

TE Bvwg Erkenntnis 2017/5/11 W131 2151745-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.05.2017

Entscheidungsdatum

11.05.2017

Norm

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §325 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
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 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W131 2151745-2/34E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Theodor TAURER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= AG) "A5 Nord/Weinviertel Autobahn Schrick – Poysbrunn, Baulos 08 – Lieferung und Montage von Verkehrszeichen" über den am 31.03.2017 beim Bundesverwaltungsgericht protokollierten Nachprüfungsantrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin XXXX(= ASt), gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 24.03.2017 zu Gunsten der Bietergemeinschaft (= MB) bestehend aus 1. der XXXX und 2. der XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 08.05.2017 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und durch die fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Dr Theodor TAURER (als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend das Vergabeverfahren der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen - Finanzierungs - Aktiengesellschaft (= AG) "A5 Nord/Weinviertel Autobahn Schrick – Poysbrunn, Baulos 08 – Lieferung und Montage von Verkehrszeichen" über den am 31.03.2017 beim Bundesverwaltungsgericht protokollierten Nachprüfungsantrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin XXXX(= ASt), gerichtet auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 24.03.2017 zu Gunsten der Bietergemeinschaft (= MB) bestehend aus 1. der römisch 40 und 2. der römisch 40, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 08.05.2017 zu Recht erkannt:

A) Der Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die AG führt derzeit das im Entscheidungskopf genannte Vergabeverfahren als offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich durch, wobei alle bisherigen Entscheidungen bis auf die Zuschlagsentscheidung beim BVwG unbekämpft geblieben und daher bestandfest geworden sind.

2. Im (bestandfesten) Leistungsverzeichnis der Vergabeunterlagen (= LV) waren ua folgende hier entscheidungsrelevante Bestimmungen vorgesehen:

[]

00 00 B1 04 Eignung

00 00 B1 04 A KSV Rating

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zumindest folgendes nachzuweisen:

Die Ausfallswahrscheinlichkeit des Bieters muss im "Investment Grade"- Bereich liegen. Dies bedeutet, dass

a) die Ausfallswahrscheinlichkeit des Bieters gemäß dem Rating des KSV (KSV 1870 Informations GmbH) als "gering" (Rating von 399 oder weniger) beurteilt wird, oder

b) die Ausfallswahrscheinlichkeit des Bieters durch eine andere anerkannte Wirtschaftsauskunftei im "Investment Grade"- Bereich beurteilt wird, dies entspricht

[]

Der Nachweis ist zu erbringen für jene Unternehmen, die auch den geforderten Mindestumsatz nachweisen, soweit die gem Pos 00B104B gefordert ist.

00 00 B1 04 B Gesamtumsatz

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zumindest folgendes nachzuweisen:

Die gesamten Umsatzlöse der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre für die der Jahresabschluss festgestellt ist, wobei der Bieter jährliche Umsatzerlöse in Höhe von zumindest EUR 0,500 Mio netto (des Bieters bzw aller Mitglieder einer Bietergemeinschaft zusammen) nachzuweisen hat. [].

3. In den Vergabeunterlagen war auch ein Formblatt zum Nachweis des entsprechenden Gesamtumsatzes gemäß den Eignungskriterien B1 enthalten, bei welchem eine erste Spalte mit "Mindestumsatz – Name des Unternehmens:" überschrieben ist, eine zweite Spalte mit "Gesamtumsatz – Mittel" und eine dritte Spalte mit "Gegebenenfalls Nachweis siehe Beilage Nr."

4. Die MB, eine Bietergemeinschaft gab bei ihrem Angebot in diesem Formblatt ihre beiden Gesellschafterinnen an und wies dadurch den pro Bietergemeinschaft erforderlichen Mindestumsatz gemäß LV – Position 00 00 B1 04 B Gesamtumsatz sogar mehrfach nach, wobei allerdings nur eine Gesellschafterin der MB ein KSV – Rating von "399 oder weniger" aufweist, wie in LV – Pos 00 00 B1 04 A KSV Rating festgeschrieben.

5. Die ASt bekämpfte die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der MB mit dem Nachprüfungsgrund der fehlenden Eignung mangels entsprechenden KSV – Ratings einer der beiden Gesellschafterinnen der MB und erwirkte ohne substantiiert dagegen vorgebrachte Interessen eine einstweilige Verfügung zwecks vorläufiger Untersagung der Zuschlagserteilung während des Nachprüfungsverfahrens.

