

TE Vwgh Erkenntnis 2008/9/3 2007/04/0017

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.09.2008

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2002 §54 Abs2 Z1;
VwGG §42 Abs2 Z1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstädl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der T in W, vertreten durch Dr. Wilhelm Schuster, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Universitätsstraße 11, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 13. Dezember 2006, Zl. uvs-2004/21/093-15, betreffend Nachprüfung eines Vergabeverfahrens (mitbeteiligte Partei: TI, I), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Das Land Tirol hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 13. Dezember 2006 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung, dass im Vergabeverfahren der mitbeteiligten Partei betreffend "Bauauftrag Bettenschienen, Intensivschienen, Krankenzimmerinstallationseinheiten, Bauvorhaben Universitätsklinik für Neurologie Innsbruck, Sanierung neurologische Station" wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2002 der Zuschlag nicht dem Billigstbieter erteilt worden sei, gemäß § 17 Abs. 4 Tiroler Vergabennachprüfungsgesetz 2002 abgewiesen. Weiters wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Pauschalgebührenersatz abgewiesen.

In der Begründung dieses Bescheides führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - aus, dass es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich handle. Nach der Ausschreibung sei der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Die Angebotsöffnung habe am 12. Oktober 2004 stattgefunden. Es seien vier Angebote mit Preisen zwischen EUR 26.463,-- und EUR 46.457,76 eingelangt. Am 1. Dezember 2004 sei den Bietern die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die M. GmbH bekannt gegeben worden. Ein Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung sei mit Bescheid der belangten Behörde vom 20. Dezember 2004 zurückgewiesen worden.

Dieser Bescheid sei vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 1. März 2005, Zi. 2004/04/0235, aufgehoben worden. Am 20. Dezember 2004 sei der Zuschlag an die M. GmbH erteilt worden. Im zweiten Rechtsgang habe die Beschwerdeführerin die Fortsetzung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren beantragt. Dazu habe sie zusammengefasst vorgebracht, dass es die M. GmbH verabsäumt habe, die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise vollständig vorzulegen. Insbesondere seien eine Bescheinigung des Herkunftslandes, aus der hervorgehe, dass kein Insolvenzverfahren eingeleitet worden sei, eine Bescheinigung, dass die gewerbliche Tätigkeit nicht eingestellt worden sei und eine Bescheinigung der Eintragung ins Berufsregister (Gewerbeberechtigung) nicht vorgelegt worden. Nach Punkt 1.2.14 der Ausschreibung handle es sich dabei um einen unbehebbaren Mangel, weshalb das Angebot der M. GmbH auszuscheiden gewesen wäre.

Weiters führte die belangte Behörde aus, dass die M. GmbH zum Beweis dafür, dass kein Insolvenzverfahren eingeleitet worden sei, ein Schreiben des Finanzamtes Montabaur-Diez vom 20. September 2004 vorgelegt habe, aus dem hervorgehe, dass keine steuerlichen Bedenken gegen die Auftragsvergabe an die M. GmbH bestünden. Über telefonische Anfrage der belangten Behörde habe dieses Finanzamt mitgeteilt, dass auf Grund der Textierung der Bescheinigung davon ausgegangen werden müsse, dass kein Insolvenzverfahren gegen die M. GmbH anhängig gewesen sei. Andernfalls wäre eine solche Bestätigung nicht ausgestellt worden. Vor der Ausstellung einer solchen Bestätigung werde nämlich jedenfalls Einsicht in die Insolvenzbekanntmachungen des Gerichts genommen. Eine gleichlautende Auskunft von diesem Finanzamt habe auch die Mitbeteiligte anlässlich der Prüfung des Angebots telefonisch erhalten.

In der Ausschreibung werde unter anderem die Bescheinigung, dass kein Insolvenzverfahren eingeleitet worden sei, zur Darstellung der Eignung gefordert. Weiters werde in der Ausschreibung festgehalten, dass fehlende Urkunden/Eignungsnachweise einen unbehebbaren Mangel darstellten und zur Ausscheidung des Angebots führten. Gleichzeitig werde dort jedoch festgehalten, dass für den Fall, dass die geforderten Unterlagen nicht beigebracht werden könnten, gleichwertige Bescheinigungen einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, eines Notars oder einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Bieters vorzulegen seien. Auch aus § 52 Abs. 4 Bundesvergabegesetz 2002 - BVerG, BGBl. I Nr. 99/2002, ergebe sich, dass für den Fall, dass die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden könnten, der Beweis auch mit anderen Urkunden geführt werden könne, die die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich geforderten aufwiesen.

