

TE Vwgh Erkenntnis 2009/11/11 2009/04/0203

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.11.2009

Index

E6j;

L72005 Beschaffung Vergabe Salzburg;

001 Verwaltungsrecht allgemein;

40/01 Verwaltungsverfahren;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

61998CJ0176 Holst Italia VORAB;

AVG §13a;

BVergG 2006 §126;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z2;

BVergG 2006 §129;

BVergG 2006 §69 Z1;

BVergG 2006 §75 Abs6 Z5;

BVergG 2006 §75;

BVergG 2006 §76 Abs1;

LVergKG Slbg 2007 §18 Abs1;

LVergKG Slbg 2007 §18 Abs3;

VwRallg;

1. AVG § 13a heute

2. AVG § 13a gültig ab 01.02.1991

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 69 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 76 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 76 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

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. Marzi, über die Beschwerde der K Ges.m.b.H. in Z, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Salzburg vom 2. Juni 2009, Zl. 20001-SVKS/65/9-2009, betreffend Zurückweisung eines Nachprüfungsantrages (mitbeteiligte Partei: Stadtgemeinde Z in Z) zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Salzburg Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) hat am 11. Februar 2009 Straßenbauarbeiten im Rahmen eines offenen Verfahrens nach vorheriger Bekanntmachung unter Zugrundelegung des Billigstbieterprinzips ausgeschrieben und als Ende der Angebotsfrist den 12. März 2009, 10.00 Uhr, festgelegt. Mit Schreiben vom 21. April 2009 hat die Auftraggeberin das Angebot der Beschwerdeführerin ausgeschieden und dies (abgesehen von Hinweisen auf die "problematische" Zuverlässigkeit und Preisspekulation) mit dem Fehlen der technischen Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin begründet. Letztere habe im Zeitpunkt der Angebotslegung nicht über alle erforderlichen Baugeräte für die ausgeschrieben Arbeiten, vor allem die Asphaltierungsarbeiten, verfügt.

Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde den gegen die Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin eingebrachten Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Als Rechtsgrundlagen hat sie die §§ 2, 14 und 18 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 sowie das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) angeführt. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde den gegen die Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin eingebrachten Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Als Rechtsgrundlagen hat sie die Paragraphen 2, 14 und 18 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 sowie das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) angeführt.

In der Begründung stellte die belangte Behörde nach zusammenfassender Wiedergabe des Vergabeverfahrens fest, in der Ausschreibung sei vorgesehen, dass die Hauptarbeiten und die Asphaltierungsarbeiten vom Auftragnehmer selbst, d.h. nicht von einem Subunternehmer, ausgeführt werden müssten. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit werde auf Seite 12 der (im Akt auszugsweise enthaltenen) Ausschreibung "eine Erklärung" verlangt, aus der hervorgehe, über welche Ausstattungen, Baugeräte und technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages "verfügen wird". Nach der Angebotsöffnung sei die Beschwerdeführerin von der Auftraggeberin mit E-Mail vom 13. März 2009 aufgefordert worden, innerhalb gesetzter Frist die in der Ausschreibung geforderten Nachweise u.a. betreffend die technische Leistungsfähigkeit nachzureichen. Da die Beschwerdeführerin die geforderten Unterlagen nicht im verlangten Umfang vorgelegt habe, sei sie mit Schreiben vom 25. März 2009 neuerlich zur Vorlage von Nachweisen dafür, dass u.a. die erforderliche technische Ausstattung für Asphaltierungsarbeiten vorhanden sei, aufgefordert worden. Schließlich sei der Beschwerdeführerin mit einer letztmaligen Aufforderung vom 3. April 2009 aufgetragen worden, bis 14. April 2009 eine Bescheinigung darüber vorzulegen, dass (u.a.) die erforderliche technische Ausstattung für Asphaltierungsarbeiten vorhanden sei, zumal dies aus den von der Beschwerdeführerin bis dahin übermittelten Auszügen nicht ersichtlich sei.