6. Die ASt betätigte letztlich in der Verhandlung am 08.05.2017, dass keine weiteren substantiierten Nachprüfungsgründe – über das Thema iZm dem als als fehlend gerügten entsprechenden KSV – Rating einer Gesellschafterin der MB hinaus - bestünden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisches zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der vorstehend ersichtliche Gang des Vergabeverfahrens und Verfahrensgang vor dem BVwG und die dabei wieder gegebenen Ausschreibungsteile sowie der geschilderte Umstand, dass eine der beiden Gesellschafterinnen der MB ein KSV – Rating über 399 aufweist, werden als Sachverhalt festgestellt, an Hand dessen die Frage der Kassationsnotwendigkeit der Zuschlagsentscheidung auf Tatsachenebene zu messen ist.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und sonstige Sachverhalt ergeben sich aus dem vorgelegten Vergabeakt, dem Gerichtsakt und insb den Tatsachenergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2017.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß §§ 3 Abs 1 und 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG und sohin unstrittig auch hier zuständig. 3.1. Gemäß Paragraphen 3, Absatz eins und 291 BVergG ist das BVwG zur Vergabekontrolle im Bundesvollzugskompetenzbereich gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG und sohin unstrittig auch hier zuständig.

Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG idFBGBl I 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in der Senatsbesetzung gemäß Geschäftsverteilung des BVwG für 2017 und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß § 311 BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an, wobei der Senat mit den in ihrer Reihenfolge entsprechend verfügbaren FLR in der GAbt W131 zusammengestellt wurde. Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 entscheidet das BVwG gegenständlich in der Senatsbesetzung gemäß Geschäftsverteilung des BVwG für 2017 und wendet dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften des BVergG gemäß Paragraph 311, BVergG das Verfahrensrecht des VwGVG und subsidiär des AVG an, wobei der Senat mit den in ihrer Reihenfolge entsprechend verfügbaren FLR in der GAbt W131 zusammengestellt wurde.

Zu A)

3.2. Zur Abweisung des Nachprüfungsantrags

3.2.1. Die formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen unstrittig vor.

Soweit in der Verhandlung am 08.05.2017 die Antragslegitimation der ASt im Punkte angeblich fehlender Befugnis bestritten wurde, ist darauf hinzuweisen, dass die ASt bislang nicht bestandfest ausgeschieden wurde und der ASt daher iSd gebotenen Auslegung des § 320 BVergG gemäß EuGH Rs C-355/15 jedenfalls Antragslegitimation zukommt, zumal der Schadensbegriff bzw evtl: Soweit in der Verhandlung am 08.05.2017 die Antragslegitimation der ASt im Punkte angeblich fehlender Befugnis bestritten wurde, ist darauf hinzuweisen, dass die ASt bislang nicht bestandfest ausgeschieden wurde und der ASt daher iSd gebotenen Auslegung des Paragraph 320, BVergG gemäß EuGH Rs C-355/15 jedenfalls Antragslegitimation zukommt, zumal der Schadensbegriff bzw evtl:

"Rechtsverletzungsbegriff" der §§ 320ff BVergG im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich gleichheitskonform gleich auszulegen ist. "Rechtsverletzungsbegriff" der Paragraphen 320 f, f, BVergG im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich gleichheitskonform gleich auszulegen ist.

3.2.2. Festzuhalten ist vorerst in generalis, dass Vergabeunterlagen und insb Ausschreibungsunterlagen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen sind (stRsp, zB VwGH 18. 3. 2015, Ra 2015/04/0017). Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzes-konform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (stRsp zB VwGH 9. 9. 2015, Ra 2014/04/0036). Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (stRsp, zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024; 27. 10. 2014, 2012/04/0066).

3.2.3. § 325 Abs 1 BVergG lautet idgF 3.2.3. Paragraph 325, Absatz eins, BVergG lautet idgF:

§ 325. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn Paragraph 325, (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Erkenntnis für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltenden gemachten Recht verletzt, und 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltenden gemachten Recht verletzt, und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

3.2.4. Entsprechend den oben wieder gegebenen Auslegungsmaximen der Ausschreibung ist vorerst festzuhalten, dass

es gegenständlich bei der MB ausreichend gewesen wäre, wenn sie jene Gesellschafterin in das Formblatt zur Erklärung und zum Nachweis des Mindestumsatzes gemäß LV – Position 00 00 B1 04 B eingefügt hätte, die auch über das idZ gemäß LV – Pos 00 00 B1 04 A geforderte Mindest – KSV – Rating verfügt. Dies scheint deshalb eindeutig, weil in der LV - Position 00 00 B1 04 B ausdrücklich festgelegt wird, dass bei einer Bietergemeinschaft nach dem Wortlaut (auch nur) der Mindestumsatz aller Gesellschafter der Bietergemeinschaft insgesamt die erforderliche Mindestumsatzzahl erreichen muss.

