

TE Vwgh Erkenntnis 2009/5/27 2007/04/0098

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.05.2009

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2006 §108;

BVergG 2006 §68;

BVergG 2006 §70 Abs4;

BVergG 2006 §70;

BVergG 2006 §83;

VwGG §42 Abs2 Z1;

1. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 108 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 108 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 68 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 68 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 68 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 § 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 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

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. Eisner, über die Beschwerde der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) in Wien, vertreten durch Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Am Hof 13, gegen den Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 23. März 2007, Zl. N/0015-BVA/05/2007-32, betreffend Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung und einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: H GmbH in L, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Mariahilfer Straße 1b/17), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinen Spruchpunkten I., II. und IV. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Der angefochtene Bescheid wird in seinen Spruchpunkten römisch eins., römisch zwei. und römisch vier. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 23. März 2007 hat die belangte Behörde über Antrag der mitbeteiligten Partei im Vergabeverfahren der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin betreffend "S 06 Semmering Schnellstraße, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein" die am 15. Februar 2007 erfolgte Ausscheidung des Angebots der Mitbeteiligten (Spruchpunkt I.) und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft G. und S. vom 22. Februar 2007 (Spruchpunkt II.) für nichtig erklärt, den Antrag der Mitbeteiligten auf Nichtigerklärung des am 16. Jänner 2007 erteilten Auftrages zur Vorlage von Urkunden abgewiesen (Spruchpunkt III.) und die Beschwerdeführerin zum Pauschalgebührenersatz verpflichtet (Spruchpunkt IV.). Mit Bescheid vom 23. März 2007 hat die belangte Behörde über Antrag der mitbeteiligten Partei im Vergabeverfahren der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin betreffend "S 06 Semmering Schnellstraße, Fahrbahninstandsetzung und Brückensanierung km 73,70 - km 70,40 RFB Seebenstein" die am 15. Februar 2007 erfolgte Ausscheidung des Angebots der Mitbeteiligten (Spruchpunkt römisch eins.) und die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft G. und S. vom 22. Februar 2007 (Spruchpunkt römisch zwei.) für nichtig erklärt, den Antrag der Mitbeteiligten auf Nichtigerklärung des am 16. Jänner 2007 erteilten Auftrages zur Vorlage von Urkunden abgewiesen (Spruchpunkt römisch drei.) und die Beschwerdeführerin zum Pauschalgebührenersatz verpflichtet (Spruchpunkt römisch vier.).

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - Folgendes aus:

Die gegenständliche Ausschreibung sei am 30. November 2006 veröffentlicht worden. Die Zuschlagskriterien seien der Gesamtpreis mit 95 % und die Verkürzung der Ausführungsdauer mit 5 %.

Im Punkt B.1 der Ausschreibungsunterlagen werde darauf hingewiesen, dass zum Nachweis der Eignung und der Leistungsfähigkeit sowie zur Deklaration der Subunternehmer vom Bieter die gemäß §§ 70, 83 und 108 ff Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17, verlangten Nachweise beizubringen seien. Diese Nachweise seien vom Bieter auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer vorzulegen. Weiters werde auf den Seiten 12 und 13 des Punktes B.1 Folgendes ausgeführt: Im Punkt B.1 der Ausschreibungsunterlagen werde darauf hingewiesen, dass zum Nachweis der Eignung und der Leistungsfähigkeit sowie zur Deklaration der Subunternehmer vom Bieter die gemäß Paragraphen 70, 83 und 108 ff Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt, römisch eins Nr. 17, verlangten Nachweise beizubringen seien. Diese Nachweise seien vom Bieter auch für die allfällig beigezogenen Subunternehmer vorzulegen. Weiters werde auf den Seiten 12 und 13 des Punktes B.1 Folgendes ausgeführt:

"1,304

Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, auftragsbezogen

1,304.1

Eignungskriterien

1,304.1.1

Allgemeines

Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den §§ 70 ff BVergG verlangt. Zur Angebotsabgabe berechtigt und zur Vergabe zugelassen werden nur jene Unternehmen, die über die notwendige Eignung (Mindestqualifikation) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß Paragraph 68, BVergG vorliegt. Zur Überprüfung der Eignung werden vom Bieter bzw. Subunternehmer die nachstehenden Nachweise gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG verlangt.

