreibungsbestimmung nur so verstanden werden, dass zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter anderem mindestens zwei Referenzprojekte für Bauleistungen anzugeben gewesen seien, bei denen die Beschwerdeführerin als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein müsste. Diese Betrachtung sei unternehmensbezogen bezogen auf die Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft vorzunehmen. Daher kämen nur Referenzprojekte in Betracht, bei denen entweder das erste oder das zweite Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sei.

Dementsprechend könne ein Referenzprojekt der Beschwerdeführerin (Tunnel Steinhaus) als ausschreibungskonformes Referenzprojekt für Bauleistungen gewertet werden. Jedoch erfülle kein weiteres von der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot angegebenes Referenzprojekt für Bauleistungen die Erfordernisse der bestandsfest gewordenen Ausschreibung.

Daher wäre das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen und

sei die Beschwerdeführerin für den Zuschlag ohnehin nicht in Betracht gekommen. Es könne ihr im Sinne des § 331 Abs. 1 BVergG 2006 somit durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen, weshalb ihr die Antragslegitimation fehle. Daher wäre das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen und sei die Beschwerdeführerin für den Zuschlag ohnehin nicht in Betracht gekommen. Es könne ihr im Sinne des Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 somit durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen, weshalb ihr die Antragslegitimation fehle.

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, fünf Referenzprojekte der Y AG seien zu berücksichtigen gewesen, weil diese mit dem zweiten Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft konzernverbunden sei, verwies die belangte Behörde auf die bestandsfesten Erfordernisse der Ausschreibung, nach welchen eben die Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein mussten.

3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der im Wesentlichen vorgebracht wird, die Zurückweisung des Feststellungsantrages der Beschwerdeführerin verletze diese im Recht auf Sachentscheidung. Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum BVergG 2002 (Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/04/0214) ergebe sich, dass bei der Prüfung der Frage, ob der Bieter eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, "Sache" des Nachprüfungsverfahrens immer die Prüfung der Frage sei, ob der Antragsteller durch eine bestimmte Entscheidung des Auftraggebers in Rechten verletzt worden sei. Diese Frage erfordere ein Eingehen der Vergabekontrollbehörde auf das Antragsvorbringen, was mit der vorliegenden Zurückweisung mangels Antragslegitimation nicht erfolgt sei.

Weiters bringt die Beschwerde vor, die belangte Behörde habe die bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen fehlerhaft ausgelegt. So ergebe sich aus § 76 Abs. 1 BVergG 2006 (in der Fassung BGBl. I Nr. 17/2006), dass sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen könne, wenn dieser nachweise, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stünden. Aus Sicht eines redlichen, durchschnittlich fachkundigen Bieters lasse sich eine Einschränkung dahingehend, dass ausschließlich der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft in den vorgelegten Referenzprojekten hauptverantwortlich tätig gewesen sein müsse, nicht entnehmen. Hätte der Auftraggeber eine solche Einschränkung vornehmen wollen, wäre eine Festlegung dahingehend zu treffen gewesen, dass "nur solche Referenzprojekte anerkannt werden, in denen der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft selbst tätig gewesen sind". Offensichtlich sei daher der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auch durch Subunternehmer zulässig und die These der belangten Behörde widerlegt, dass nur Referenzprojekte zu berücksichtigen seien, in denen der Bieter bzw. das Mitglied einer Bietergemeinschaft selbst tätig geworden sei. Weiters bringt die Beschwerde vor, die belangte Behörde habe die bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen fehlerhaft ausgelegt. So ergebe sich aus Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006 (in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,), dass sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen könne, wenn dieser nachweise, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stünden. Aus Sicht eines redlichen, durchschnittlich fachkundigen Bieters lasse sich eine Einschränkung dahingehend, dass ausschließlich der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft in den vorgelegten Referenzprojekten hauptverantwortlich tätig gewesen sein müsse, nicht entnehmen. Hätte der Auftraggeber eine solche Einschränkung vornehmen wollen, wäre eine Festlegung dahingehend zu treffen gewesen, dass "nur solche Referenzprojekte anerkannt werden, in denen der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft selbst tätig gewesen sind". Offensichtlich sei daher der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auch durch Subunternehmer zulässig und die These der belangten Behörde widerlegt, dass nur Referenzprojekte zu berücksichtigen seien, in denen der Bieter bzw. das Mitglied einer Bietergemeinschaft selbst tätig geworden sei.

Davon ausgehend hätte die belangte Behörde die Referenzprojekte, in denen die mit dem zweiten Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft konzernverbundene Bilfinger Berger AG als Hauptunternehmer bzw. Mitglieder einer ARGE tätig gewesen sei, zu berücksichtigen gehabt.