Abgesehen davon, dass die M. GmbH mit der Mitbeteiligten bereits in einer langjährigen Geschäftsverbindung stehe und der Mitbeteiligten daher die prinzipielle Eignung dieses Unternehmens bekannt sei, habe die Mitbeteiligte das Angebot der M. GmbH ausreichend geprüft und zu Recht nicht ausgeschieden. Die Bescheinigung des deutschen Finanzamtes, welche nach den Erhebungen der belangten Behörde nur ausgestellt werde, wenn kein Insolvenzverfahren anhängig sei, sei ein ausreichender Nachweis dafür, dass kein Insolvenzverfahren anhängig sei. Diese Urkunde weise die gleiche Aussagekraft auf wie der ursprünglich geforderte Nachweis. Aber selbst wenn die Mitbeteiligte Bedenken gegen die Aussagekraft der vorgelegten Urkunden gehabt hätte, hätte sie das Angebot der M. GmbH nicht sogleich ausscheiden dürfen, sondern hätte ein Verbesserungsverfahren eingeleitet werden müssen. Beim Unterlassen der Vorlage von derartigen Eignungsnachweisen handle es sich um einen behebbaren Mangel.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehr, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, sah jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift ab.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin bringt u.a. vor, die von der Ausschreibung geforderte Bescheinigung, dass kein Insolvenzverfahren eingeleitet worden sei, könne nicht durch die Bestätigung des Finanzamtes ersetzt werden. Die für die Ausstellung einer derartigen Bestätigung in Deutschland zuständige Stelle sei das Amtsgericht als Insolvenzgericht. Die Bestätigung eines Finanzamtes stelle auch in einem Vergabeverfahren in Deutschland keine - von der deutschen Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen geforderte - Bescheinigung der zuständigen Stelle dar, dass kein Insolvenzverfahren bzw. gleichartiges gesetzliches Verfahren anhängig (bzw. mangels Masse abgelehnt worden) sei.

Die nach dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei im Nachprüfungsverfahren von der M. GmbH erst nach Angebotsöffnung vorgelegte Bestätigung des Insolvenzgerichts sei unbeachtlich, weil das Fehlen einer solchen Bestätigung nach den Ausschreibungsbedingungen einen unbehebbaren Mangel darstelle.

Schon dieses Vorbringen führt die Beschwerde zum Erfolg:

Die §§ 52 und 54 Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, BGBI. I Nr. 99/2002, haben (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

"§ 52 (1) Der Auftraggeber kann von Unternehmen, die er zu einem Vergabeverfahren zulässt, Nachweise verlangen,

...

2. dass ihre berufliche Zuverlässigkeit gegeben ist,

...

(4) ... Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis,

Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber geforderten Unterlagen führen, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich geforderten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

...

§ 54 (1) Als Nachweise für die berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 52 Abs. 1 Z. 2 kann der Auftraggeber von Unternehmen den Nachweis verlangen, dass

1. gegen sie kein Konkursverfahren oder kein gerichtliches Ausgleichsverfahren eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens nicht mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde;

...

(2) Der Nachweis kann

1. gemäß Abs. 1 Z. 1 bis 3 durch Vorlage eines Auszuges aus dem Firmenbuch, einer Strafregisterbescheinigung oder einer gleichwertigen Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des Unternehmers, aus der hervorgeht, dass diese Anforderungen erfüllt sind ...

erbracht werden.

..."

Nach Punkt 1.2.14 ("Eignungskriterien") Abs. 1 der bei den Verwaltungsakten erliegenden Ausschreibungsunterlagen sind die vom Bieter zum Nachweis der Eignung geforderten Urkunden spätestens zum Zeitpunkt des Schlusstermins für den Eingang der Angebote vorzulegen. Nach dem Abs. 3 dieser Bestimmung stellen fehlende Urkunden/Eignungsnachweise einen unbehebbaren Mangel dar und führen zur Ausscheidung des Angebots. Abs. 5 dieser Bestimmung normiert, dass gleichwertige Bescheinigungen einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, eines Notars oder einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Bieters vorzulegen sind, wenn die geforderten Urkunden nicht beigebracht werden können. In Abs. 6 sind die vorzulegenden Urkunden aufgelistet, darunter an erster Stelle eine "Bescheinigung, dass kein Insolvenzverfahren eingeleitet oder die Eröffnung mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde (z.B. Firmenbuchauszug, Bestätigung des zuständigen Handelsgerichts). Im Punkt 1.1 ("besondere Hinweise") Abs. 2 ist darüber hinaus normiert, dass das Fehlen von ausschreibungsgemäß geforderten Urkunden zur Ausscheidung des Angebots führt.

Die Zuschlagsempfängerin M. GmbH hat unstrittig ihren Sitz in Deutschland. Sie hat mit ihrem Angebot eine Bestätigung des zuständigen deutschen Finanzamtes vorgelegt, die nach Ausweis der Aktenlage folgenden Wortlaut hat:

"Bescheinigung

Es bestehen keine steuerlichen Bedenken dagegen, dass Firma

(M. GmbH) öffentliche Aufträge erteilt werden.

Diese Bescheinigung gilt, wenn sie nicht vorher widerrufen wird, bis 30.09.2005".

Die von der gegenständlichen Ausschreibung geforderte Bescheinigung, dass kein Insolvenzverfahren eingeleitet worden ist, ist gemäß § 54 Abs. 2 Z. 1 BVergG durch die Vorlage eines Auszuges aus dem - vom für Insolvenzverfahren zuständigen Gerichtshof geführten - Firmenbuch (nach der gegenständlichen Ausschreibung auch durch eine Bestätigung des zuständigen Handelsgerichts) oder - von ausländischen Unternehmen - durch eine gleichwertige Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes zu erbringen, aus der "hervorgeht", dass "diese Anforderungen", vorliegend also die Nicht-Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, erfüllt sind.