Das Alter der geforderten Nachweise darf 6 Monate vor Angebotsabgabe nicht überschreiten.

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 4 BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den AG derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz 4, BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise.

...

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 2006 werden vom AG verlangt. Folgende Nachweise gemäß Paragraphen 70, ff BVergG 2006 werden vom AG verlangt.

1,304.1.2 Nachweis der Befugnis gemäß § 71 BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere §§ 69, 70, 71)

1,304.1.2 Nachweis der Befugnis gemäß Paragraph 71, BVergG Nachweiserbringung gem. BVergG (insbesondere Paragraphen 69, 70, 71,)

und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang VII angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang VII genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. §§ 373 c und 373 d GewO 1994, BGBl. Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe § 20 BVergG 2006) ordnungsgemäß beantragt hat. und, dass der Bieter nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes in einem in Anhang römisch sieben angeführten Berufs- oder Handelsregister eingetragen ist oder eine der in Anhang römisch sieben genannten Bescheinigungen oder eidesstattlichen Erklärungen besitzt und erforderlichenfalls einen entsprechenden Anerkennungs- oder Gleichhaltungsbescheid (erforderlichenfalls gem. Paragraphen 373, c und 373 d GewO 1994, Bundesgesetzblatt , Nr. 194, in der jeweils geltenden Fassung usw. (siehe Paragraph 20, BVergG 2006) ordnungsgemäß beantragt hat.

Der Befugnisnachweis eines Subunternehmers ist vom Bieter im Falle einer beabsichtigten Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer in gleicher Weise wie für den Bieter selbst für diese Teilleistungen zu erbringen.

1,304.1.3. Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit gem. § 72 BVergG 1,304.1.3. Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit gem. Paragraph 72, BVergG

1. Nachweis, dass kein Konkursverfahren oder kein gerichtliches Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichendem Vermögen abgewiesen wurde unter Beachtung der Ausnahmebestimmungen des § 68 Abs. 3. 1. Nachweis, dass kein Konkursverfahren oder kein gerichtliches

Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichendem Vermögen abgewiesen wurde unter Beachtung der Ausnahmebestimmungen des Paragraph 68, Absatz 3,

Dieser Nachweis kann entweder durch eine Bestätigung des zuständigen Gerichts, einem Firmenbuchauszug oder einer gleichwertigen Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmens, aus der hervorgeht, dass die Anforderungen erfüllt sind, nachgewiesen werden.

2. Nachweis der zuständigen Sozialversicherungsanstalt über die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, (Bescheinigung, dass keine Beitragsrückstände bestehen oder letztgültiger Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherungsanstalt).

3. Nachweis der zuständigen Behörde über die Zahlung der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind. Hier kann die letztgültige Lastschriftanzeige der zuständigen Finanzbehörde oder ein gleichwertiges Dokument des Herkunftslandes des Unternehmens, aus dem hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind, beigebracht werden.

4. Nachweis, dass gegen die Geschäftsführung kein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, das die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellt. Hier kann eine Strafregisterbescheinigung oder eine gleichwertige Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmens, aus dem hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind, beigebracht werden.

1,304.1.4 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit gem. § 74 BVergG Leistungsfähigkeit gem. Paragraph 74, BVergG

Dieser Nachweis ist zu erbringen durch

1. a) Litera a
eine Bankerklärung (Bonitätsauskunft) sowie
2. b) Litera b
eine Erklärung des Unternehmens über den spartenspezifischen Umsatz betreffend die Ausführung von Bauarbeiten der letzten 3 Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Zeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht, mindestens jedoch 1 Jahr.