Mit Schreiben vom 13. April 2009 habe die Beschwerdeführerin der Auftraggeberin mitgeteilt, dass sie zwei näher genannte Maschinen zur Asphaltfertigung mieten oder kaufen werde und zum Nachweis dafür die Bestätigung des P. Baugeräteverleihers vom 10. April 2009 angeschlossen. Diese (aus dem Akt ersichtliche) Bestätigung habe folgenden Inhalt:

"Sehr geehrter Herr Ing. M.,

bezugnehmend auf unsere Besprechungen betreffend Straßenfertiger bestätige ich Ihnen, dass wir für Ihr Bauvorhaben 'Straßenbauarbeiten 2009 für die Stadtgemeinde Z' die erforderlichen Geräte für die Asphaltierungsarbeiten zur Verfügung stellen können. Wir arbeiten hier mit der Firma A.Baumaschinen (Vertretung A C, D) bzw der Firma D selbst zusammen. Gemäß Besprechung mit deren Herren A. bzw P. können Sie diese Maschinen sowohl mieten als auch kaufen (aufgrund der derzeitigen wirtschaftlichen Lage sind zahlreiche Maschinen auf Lager, sofortige Auslieferungen kein Problem), es ist auch möglich, dass ein momentaner Kaufpreis vereinbart, jedoch vorerst gemietet wird und optional das jeweilige Gerät dann später mit entsprechender Anrechnung der Miete auf den vereinbarten Kaufpreis mit dem Restwert übernommen wird.

D schlägt hier für Sie den Gehsteigfertiger F5CS sowie zum Asphaltieren der Straßen den Radfertiger F1214W oder alternativ den DF115P/D von X vor - siehe dazu anbei die technischen Daten. Weiters finden Sie in der Anlage noch eine Übersicht der weiteren Geräte von D/X.D schlägt hier für Sie den Gehsteigfertiger F5CS sowie zum Asphaltieren der Straßen den Radfertiger F1214W oder alternativ den DF115P/D von römisch zehn vor - siehe dazu anbei die technischen Daten. Weiters finden Sie in der Anlage noch eine Übersicht der weiteren Geräte von D/X.

Wir erwarten gerne Ihre Aufträge und sichern Ihnen im Auftragsfall eine ordnungsgemäße Abwicklung zu."

In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde davon aus, dass der Auftragnehmer die Asphaltierungsarbeiten selbst durchzuführen habe und daher über die entsprechende technische Ausrüstung verfügen müsse. Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit sei gemäß § 69 Z. 1 BVergG 2006 der Zeitpunkt der Angebotsöffnung, im gegenständlichen Fall daher der 12. März 2009. Zwar dürfe sich der Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit gemäß § 76 Abs. 1 BVergG 2006 auch auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. Er müsse in diesem Fall jedoch den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stünden. Daher wäre, so die Schlussfolgerung der belangten Behörde, die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen, bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die verbindliche schriftliche Bestätigung des P. Baugeräteverleihs bezüglich der Zurverfügungstellung der erforderlichen Geräte für die Asphaltierungsarbeiten und die schriftliche Zusicherung dieser Firma für die ordnungsgemäße Abwicklung vorzulegen. Dem habe die Beschwerdeführerin nach Ansicht der belangten Behörde nicht entsprochen, weil sie einerseits die Bestätigung des Baugeräteverleihers erst nach der Angebotsöffnung vorgelegt habe und weil sich andererseits aus dieser Bestätigung lediglich ergebe, dass die Beschwerdeführerin die zwei Maschinen zur Asphaltfertigung erst "mieten oder kaufen werde, womit nochmals zum Ausdruck gebracht wird, dass die (Beschwerdeführerin) nicht selbst über die erforderlichen Geräte verfügt und daher zur Leistungserbringung einen anderen Unternehmer benötigt." Das Fehlen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit stelle im gegenständlichen Fall einen nicht behebbaren Mangel dar, sodass die Auftraggeberin das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß § 129 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 zutreffend ausgeschieden habe. Als zu Recht ausgeschiedener Bieterin fehle der Beschwerdeführerin aber nach Ansicht der belangten Behörde die Legitimation für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag, sodass dieser zurückzuweisen gewesen sei. In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde davon aus, dass der Auftragnehmer die Asphaltierungsarbeiten selbst durchzuführen habe und daher über die entsprechende technische Ausrüstung verfügen müsse. Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit sei gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 der Zeitpunkt der Angebotsöffnung, im gegenständlichen Fall daher der 12. März 2009. Zwar dürfe sich der Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006 auch auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. Er müsse in diesem Fall jedoch den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stünden. Daher wäre, so die Schlussfolgerung der belangten Behörde, die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen, bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die verbindliche schriftliche Bestätigung des P. Baugeräteverleihs bezüglich