Aus dem oben wiedergegebenen Wortlaut der von einem - nicht für Insolvenzverfahren zuständigen - Finanzamt ausgestellten Bestätigung geht lediglich das Nicht-Bestehen "steuerrechtlicher Bedenken" gegen eine Auftragsvergabe an die M. GmbH, keineswegs aber das Freisein von Insolvenzverfahren hervor.

Der belangten Behörde wurde über telefonische Anfrage von diesem Finanzamt mitgeteilt, dass vor der Ausstellung einer solchen Bestätigung in die Insolvenzbekanntmachungen des zuständigen Gerichts Einsicht genommen wird und die Ausstellung bei Anhängigkeit eines Insolvenzverfahrens verweigert wird. Diese Vorgangsweise kann jedoch nicht dazu führen, dass die deutsche Finanzamts-Bestätigung als eine einem österreichischen Firmenbuchauszug oder einer Bestätigung des Handelsgerichts im Sinn von § 54 Abs. 2 Z. 1 BVergG gleichwertige Bescheinigung über die Insolvenzfreiheit angesehen werden kann.

Dass eine Bestätigung des für Insolvenzverfahren zuständigen Amtsgerichts "beigebracht" (im Sinn von § 52 Abs. 4 BVergG und Punkt 1.2.14 Abs. 5 der Ausschreibungsbedingungen) werden kann, ergibt sich im Übrigen schon daraus, dass die M. GmbH nach dem eigenen Vorbringen der Mitbeteiligten im Verwaltungsverfahren nachträglich eine solche Bestätigung tatsächlich vorgelegt hat.

Zur Behebbarkeit von Mängeln in Angeboten hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/04/0186, mit ausführlicher Begründung unter Bezugnahme auf Literatur und weitere Judikatur ausgeführt, dass solche Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung des Bieters führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde. In diesem Sinn wurden das Fehlen der firmenmäßigen Fertigung eines ohnehin rechtsgültig unterfertigten Angebots (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037), die Namhaftmachung von mehreren Vertretern einer Bietergemeinschaft anstelle des von den Ausschreibungsunterlagen geforderten einzigen Vertreters (siehe dazu das zitierte hg. Erkenntnis, Zl. 2003/04/0186), das Fehlen des Nachweises einer vorhandenen Befugnis (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. März 2006, Zl. 2003/04/0192), die Nachreichung eines Datenträgers (siehe dazu den hg. Beschluss vom 27. Juni 2007, Zl. 2005/04/0111) oder das Fehlen eines Formblatts (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2005/04/0024) als behebbare Mängel, das Anbot einer kürzeren als der von der Ausschreibung geforderten Mindestgewährleistungsfrist (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030) oder das Fehlen der rechtzeitigen Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2004/04/0078) jedoch als unbehebbare Mängel gewertet.

Die Beschwerdeführerin hat es unterlassen, die von der Ausschreibung geforderte Bestätigung, dass kein Insolvenzverfahren anhängig ist, vorzulegen. Die Nachreichung einer derartigen Bescheinigung führt zu keiner materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Beschwerdeführerin. Beim Fehlen dieser Bescheinigung handelt es sich somit für sich gesehen um einen verbesserbaren Mangel. Im vorliegenden Fall wurde jedoch in der Ausschreibung festgelegt, dass das Fehlen dieser Bescheinigung einen unbehebbaren Mangel darstellt. Diese Ausschreibungsbestimmung ist mangels rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibung bestandfest geworden und daher - unabhängig davon, ob sie bei rechtzeitiger Anfechtung für nichtig zu erklären gewesen wäre - der gegenständlichen Auftragsvergabe zu Grunde zu legen (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zl. 2004/04/0054, wonach der in einer bestandfest gewordenen Ausschreibung enthaltene Vorbehalt der Teilvergabe, selbst wenn er rechtswidrig sein sollte, wirksam ist). Die nachträgliche Vorlage einer Bestätigung des zuständigen Amtsgerichts durch die M. GmbH konnte daher den Mangel der Vorlage einer Bestätigung über die Insolvenzfreiheit nicht sanieren.

Die belangte Behörde hat daher die Rechtslage insoweit verkannt, als sie die Finanzamtsbestätigung als ausreichende Bescheinigung für die Insolvenzfreiheit angesehen und das Fehlen einer einem österreichischen Firmenbuchauszug bzw. einer Bestätigung des Handelsgerichts gleichwertigen Bescheinigung der Insolvenzfreiheit auf Grundlage der

bestandfest gewordenen Ausschreibung als behebbaren Mangel angesehen hat. Schon aus diesem Grund war der angefochtene Bescheid - auch im Ausspruch über den Kostenersatz - gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben.

Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 4 VwGG Abstand genommen werden.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBI. II Nr. 333/2003. Wien, am 3. September 2008

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2008:2007040017.X00

Im RIS seit

08.10.2008

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at