1,304.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. § 75 BVergG 1,304.1.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gem. Paragraph 75, BVergG

Eine Erklärung aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird."

Unter "B.8 Erklärung des Bieters" werde u.a. Folgendes ausgeführt:

"8,302 Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen sind innerhalb 7 Kalendertagen als integrierender Bestandteil des Angebotes ('nachträgliche Ausscheidenssanktion'), soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden, nachzureichen:

...

8.3.2.19 Verlangte Nachweise gemäß den §§ 77 BVergG 2006 (Teil B1) 8.3.2.19 Verlangte Nachweise gemäß den Paragraphen 77, BVergG 2006 (Teil B1)

..."

Die Mitbeteiligte habe ein Angebot abgegeben, für das ein Gesamtangebotspreis von EUR 3,858.341,98 verlesen worden sei. Für das Angebot der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft G. und S. sei ein Gesamtangebotspreis von EUR 4,320.789,97 verlesen worden. Die Mitbeteiligte habe als einzige Bieterin eine Bauzeitverkürzung um zehn Tage angeboten. Die Beschwerdeführerin als Auftraggeberin habe die Nettoauftragskosten mit EUR 3,476.000,-- geschätzt.

Die Mitbeteiligte habe mit ihrem Angebot für die sechs namhaft gemachten Subunternehmer keine Nachweise im Sinn des Punktes 1,304, des Punktes B.1 der Ausschreibungsunterlagen beigelegt. Für sie selbst habe sie jedoch einige solche Unterlagen vorgelegt. Im Leistungsverzeichnis habe die Mitbeteiligte bei den Positionen 02039903010 und 02039903020 Verrechnungskoeffizienten von 0,50 angeboten. Das ergebe bei der erstgenannten Position einen Preis von EUR 25.000,-- und bei der zweitgenannten Position einen Preis von EUR 15.000,--.

Im Zuge der Angebotsprüfung sei an die Mitbeteiligte am 16. Jänner 2007 folgende Aufforderung ergangen:

"Bezug nehmend auf die im Betreff genannte Ausschreibung fordern wir Sie gemäß Teil B8 Punkt 8,302 auf, die nachfolgend angeführten Nachweise bis spätestens Montag den 23.01.2007 12:00 Uhr im Baubüro ... abzugeben:

...

8.3.2.19 Verlangte Nachweise gem. den §§ 70 BVergG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und alle Subunternehmer nicht älter als 6 Monate. 8.3.2.19 Verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 70, BVergG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und alle Subunternehmer nicht älter als 6 Monate.

...

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den Auftraggeber derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 52 Abs. 4 BVergG 2002 im Wege des Auftragnehmerkatasters Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise." Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass für den Auftraggeber derzeit die mögliche Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 52, Absatz 4, BVergG 2002 im Wege des Auftragnehmerkatasters Österreich (ANKÖ) als nicht ausreichend qualifiziert wird. Ein Verweis des Bieters auf den ANKÖ zur Nachweiserbringung der Eignung entbindet diesen keinesfalls von der in den Ausschreibungsbestimmungen geforderten tatsächlichen (physischen) Beibringung der erforderlichen Nachweise."

Die Mitbeteiligte habe mit Schreiben vom 22. Jänner 2007 ein umfassendes Unterlagenkonvolut vorgelegt. Zu den verlangten Nachweisen gemäß den §§ 70 ff BVergG 2006 (Teil B1) sei von der Mitbeteiligten ausgeführt worden, dass eine Reihe konkret genannter Urkunden zum Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten vorgelegt würden. Hinsichtlich der Subunternehmer enthalte dieses Schreiben folgenden Satz: Die Mitbeteiligte habe mit Schreiben vom 22. Jänner 2007 ein umfassendes Unterlagenkonvolut vorgelegt. Zu den verlangten Nachweisen gemäß den Paragraphen 70, ff BVergG 2006 (Teil B1) sei von der Mitbeteiligten ausgeführt worden, dass eine Reihe konkret genannter Urkunden zum Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten vorgelegt würden. Hinsichtlich der Subunternehmer enthalte dieses Schreiben folgenden Satz:

"Die Auswahl der Subunternehmer erfolgte lt. den bereits im Zuge der Offenlegung übermittelten ANKÖ-Bestätigungen."