der Zurverfügungstellung der erforderlichen Geräte für die Asphaltierungsarbeiten und die schriftliche Zusicherung dieser Firma für die ordnungsgemäße Abwicklung vorzulegen. Dem habe die Beschwerdeführerin nach Ansicht der belangten Behörde nicht entsprochen, weil sie einerseits die Bestätigung des Baugeräteverleihers erst nach der Angebotsöffnung vorgelegt habe und weil sich andererseits aus dieser Bestätigung lediglich ergebe, dass die Beschwerdeführerin die zwei Maschinen zur Asphaltfertigung erst "mieten oder kaufen werde, womit nochmals zum Ausdruck gebracht wird, dass die (Beschwerdeführerin) nicht selbst über die erforderlichen Geräte verfügt und daher zur Leistungserbringung einen anderen Unternehmer benötigt." Das Fehlen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit stelle im gegenständlichen Fall einen nicht behebbaren Mangel dar, sodass die Auftraggeberin das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zutreffend ausgeschieden habe. Als zu Recht ausgeschiedener Bieterin fehle der Beschwerdeführerin aber nach Ansicht der belangten Behörde die Legitimation für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag, sodass dieser zurückzuweisen gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet hat.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die maßgebenden Bestimmungen des BVergG 2006 lauten:

"Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 69. Unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens Paragraph 69, Unbeschadet der Regelung des Paragraph 20, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,

...

vorliegen.

Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

§ 70. (1) Der Auftraggeber kann von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihreParagraph 70, (1) Der Auftraggeber kann von Unternehmern, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, Nachweise darüber verlangen, dass ihre

...

4. technische Leistungsfähigkeit

gegeben ist.

1. (2) Absatz 2, Nachweise dürfen vom Unternehmer nur so weit verlangt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

...

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 75. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.Paragraph 75, (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 4, kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Absatz 5, bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Absatz 5, bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

...

1. (6) Absatz 6, Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Bauaufträgen verlangt werden:

...

5. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;

...

Nachweis der Leistungsfähigkeit durch andere Unternehmer und in Bieter- und Arbeitsgemeinschaften

§ 76. (1) Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Paragraph 76, (1) Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

1. (2) Absatz 2, Unter den gleichen Voraussetzungen können sich auch Bieter- und Arbeitsgemeinschaften auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder oder anderer Unternehmer stützen.

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;

..."

Das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 (S.VKG 2007) lautet

auszugsweise:

"§ 18 (1) Der Vergabekontrollsenat hat auf Antrag oder, wenn er dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

1. (2) Absatz 2, Soweit dem Art 6 EMRK nicht entgegensteht, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn
Soweit dem Artikel 6, EMRK nicht entgegensteht, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn
 1. 1. Ziffer eins
der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist;
 2. 2. Ziffer 2
ein sonstiger verfahrensrechtlicher Bescheid zu erlassen ist oder
 3. bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.
2. (3) Absatz 3, Der Antragsteller hat die Durchführung einer Verhandlung im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag zu beantragen. Dem Auftraggeber sowie etwaigen Antragsgegnern ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, eine Woche nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien wirksam zurückgezogen werden.

..."

Die Beschwerde rügt zunächst, dass die belangte Behörde durch die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages eine Sachentscheidung zu Unrecht verweigert habe.