II.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Zurückweisung des Feststellungsantrages:

1.1. Die belangte Behörde hat die Zurückweisung des vorliegenden Feststellungsantrages im Wesentlichen damit begründet, der Beschwerdeführerin könne im Sinne des § 331 Abs. 1 BVergG 2006 durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen, weil ihr Angebot (gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006) auszuscheiden gewesen wäre. Deshalb fehle ihr zur Stellung des vorliegenden Feststellungsantrages die Antragslegitimation. 1.1. Die belangte Behörde hat die Zurückweisung des vorliegenden Feststellungsantrages im Wesentlichen damit begründet, der Beschwerdeführerin könne im Sinne des Paragraph 331, Absatz eins, BVergG 2006 durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen, weil ihr Angebot (gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) auszuscheiden gewesen wäre. Deshalb fehle ihr zur Stellung des vorliegenden Feststellungsantrages die Antragslegitimation.

1.2. Die insoweit maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG 2006), lauten: 1.2. Die insoweit maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006), lauten:

"Feststellungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dassParagraph 331, (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, ...

...

1. (4)Absatz 4,Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Dies gilt auch, wenn ein Bescheid des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung vom Verfassungsgerichtshof oder vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde und vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen worden ist. ...

Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrags

§ 332. (1) Ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 hat jedenfalls zu enthaltenParagraph 332, (1) Ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder 4 hat jedenfalls zu enthalten:

...

5. Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller,

..."

1.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage des Bundesvergabegesetzes 2002 festgehalten hat, ist seine mittlerweile ständige zur Nachprüfung von Zuschlagsentscheidungen ergangene Rechtsprechung, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt und bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet ist, bei der Beurteilung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuscheiden gewesen wäre, auch für andere Nachprüfungsanträge maßgebend, wenn für den diesbezüglichen Antrag ein Schaden des

Antragstellers Voraussetzung ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2006/04/0037, zur Nachprüfung eines Widerrufs mit Verweis auf die hg. Erkenntnisse vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0095, vom 27. Mai 2009, Zl. 2008/04/0041, und vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0240, unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller). 1.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits zur Rechtslage des Bundesvergabegesetzes 2002 festgehalten hat, ist seine mittlerweile ständige zur Nachprüfung von Zuschlagsentscheidungen ergangene Rechtsprechung, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt und bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei verpflichtet ist, bei der Beurteilung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, auch für andere Nachprüfungsanträge maßgebend, wenn für den diesbezüglichen Antrag ein Schaden des Antragstellers Voraussetzung ist (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2010, Zl. 2006/04/0037, zur Nachprüfung eines Widerrufs mit Verweis auf die hg. Erkenntnisse vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0095, vom 27. Mai 2009, Zl. 2008/04/0041, und vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0240, unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller).

Vorliegend handelt es sich um einen Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 4 BVergG 2006 für den jedoch wie für sonstige Feststellungsanträge nach § 331 BVergG 2006 auch das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung ist. Vorliegend handelt es sich um einen Feststellungsantrag gemäß Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 für den jedoch wie für sonstige Feststellungsanträge nach Paragraph 331, BVergG 2006 auch das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung ist.

Dies ergibt sich bereits aus § 332 Abs. 1 Z. 5 BVergG 2006, wonach ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 jedenfalls Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten hat. Dies ergibt sich bereits aus Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006, wonach ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, 2, oder 4 jedenfalls Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller zu enthalten hat.

Entgegen der alten Rechtslage "kippt" das Nachprüfungsverfahren nämlich nicht ex lege in ein Feststellungsverfahren, sondern erfordert einen neuerlichen Feststellungsantrag, für den die Formvorschriften des § 332 Abs. 1 BVergG 2006 gelten (vgl. Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz. 2085 und 2086; vgl. zur alten Rechtslage des § 175 Abs. 2 BVergG 2002 noch das hg. Erkenntnis vom 26. November 2010, Zl. 2007/04/0162, wonach gemäß dieser Bestimmung der ursprüngliche Nachprüfungsantrag ex lege lediglich in einen Feststellungsantrag modifiziert wurde). Auch im Falle eines Antrages nach § 331 Abs. 4 BVergG 2006 müssen daher die Antragsvoraussetzungen des Interesses am Vertragsabschluss sowie des eingetretenen oder drohenden Schadens vorliegen. Entgegen der alten Rechtslage "kippt" das Nachprüfungsverfahren nämlich nicht ex lege in ein Feststellungsverfahren, sondern erfordert einen neuerlichen Feststellungsantrag, für den die Formvorschriften des Paragraph 332, Absatz eins, BVergG 2006 gelten (vergleiche, Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz. 2085 und 2086; vergleiche, zur alten Rechtslage des Paragraph 175, Absatz 2, BVergG 2002 noch das hg. Erkenntnis vom 26. November 2010, Zl. 2007/04/0162, wonach gemäß dieser Bestimmung der ursprüngliche Nachprüfungsantrag ex lege lediglich in einen Feststellungsantrag modifiziert wurde). Auch im Falle eines Antrages nach Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006 müssen daher die Antragsvoraussetzungen des Interesses am Vertragsabschluss sowie des eingetretenen oder drohenden Schadens vorliegen.