Am 1. Februar 2007 habe bei der vergebenden Stelle ein Bietergespräch stattgefunden. Eingangs sei festgehalten worden, dass der Bieter das Recht habe, zu den Fragen schriftliche Stellungnahmen bis 8. Februar 2007 nachzureichen. Weiters sei darauf hingewiesen worden, dass die Fragen im Bietergespräch für eine allfällige Ausscheidung des Angebots relevant sein könnten. Bei diesem Gespräch sei u.a. folgende Frage gestellt worden:

"Der AG hat mit Schreiben vom 16.01.2007 den Bieter aufgefordert Eignungsnachweise gemäß BVergG 2006 für sich und alle Subunternehmer über ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu erbringen. Mit 23.01.2007 wurden Eignungsnachweise von Unternehmen übermittelt, die nicht in der Subunternehmerliste des Angebots genannt wurden. Vielmehr wurden Eignungsnachweise diverser anderer Unternehmen vorgelegt. Klären sie diesen Umstand auf!"

Weitere Fragen zu nicht vorgelegten Urkunden seien bei diesem Gespräch nicht gestellt worden.

Mit Schreiben vom 6. Februar 2007 habe die Mitbeteiligte festgehalten, dass mit Schreiben vom 22. Jänner 2007 lediglich zum Ausdruck gebracht hätte werden sollen, dass die Mitbeteiligte über weitere Unternehmungen verfüge und zur ordnungsgemäßen Kalkulation mehrere Angebote eingeholt worden wären. Dem Schreiben vom 6. Februar 2007 habe die Mitbeteiligte Eignungsnachweise der ursprünglich namhaft gemachten Subunternehmer beigelegt.

Das mit der Prüfung der Angebote betraute Unternehmen habe eine "Prüfmatrix" angelegt. In dieser und dem darauf aufbauenden Vergabebericht sei festgehalten, dass das Angebot der Mitbeteiligten auszuschneiden sei, weil die Nachweise betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Subunternehmer nicht rechtzeitig vorgelegt

worden seien.

Mit Schreiben vom 12. Februar 2007 habe die Beschwerdeführerin der Mitbeteiligten mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, ihr Angebot auszuscheiden. Begründet wurde dies u. a. unter Hinweis auf § 129 Abs. 2 BVergG 2006 damit, dass geforderte Eignungsnachweise nicht vollständig und fristgerecht übermittelt worden seien. Mit Schreiben vom 12. Februar 2007 habe die Beschwerdeführerin der Mitbeteiligten mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, ihr Angebot auszuscheiden. Begründet wurde dies u. a. unter Hinweis auf Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 damit, dass geforderte Eignungsnachweise nicht vollständig und fristgerecht übermittelt worden seien.

Mit Stellungnahme vom 12. Februar 2007 habe die Mitbeteiligte die Beschwerdeführerin aufgefordert, bekanntzugeben, welche Eignungsnachweise nicht vollständig übermittelt worden seien.