Wie dargestellt, war Gegenstand des an die belangte Behörde gerichteten Nachprüfungsantrages die Entscheidung der Auftraggeberin vom 21. April 2009, das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschneiden. Die Rechtmäßigkeit dieser Auftraggeberentscheidung war somit die Hauptfrage und nicht bloß Vorfrage des Nachprüfungsverfahrens (insoweit daher nicht vergleichbar die im angefochtenen Bescheid zitierten Erkenntnisse vom 28. März 2007, ZI. 2005/04/0200, und vom 26. Juli 2007, ZI. 2003/04/0074). Legt man die Annahme der belangten Behörde zugrunde, die Ausscheidung der Beschwerdeführerin sei rechtmäßig gewesen, so wäre der Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin, wie diese zutreffend einwendet, abzuweisen und nicht zurückzuweisen gewesen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 25. Juni 2003, ZI. 2001/04/0202, und vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/04/0103). Dieser Fehler alleine führt aber im gegenständlichen Fall noch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides, zeigt doch die wiedergegebene Begründung dieses Bescheides, dass sich die belangte Behörde mit den Argumenten der Beschwerdeführerin gegen die Ausscheidung ihres Angebotes ohnedies inhaltlich auseinander gesetzt hat, sodass im Vergreifen bei der Wortwahl (Zurückweisung statt Abweisung des Nachprüfungsantrages) noch keine Rechtsverletzung der Beschwerdeführerin zu erkennen ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Oktober 2008, ZI. 2005/04/0233).

Wie dargestellt, war Gegenstand des an die belangte Behörde gerichteten Nachprüfungsantrages die Entscheidung der Auftraggeberin vom 21. April 2009, das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschneiden. Die Rechtmäßigkeit dieser Auftraggeberentscheidung war somit die Hauptfrage und nicht bloß Vorfrage des Nachprüfungsverfahrens (insoweit daher nicht vergleichbar die im angefochtenen Bescheid zitierten Erkenntnisse vom 28. März 2007, ZI. 2005/04/0200, und vom 26. Juli 2007, ZI. 2003/04/0074). Legt man die Annahme der belangten Behörde zugrunde, die Ausscheidung der Beschwerdeführerin sei rechtmäßig gewesen, so wäre der Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin, wie diese zutreffend einwendet, abzuweisen und nicht zurückzuweisen gewesen vergleiche , die hg. Erkenntnisse vom 25. Juni 2003, ZI. 2001/04/0202, und vom 23. Mai 2007, ZI. 2005/04/0103). Dieser Fehler alleine führt aber im gegenständlichen Fall noch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides, zeigt doch die wiedergegebene Begründung dieses Bescheides, dass sich die belangte Behörde mit den Argumenten der Beschwerdeführerin gegen die Ausscheidung ihres Angebotes ohnedies inhaltlich auseinander gesetzt hat, sodass im Vergreifen bei der Wortwahl (Zurückweisung statt Abweisung des Nachprüfungsantrages) noch keine Rechtsverletzung der Beschwerdeführerin zu erkennen ist vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 1. Oktober 2008, ZI. 2005/04/0233).

Wenn die Beschwerde weiters einwendet, dass im angefochtenen Bescheid über weitere Anträge der Beschwerdeführerin nicht abgesprochen worden sei, so vermag sie damit - im Rahmen der gegenständlichen Bescheidbeschwerde - eine Rechtswidrigkeit nicht darzutun.

Nicht zielführend ist auch das Argument der Beschwerde, der angefochtene Bescheid leide deshalb unter einem Verfahrensmangel, weil die belangte Behörde eine mündliche Verhandlung hätte durchführen müssen. Wie nämlich schon die Beschwerde einräumt (und durch die Aktenlage bestätigt ist), hat es die Beschwerdeführerin unterlassen, rechtzeitig einen entsprechenden Antrag (§ 18 Abs. 3 erster Satz Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 verlangt einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung schon im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag) zu stellen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe den Nachprüfungsantrag ohne Rechtsbeistand eingebracht und hätte hinsichtlich des Antrages auf Durchführung einer Verhandlung manuduziert werden müssen, ist schon deshalb nicht zielführend, weil nach dem Einlangen des (mit E-mail eingebrachten) Nachprüfungsantrages auch eine entsprechende Belehrung am Fehlen des Antrages auf Durchführung einer Verhandlung nichts mehr hätte ändern können (vgl. dazu auch Hengstschläger/Leeb, AVG, Rz 10 zu § 13a). Nicht zielführend ist auch das Argument der Beschwerde, der angefochtene Bescheid leide deshalb unter einem Verfahrensmangel, weil die belangte Behörde eine mündliche Verhandlung hätte durchführen müssen. Wie nämlich schon die Beschwerde einräumt (und durch die Aktenlage bestätigt ist), hat es die Beschwerdeführerin unterlassen, rechtzeitig einen entsprechenden Antrag (Paragraph 18, Absatz 3, erster Satz Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 verlangt einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung schon im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag) zu stellen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe den Nachprüfungsantrag ohne Rechtsbeistand eingebracht und hätte hinsichtlich des Antrages auf Durchführung einer Verhandlung manuduziert werden müssen, ist schon deshalb nicht zielführend, weil nach dem Einlangen des (mit E-mail eingebrachten) Nachprüfungsantrages auch eine entsprechende Belehrung am Fehlen des Antrages auf Durchführung einer Verhandlung nichts mehr hätte ändern können vergleiche , dazu auch Hengstschläger/Leeb, AVG, Rz 10 zu Paragraph 13 a.).