Der Mindestumsatz ist in dem besagten Mindestumsatz – Formblatt" nachzuweisen und ist für die nachweisenden Unternehmen zusätzlich ein der LV Position 00 00 B1 04 A entsprechendes KSV – Rating nachzuweisen.

3.2.5. Insoweit § 325 Abs 1 Z 2 BVergG letztlich eine Kassation nur dann zulässt, wenn die Rechtswidrigkeit von wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, ist hier darauf hinzuweisen, dass die MB bei dem oben wiedergegebenen Ausschreibungswortlaut dann, wenn sie bei der Angebotslegung in das Mindestumsatz - Formblatt für den Mindestumsatznachweis gemäß LV-Position 00 00 B1 04 B einzig und allein ihre Gesellschafterin mit dem zusätzlich ausschreibungskonformen KSV – Rating hineingeschrieben hätte, in jedem Fall ein Angebot gelegt gehabt hätte, das mit dem vorgebrachten Nachprüfungsgrund nicht erfolgreich bekämpft hätte werden können.3.2.5. Insoweit Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG letztlich eine Kassation nur dann zulässt, wenn die Rechtswidrigkeit von wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, ist hier darauf hinzuweisen, dass die MB bei dem oben wiedergegebenen Ausschreibungswortlaut dann, wenn sie bei der Angebotslegung in das Mindestumsatz - Formblatt für den Mindestumsatznachweis gemäß LV-Position 00 00 B1 04 B einzig und allein ihre Gesellschafterin mit dem zusätzlich ausschreibungskonformen KSV – Rating hineingeschrieben hätte, in jedem Fall ein Angebot gelegt gehabt hätte, das mit dem vorgebrachten Nachprüfungsgrund nicht erfolgreich bekämpft hätte werden können.

3.2.6. Dürfte die AG gegenständlich daher jedenfalls an die MB vergeben, wenn jene Gesellschafterin der MB ohne das in der Ausschreibung geforderte KSV – Rating zusätzlich nicht in das Mindest – Umsatz – Formblatt hineingeschrieben worden wäre, verbleibt für die Frage der gebotenen Nichtigerklärung das relevante Tatsachensubstrat, dass bei einem Ausfüllen des fraglichen Formblatts mit und ohne zusätzlicher Unternehmerin mit zu geringer Bonität in beiden Fällen die Auftraggeberseite materiell immer mit den gleichen künftigen Leistungserbringern konfrontiert ist bzw wäre.

3.2.7. Vor dem Hintergrund des Vorstehenden erscheint es im Sinne einer gleichheitskonform- sachlichen Rechtsanwendung sachgerecht, die Angabe jener Gesellschafterin der MB im "Mindestumsatz – Nachweis – Formblatt" mit zu geringer Bonität als nicht ergebnisrelevant rechtswidrig zu beurteilen, zumal bei gegenteiliger Sichtweise trotz identer künftiger materieller Vertragspartnersituation für die AG die Nachprüfungsentscheidung des BVwG nur von formalistischen Aspekten (eines Formularausfüllens in bestimmter Weise) abhängig wäre, ob nämlich die MB zusätzlich zu einem "rating –tauglichen" Unternehmer (mit gefordertem Mindestumsatz) auch noch einen gemäß Ausschreibungsvorgaben – "rating – untauglichen Unternehmer" in ein Formblatt dazugeschrieben hätte.

Der Nachprüfungsantrag war daher gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG abzuweisen. Der Nachprüfungsantrag war daher gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Abweisung auf der gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG eindeutigen Rechtslage beruht und zudem Tatsachenfragen, die hier ohnehin unstrittig sind, nicht revisibel sind. Zur fehlenden Revisibilität bei eindeutiger Rechtslage siehe zB VwGH ZI Ra 2014/03/0028 mit Verweis auf ZI Ro 2014/07/0053. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Abweisung auf der gemäß Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG eindeutigen Rechtslage beruht und zudem Tatsachenfragen, die hier ohnehin unstrittig sind, nicht revisibel sind. Zur fehlenden Revisibilität bei eindeutiger Rechtslage siehe zB VwGH ZI Ra 2014/03/0028 mit Verweis auf ZI Ro 2014/07/0053.

Schlagworte

Antragslegimitation, bestandfeste Ausschreibung, Bonitätsauskunft, Eignung, KSV - Auskunft, Mindestanforderung, mündliche Verhandlung, Nachprüfung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, objektiver Erklärungswert, Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W131.2151745.2.00

Zuletzt aktualisiert am

01.06.2017

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at