Mit Schreiben vom 13. Februar 2007 habe daraufhin die Beschwerdeführerin der Mitbeteiligten die nach den Ausschreibungsunterlagen B1, Punkte 1,304.1.2 bis 1,304.1.5 vorzulegenden Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 2006 aufgelistet und ausgeführt, dass von der Mitbeteiligten die geforderten Nachweise lediglich für ihr eigenes Unternehmen vorgelegt worden seien. Für die bei der Angebotslegung genannten Subunternehmer seien keine solchen Nachweise, sondern lediglich Subunternehmerverträge vorgelegt worden. Mit Schreiben vom 13. Februar 2007 habe daraufhin die Beschwerdeführerin der Mitbeteiligten die nach den Ausschreibungsunterlagen B1, Punkte 1,304.1.2 bis 1,304.1.5 vorzulegenden Nachweise gemäß Paragraphen 70, ff BVergG 2006 aufgelistet und ausgeführt, dass von der Mitbeteiligten die geforderten Nachweise lediglich für ihr eigenes Unternehmen vorgelegt worden seien. Für die bei der Angebotslegung genannten Subunternehmer seien keine solchen Nachweise, sondern lediglich Subunternehmerverträge vorgelegt worden.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2007 sei die gegenständliche Ausscheidensentscheidung der Mitbeteiligten bekannt gegeben worden.

In ihrem Nachprüfungsantrag vom 22. Februar 2007 habe die Mitbeteiligte im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass die noch vorzulegenden Urkunden nicht konkretisiert worden seien und die Frist für die Urkundenvorlage zu kurz bemessen gewesen sei.

Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, nach den Ausschreibungsunterlagen habe jedem Bieter klar sein müssen, dass er die im Abschnitt B.1 unter den Punkten 1,304.1.2 bis 1,304.1.5 enthaltenen Nachweise letztlich beizubringen habe. Aus dem Abschnitt B.8 gehe hervor, dass es ausreiche, diese Nachweise über Aufforderung des Auftraggebers nachzubringen. Überdies handle es sich beim Fehlen derartiger Unterlagen um einen verbesserbaren Mangel. Demgemäß habe die Beschwerdeführerin die Mitbeteiligte zu Recht zur Nachbringung der geforderten Nachweise aufgefordert. In dieser Aufforderung habe die Beschwerdeführerin allerdings nur auf den Abschnitt B.1 der Ausschreibungsunterlagen hingewiesen und zur Nachreichung der "verlangten Nachweise gem. den §§ 70 BVergG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und alle Subunternehmer nicht älter als 6 Monate" aufgefordert. Sie habe nicht darauf hingewiesen, welche Unterlagen konkret vorzulegen seien. Eine Bezugnahme auf die §§ 70 ff BVergG 2006 lasse offen, ob darunter ein, zwei oder mehrere Bestimmungen verstanden werden können. Für die Mitbeteiligte sei überdies nicht klar erkennbar gewesen, ob die im ursprünglichen Angebot bereits enthaltenen Nachweise für ihr eigenes Unternehmen ausreichend seien. Voraussetzung für einen ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrag sei die klare Formulierung der Aufträge. Da die Mitbeteiligte ihrem Angebot ursprünglich bereits Eignungsnachweise beigelegt habe, sei für sie objektiv nicht erkennbar gewesen, welche weiteren Nachweise nachzubringen seien bzw. ob die bereits vorgelegten Nachweise anerkannt würden oder zu aktualisieren seien. Es läge daher kein ordnungsgemäßer Mängelbehebungsauftrag vor. Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, nach den Ausschreibungsunterlagen habe jedem Bieter klar sein müssen, dass er die im Abschnitt B.1 unter den Punkten 1,304.1.2 bis 1,304.1.5 enthaltenen Nachweise letztlich beizubringen habe. Aus dem Abschnitt B.8 gehe hervor, dass es ausreiche, diese Nachweise über Aufforderung des Auftraggebers nachzubringen. Überdies handle es sich beim Fehlen derartiger Unterlagen um einen verbesserbaren Mangel. Demgemäß habe die Beschwerdeführerin die Mitbeteiligte zu Recht zur Nachbringung der geforderten Nachweise aufgefordert. In dieser Aufforderung habe die Beschwerdeführerin allerdings nur auf den Abschnitt B.1 der Ausschreibungsunterlagen hingewiesen und zur Nachreichung der "verlangten Nachweise gem. den Paragraphen 70, BVergG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und alle Subunternehmer nicht älter als 6 Monate" aufgefordert. Sie habe nicht darauf hingewiesen, welche Unterlagen konkret vorzulegen seien. Eine Bezugnahme auf die Paragraphen 70, ff BVergG 2006 lasse offen, ob darunter ein, zwei