Die Beschwerde wendet sich weiters gegen die Annahme der belangten Behörde, im gegenständlichen Fall liege ein

unbehebbarer, zur Ausscheidung des Angebotes führender Mangel vor. Die Beschwerdeführerin verweist dazu auf ihr im angefochtenen Bescheid wiedergegebenes Vorbringen, wonach sie durch die Vorlage der oben zitierten Bestätigung des P. Baugeräteverleihers vom 10. April 2009 die technische Leistungsfähigkeit ordnungsgemäß nachgewiesen habe.

Wie bereits dargestellt, hat die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid im Wesentlichen damit begründet, dass dem Angebot der Beschwerdeführerin ein Mangel anhafte - nach Ansicht der belangten Behörde sei die schriftliche Bestätigung des Baugeräteverleihers über das Zurverfügungstellen der notwendigen Maschinen einerseits nicht ausreichend und andererseits verspätet beigebracht worden - und dieser Mangel unbehebbar sei.

Was zunächst das Argument der belangten Behörde anlangt, die schriftliche Bestätigung vom 10. April 2009 sei - von ihrem Inhalt her - nicht geeignet, die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen (weil die Beschwerdeführerin dadurch noch "nicht selbst über die erforderlichen Geräte verfügt", sondern die zwei Maschinen zur Asphaltfertigung erst mieten oder kaufen werde), so ist auf Folgendes hinzuweisen:

Nach dem mit § 75 Abs. 6 Z 5 BVergG 2006 übereinstimmenden Wortlaut der (im Akt befindlichen) Ausschreibung ist die technische Leistungsfähigkeit durch "eine Erklärung" nachzuweisen, aus der hervorgeht, über welche Ausstattungen, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung "verfügen wird". Demnach ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin nicht schon im hier maßgebenden Zeitpunkt tatsächlich über die Geräte verfügen musste, sondern (bloß) einen Nachweis (§ 76 Abs. 1 BVergG 2006) vorzulegen hatte, dass sie sich bei der Ausführung des Auftrages der entsprechenden Maschinen werde bedienen können. In diesem Sinne hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Urteil "Holst Italia" vom 2. Dezember 1999, Rs C-176/98, ausgesprochen, es stehe dem Bieter frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er "in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird" (Rn 27) und dass der Auftraggeber sich Gewissheit verschaffen müsse, dass dem Bieter "während des Auftragszeitraumes" tatsächlich die Mittel aller Art zu Gebote stehen, auf die er sich beruft (Rn 28). Das nationale Gericht habe die Erheblichkeit der zu diesem Zweck vorgelegten Beweiselemente zu beurteilen, dürfe dabei aber bestimmte Beweismittel nicht von vornherein ausschließen (Rn 30). Nach dem mit Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 5, BVergG 2006 übereinstimmenden Wortlaut der (im Akt befindlichen) Ausschreibung ist die technische Leistungsfähigkeit durch "eine Erklärung" nachzuweisen, aus der hervorgeht, über welche Ausstattungen, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung "verfügen wird". Demnach ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin nicht schon im hier maßgebenden Zeitpunkt tatsächlich über die Geräte verfügen musste, sondern (bloß) einen Nachweis (Paragraph 76, Absatz eins, BVergG 2006) vorzulegen hatte, dass sie sich bei der Ausführung des Auftrages der entsprechenden Maschinen werde bedienen können. In diesem Sinne hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Urteil "Holst Italia" vom 2. Dezember 1999, Rs C-176/98, ausgesprochen, es stehe dem Bieter frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er "in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird" (Rn 27) und dass der Auftraggeber sich Gewissheit verschaffen müsse, dass dem Bieter "während des Auftragszeitraumes" tatsächlich die Mittel aller Art zu Gebote stehen, auf die er sich beruft (Rn 28). Das nationale Gericht habe die Erheblichkeit der zu diesem Zweck vorgelegten Beweiselemente zu beurteilen, dürfe dabei aber bestimmte Beweismittel nicht von vornherein ausschließen (Rn 30).