Daher hat die belangte Behörde im Beschwerdefall zu Recht die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschneiden gewesen wäre, im Rahmen der Antragslegitimation für den vorliegenden Feststellungsantrag beurteilt.

2. Zu den vorzulegenden Referenzprojekten:

In dieser Hinsicht ist die belangte Behörde davon ausgegangen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 (ausgehend von der Einleitung des Vergabeverfahrens noch in der Stammfassung BGBl. I Nr. 17) auszuschneiden gewesen wäre, weil die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Referenzprojekte die Erfordernisse der bestandsfesten Ausschreibung nicht erfüllten. In dieser Hinsicht ist die belangte Behörde davon ausgegangen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006

(ausgehend von der Einleitung des Vergabeverfahrens noch in der Stamfassung Bundesgesetzblatt , I Nr. 17) auszuscheiden gewesen wäre, weil die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Referenzprojekte die Erfordernisse der bestandsfesten Ausschreibung nicht erfüllten.

Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern auszuscheiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Gemäß Z. 7 dieser Bestimmung sind unter anderem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote von Bietern auszuscheiden, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Gemäß Ziffer 7, dieser Bestimmung sind unter anderem den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden.

Sachverhaltsmäßig ist unstrittig, dass von der Beschwerdeführerin lediglich ein Referenzprojekt vorgelegt wurde, bei dem das zweite Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen ist. Die Beschwerde bringt zu den übrigen Referenzprojekten vor, hier wäre zu berücksichtigen gewesen, dass die mit dem zweiten Mitglied der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft konzernverbundene Y AG als Hauptunternehmer bzw. Mitglied einer ARGE tätig gewesen sei.

Zu diesem Vorbringen ist der Beschwerde jedoch entgegenzuhalten, dass die Auslegung der vorliegenden Ausschreibung durch die belangte Behörde, wonach es erforderlich sei, dass die Mitglieder der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft im Rahmen der vorgelegten Referenzprojekte selbst als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein müssen, nicht als rechtswidrig zu erkennen ist.

So heißt es in den (oben wiedergegebenen) Festlegungen der vorliegenden Ausschreibung ausdrücklich, dass der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft in den Referenzprojekten als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein muss.

Es trifft nun zwar zu, dass sich, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, Unternehmer gemäß § 76 Abs. 1 BVergG 2006 auch auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen können. Dies ändert jedoch nichts an den insoweit eindeutigen Festlegungen der vorliegenden Ausschreibung, wonach im Hinblick auf die Referenzprojekte gefordert wird, dass der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft selbst als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein musste. Es trifft nun zwar zu, dass sich, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, Unternehmer gemäß Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006 auch auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen können. Dies ändert jedoch nichts an den insoweit eindeutigen Festlegungen der vorliegenden Ausschreibung, wonach im Hinblick auf die Referenzprojekte gefordert wird, dass der Bieter oder das Mitglied der Bietergemeinschaft selbst als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein musste.

3. Da somit der Inhalt der vorliegenden Beschwerde erkennen lässt, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war diese gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen. 3. Da somit der Inhalt der vorliegenden Beschwerde erkennen lässt, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war diese gemäß Paragraph 35, Absatz eins, VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

4. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, zumal bereits vor der belangten Behörde - einem Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK bzw. einem Gericht im Sinne des Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (vgl. zur Charta den hg. Beschluss vom 30. September 2010, Zl. 2010/03/0051) - eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. 4. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden, zumal bereits vor der belangten Behörde - einem Tribunal im Sinne des Artikel 6, EMRK bzw. einem Gericht im Sinne des Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vergleiche , zur Charta den hg. Beschluss vom 30. September 2010, Zl. 2010/03/0051) - eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat.

Wien, am 12. Mai 2011

Gerichtsentscheidung

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2011040043.X00

Im RIS seit

24.06.2011

Zuletzt aktualisiert am

07.04.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at