oder mehrere Bestimmungen verstanden werden können. Für die Mitbeteiligte sei überdies nicht klar erkennbar gewesen, ob die im ursprünglichen Angebot bereits enthaltenen Nachweise für ihr eigenes Unternehmen ausreichend seien. Voraussetzung für einen ordnungsgemäßen Verbesserungsauftrag sei die klare Formulierung der Aufträge. Da die Mitbeteiligte ihrem Angebot ursprünglich bereits Eignungsnachweise beigelegt habe, sei für sie objektiv nicht erkennbar gewesen, welche weiteren Nachweise nachzubringen seien bzw. ob die bereits vorgelegten Nachweise anerkannt würden oder zu aktualisieren seien. Es läge daher kein ordnungsgemäßer Mängelbehebungsauftrag vor.

Weiters führte die belangte Behörde aus, dass und aus welchen Gründen auch der weitere von der Beschwerdeführerin herangezogene Ausscheidensgrund (nicht plausible Zusammensetzung des Preises zweier Positionen) nicht gegeben sei.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass zumindest derzeit noch kein Ausscheidensgrund verwirklicht sei. Einerseits mangle es an einem klar formulierten Mängelbehebungsauftrag, andererseits sei die Prüfung des Angebots der Mitbeteiligten noch nicht zur Gänze abgeschlossen. Die Ausscheidung des Angebots der Mitbeteiligten sei daher für nichtig zu erklären gewesen.

Da nicht auszuschließen sei, dass dem Angebot der Mitbeteiligten der Zuschlag zu erteilen sei, sei auch die Zuschlagsentscheidung als nichtig zu erklären gewesen.

Da die Mitbeteiligte mit ihrem Nachprüfungsantrag somit zumindest teilweise obsiegt habe, sei die Beschwerdeführerin zum Pauschalgebührenersatz zu verpflichten gewesen.

Gegen die Spruchpunkte I., II. und IV. richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, den angefochtenen Bescheid insoweit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Gegen die Spruchpunkte römisch eins., römisch zwei. und römisch vier. richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, den angefochtenen Bescheid insoweit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die belangte Behörde hat zunächst die Ansicht vertreten, dass der Auftrag der Beschwerdeführerin an die Mitbeteiligte vom 16. Jänner 2007 zur Vorlage weiterer Unterlagen nicht ausreichend konkretisiert worden sei und die nicht rechtzeitige Vorlage von Unterlagen betreffend die Subunternehmer daher keinen Grund für das Ausscheiden des Angebots der Mitbeteiligten darstelle.

Nach dem unstrittigen Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sind die für den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit vorzulegenden Unterlagen, die als "Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG 2006" bezeichnet werden, im Abschnitt B.1 aufgelistet. Dazu findet sich mehrmals der Hinweis, dass die geforderten Nachweise auch für Subunternehmer beizubringen sind. Weiters ist ausdrücklich festgehalten, dass die Nachweiserbringung im Wege des ANKÖ nicht ausreichend sei, und ein Verweis auf diesen Kataster den Bieter keinesfalls davon entbinde, die geforderten Nachweise tatsächlich (physisch) vorzulegen. Des Näheren wird dazu auf die Wiedergabe der Ausschreibungsunterlagen in der oben dargestellten Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen. Nach dem unstrittigen Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sind die für den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit vorzulegenden Unterlagen, die als "Nachweise gemäß Paragraphen 70, ff BVergG 2006" bezeichnet werden, im Abschnitt B.1 aufgelistet. Dazu findet sich mehrmals der Hinweis, dass die geforderten Nachweise auch für Subunternehmer beizubringen sind. Weiters ist ausdrücklich festgehalten, dass die Nachweiserbringung im Wege des ANKÖ nicht ausreichend sei, und ein Verweis auf diesen Kataster den Bieter keinesfalls davon entbinde, die geforderten Nachweise tatsächlich (physisch) vorzulegen. Des Näheren wird dazu auf die Wiedergabe der Ausschreibungsunterlagen in der oben dargestellten Begründung des angefochtenen Bescheides verwiesen.