Der Nachweis, dass dem Bieter von einem Dritten die technischen Mittel während des Auftragszeitraumes zur Verfügung gestellt werden, erfordert einerseits den Nachweis, dass diese Mittel beim Dritten tatsächlich verfügbar sind und andererseits, dass der Dritte sie der Verfügungsgewalt des Bieters überlassen werde. Letzteres kann durch eine bereits geschlossene Vereinbarung, einen Rahmenvertrag oder etwa durch ein Optionsrecht nachgewiesen werden (vgl. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 9f. zu § 76). Der Nachweis, dass dem Bieter von einem Dritten die technischen Mittel während des Auftragszeitraumes zur Verfügung gestellt werden, erfordert einerseits den Nachweis, dass diese Mittel beim Dritten tatsächlich verfügbar sind und andererseits, dass der Dritte sie der Verfügungsgewalt des Bieters überlassen werde. Letzteres kann durch eine bereits geschlossene Vereinbarung, einen Rahmenvertrag oder etwa durch ein Optionsrecht nachgewiesen werden vergleiche , Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 9f. zu Paragraph 76.).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde nicht bezweifelt, dass der P. Baugeräteverleiher über die in Rede stehenden Maschinen zur Asphaltfertigung tatsächlich verfügt. Durch die oben zitierte Bestätigung vom 10. April 2009 ist im Sinne des Gesagten aber auch nachgewiesen, dass der P. Baugeräteverleiher der Beschwerdeführerin diese Maschinen im Auftragsfall überlassen werde, wurde dies doch im letzten Satz des genannten Bestätigungsschreibens

ausdrücklich "zugesichert".

Zutreffend ist allerdings das weitere Argument der belangten Behörde, wonach die Bestätigung vom 10. April 2009 - in zeitlicher Hinsicht - nicht mehr ausreichte, die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen, weil auf den Zeitpunkt der Angebotsöffnung (das war gegenständlich der 12. März 2009) abzustellen sei:

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss (unbeschadet der hier nicht relevanten Regelung des § 20 Abs. 1) beim offenen Verfahren (u.a.) die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Wird diese Bestimmung nicht erfüllt und haftet daher dem Angebot ein Mangel an, so ist zu unterscheiden, ob im genannten Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit - als solche - fehlt (in diesem Fall läge ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis der - im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden - Leistungsfähigkeit mangelt (dabei handelte es sich um einen behebbaren Mangel; vgl. zur Abgrenzung behebbarer und unbehebbarer Mängel das Erkenntnis vom 3. September 2008, Zl. 2007/04/0017, und die dort dargestellte Vorjudikatur). Gemäß Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 muss (unbeschadet der hier nicht relevanten Regelung des Paragraph 20, Absatz eins,) beim offenen Verfahren (u.a.) die Leistungsfähigkeit spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Wird diese Bestimmung nicht erfüllt und haftet daher dem Angebot ein Mangel an, so ist zu unterscheiden, ob im genannten Zeitpunkt die Leistungsfähigkeit - als solche - fehlt (in diesem Fall läge ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis der - im maßgeblichen Zeitpunkt an sich bereits bestehenden - Leistungsfähigkeit mangelt (dabei handelte es sich um einen behebbaren Mangel; vergleiche , zur Abgrenzung behebbarer und unbehebbarer Mängel das Erkenntnis vom 3. September 2008, Zl. 2007/04/0017, und die dort dargestellte Vorjudikatur).