Die belangte Behörde vertrat die Ansicht, es müsse jedem Bieter klar sein, dass er die unter B.1 der Ausschreibungsunterlagen in den Punkten 1,304.1.2 bis 1,304.1.5 aufgelisteten Unterlagen "letztlich" beizubringen habe. Dass die Angebotsunterlagen in diesem Punkt unklar seien, hat die belangte Behörde nicht ausgeführt und ist auch für den Verwaltungsgerichtshof nicht ersichtlich.

Entgegen den Ausführungen der Mitbeteiligten in ihrer Gegenschrift führt der Hinweis in den

Ausschreibungsunterlagen auch auf § 83 und § 108 BVergG 2006 nicht zu einer Unklarheit, ob alle geforderten Unterlagen auch für Subunternehmer beizubringen seien. Nach dem letzten Satz des § 83 BVergG 2006 ist die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den §§ 72 und 73 leg. cit. besitzt. Gemäß § 108 Abs. 1 Z. 2 vorletzter Satz sind in jedem Angebot u.a. die in Frage kommenden Subunternehmer unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Entgegen den Ausführungen der Mitbeteiligten in ihrer Gegenschrift führt der Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen auch auf Paragraph 83 und Paragraph 108, BVergG 2006 nicht zu einer Unklarheit, ob alle geforderten Unterlagen auch für Subunternehmer beizubringen seien. Nach dem letzten Satz des Paragraph 83, BVergG 2006 ist die Weitergabe von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit gemäß den Paragraphen 72 und 73 leg. cit. besitzt. Gemäß Paragraph 108, Absatz eins, Ziffer 2, vorletzter Satz sind in jedem Angebot u.a. die in Frage kommenden Subunternehmer unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben.

Aus der Zitierung dieser Bestimmungen kann keineswegs geschlossen werden, der Auftraggeber verlange - entgegen seiner ausdrücklichen Anordnung - bestimmte Unterlagen zum Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nur für den Bieter, nicht aber für Subunternehmer.

Die Mitbeteiligte hat in ihrem Angebot unstrittig sechs Subunternehmer genannt, jedoch für diese Unternehmer die genannten im Abschnitt B.1 der Ausschreibungsunterlagen aufgelisteten Nachweise nicht vorgelegt (nach dem Vorbringen in ihrer Gegenschrift hat die Mitbeteiligte für diese Unternehmen "Führungsbestätigungen" aus dem ANKÖ vorgelegt).

Dies nahm die Beschwerdeführerin zum Anlass, die Mitbeteiligte mit Schreiben vom 16. Jänner 2007 aufzufordern, bis 23. Jänner 2007, 12.00 Uhr u.a. "verlangte Nachweise gem. den §§ 70 BVergG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und alle Subunternehmer nicht älter als 6 Monate" vorzulegen. Dabei wurde die Mitbeteiligte noch einmal darauf hingewiesen, dass die Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit im Weg des ANKÖ als nicht ausreichend qualifiziert wird und ein Verweis auf diesen Kataster den Bieter keinesfalls davon entbindet, die geforderten Nachweise tatsächlich (physisch) beizubringen. Dies nahm die Beschwerdeführerin zum Anlass, die Mitbeteiligte mit Schreiben vom 16. Jänner 2007 aufzufordern, bis 23. Jänner 2007, 12.00 Uhr u.a. "verlangte Nachweise gem. den Paragraphen 70, BVergG 2006 (Teil B1) für das Unternehmen und alle Subunternehmer nicht älter als 6 Monate" vorzulegen. Dabei wurde die Mitbeteiligte noch einmal darauf hingewiesen, dass die Nachweiserbringung betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit im Weg des ANKÖ als nicht ausreichend qualifiziert wird und ein Verweis auf diesen Kataster den Bieter keinesfalls davon entbindet, die geforderten Nachweise tatsächlich (physisch) beizubringen.

Da die Mitbeteiligte ihrem Angebot für die namhaft gemachten Subunternehmer keinen der von der Ausschreibung geforderten Nachweise für Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit beigelegt hat (sondern nur eine Bestätigung über die Registrierung im ANKÖ), musste der Mitbeteiligten klar sein, dass sie auf Grund der Aufforderung vom 16. Jänner 2007 hinsichtlich der Subunternehmer sämtliche in Punkt B.1 der Ausschreibungsunterlagen als "Nachweise gemäß § 70 ff BVergG 2006" bezeichneten und - wie dargestellt ausreichend deutlich - beschriebenen Nachweise vorzulegen hat und eine ANKÖ-Bestätigung dafür nicht ausreicht. Da die Mitbeteiligte ihrem Angebot für die namhaft gemachten Subunternehmer keinen der von der Ausschreibung geforderten Nachweise für Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit beigelegt hat (sondern nur eine Bestätigung über die Registrierung im ANKÖ), musste der Mitbeteiligten klar sein, dass sie auf Grund der Aufforderung vom 16. Jänner 2007 hinsichtlich der Subunternehmer sämtliche in Punkt B.1 der Ausschreibungsunterlagen als "Nachweise gemäß Paragraph 70, ff BVergG 2006" bezeichneten und - wie dargestellt ausreichend deutlich - beschriebenen Nachweise vorzulegen hat und eine ANKÖ-Bestätigung dafür nicht ausreicht.

Entgegen der Auffassung der belangten Behörde war die Aufforderung zur Nachreichung von Nachweisen vom 16. Jänner 2007 daher in Bezug auf die Subunternehmer ausreichend konkretisiert. Ob aus dieser Aufforderung auch ausreichend deutlich hervorging, welche Nachweise für die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten selbst fehlen bzw. nicht ausreichen, kann dahin stehen, weil die Mitbeteiligte diese Unterlagen unstrittig rechtzeitig vorgelegt hat und die Beschwerdeführerin das Fehlen solcher Nachweise nicht als Ausscheidensgrund

herangezogen hat.

Hinzugefügt sei, dass aus den zitierten - bestandfesten - Angebotsunterlagen entgegen der von der mitbeteiligten Partei in der Gegenschrift vertretenen Auffassung deutlich hervorgeht, dass die Vorlage einer Bestätigung über die Registrierung der Subunternehmer im ANKÖ nicht ausreicht.

Schon deshalb, weil die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung der Beschwerdeführerin, das Angebot der Mitbeteiligten auszuschneiden, und daher auch die Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung und die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zum Kostenersatz, auf der oben dargestellten Verknennung der Rechtslage durch die belangte Behörde beruhen, war der angefochtene Bescheid in diesen Punkten gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. Schon deshalb, weil die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung der Beschwerdeführerin, das Angebot der Mitbeteiligten auszuschneiden, und daher auch die Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung und die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zum Kostenersatz, auf der oben dargestellten Verknennung der Rechtslage durch die belangte Behörde beruhen, war der angefochtene Bescheid in diesen Punkten gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Spruch über den Aufwandsatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Spruch über den Aufwandsatz gründet auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 27. Mai 2009

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2007040098.X00

Im RIS seit

28.07.2009

Zuletzt aktualisiert am

06.12.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at