Die Beschwerde verweist in diesem Zusammenhang auf folgende Bestimmung der bestandfesten Ausschreibung:

"Eine Nichtvorlage dieser Unterlagen bei Angebotsöffnung führt nicht zwangsläufig zur Ausscheidung, wenn diese binnen gesetzter Frist nachgereicht werden".

Aus dieser Bestimmung ist für die Beschwerdeführerin aber nur zu gewinnen, dass die "Nichtvorlage dieser Unterlagen", im konkreten Fall also die Nichtvorlage des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit, verbesserungsfähig war, was sich aber (auch ohne die genannte Bestimmung der Ausschreibung) schon aus der zitierten Judikatur ergibt. Soweit es daher lediglich um den Nachweis der Leistungsfähigkeit geht, kam der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu, denselben innerhalb der ihr gesetzten Frist nachzureichen, wovon sie, wie dargestellt, Gebrauch gemacht hat.

Damit ist aber noch nicht beantwortet, ob die nachgereichte Unterlage (hier: die Bestätigung des P. Baugeräteverleihers vom 10. April 2009) auch ausreichte, um die Erfüllung der Voraussetzung des § 69 Z 1 BVergG 2006 nachzuweisen, nämlich dass die technische Leistungsfähigkeit schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorlag. Nur wenn die Auftraggeberin aufgrund der ihr von der Beschwerdeführerin übermittelten Unterlagen davon ausgehen konnte, dass die Beschwerdeführerin die technische Leistungsfähigkeit schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung besaß (ihr also schon am 12. März 2009 die Verfügung über die nötigen Maschinen im Sinne des oben Gesagten zugesichert war), wäre die Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin rechtswidrig. Anhaltspunkte dafür lassen sich aber aus der zitierten Bestätigung vom 10. April 2009 nicht entnehmen. Damit ist aber noch nicht beantwortet, ob die nachgereichte Unterlage (hier: die Bestätigung des P. Baugeräteverleihers vom 10. April 2009) auch ausreichte, um die Erfüllung der Voraussetzung des Paragraph 69, Ziffer eins, BVergG 2006 nachzuweisen, nämlich dass die technische Leistungsfähigkeit schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorlag. Nur wenn die Auftraggeberin aufgrund der ihr von der Beschwerdeführerin übermittelten Unterlagen davon ausgehen konnte, dass die Beschwerdeführerin die technische Leistungsfähigkeit schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung besaß (ihr also schon am 12. März 2009 die Verfügung über die nötigen Maschinen im Sinne des oben Gesagten zugesichert war), wäre die Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin rechtswidrig. Anhaltspunkte dafür lassen sich aber aus der zitierten Bestätigung vom 10. April 2009 nicht entnehmen.

Damit ergibt sich zusammenfassend, dass die Auftraggeberin trotz der ihr vorgelegten Bestätigung des P. Baugeräteverleihers vom 10. April 2009 nicht annehmen konnte, die Beschwerdeführerin habe bereits im entscheidenden Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die technische Leistungsfähigkeit verfügt, sodass sie das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden hatte. Der belangten Behörde kann daher nicht entgegen getreten werden, wenn sie dem Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin mit dem angefochtenen Bescheid nicht stattgegeben hat. Damit ergibt sich zusammenfassend, dass die Auftraggeberin trotz der

ihr vorgelegten Bestätigung des P. Baugeräteverleihers vom 10. April 2009 nicht annehmen konnte, die Beschwerdeführerin habe bereits im entscheidenden Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die technische Leistungsfähigkeit verfügt, sodass sie das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuschneiden hatte. Der belangten Behörde kann daher nicht entgegen getreten werden, wenn sie dem Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin mit dem angefochtenen Bescheid nicht stattgegeben hat.

Die Beschwerde war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war somit gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit , der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 11. November 2009

Gerichtsentscheidung

EuGH 61998J0176 Holst Italia VORAB

Schlagworte

Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG
Offizialmaxime Mitwirkungspflicht
Manuduktionspflicht
VwRallg10/1/1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2009040203.X00

Im RIS seit

27.12.2009

Zuletzt aktualisiert am

04.11.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at