

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/12/15 2005/04/0091

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.12.2006

## Index

E6j;

L72003 Beschaffung Vergabe Niederösterreich;

001 Verwaltungsrecht allgemein;

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

21/03 GesmbH-Recht;

40/01 Verwaltungsverfahren;

97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

62001CJ0249 Hackermüller VORAB;

AVG §37;

AVG §45 Abs3;

AVG §8;

BVergG 1997 §115 Abs1;

BVergG 1997 §117 Abs1;

BVergG 1997 §117 Abs3;

BVergG 1997 §42 Abs6;

BVergG 1997 §48 Abs1;

BVergG 1997 §52 Abs1 Z8;

GmbHG §18 Abs1;

GmbHG §18 Abs3;

GmbHG §18;

GmbHG §28 Abs1;

LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §6 Abs1 impl;

VwGG §42 Abs2 Z1;

VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Jakusch und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Papst, über die Beschwerde der Bietergemeinschaft D GmbH / G GmbH in L, vertreten durch Dr. Reinfried Eberl, Dr. Robert Hubner,

Dr. Robert Krivanec und Dr. Günther Ramsauer, Rechtsanwälte in 5020 Salzburg, Nonntaler Hauptstraße 44, gegen den Bescheid des Bundesvergabesachverständigen vom 16. März 2005, Zl. 09N-49/02-19, betreffend ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren, zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt II. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

### **Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid des Bundesvergabesachverständigen vom 16. März 2005 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der ASFINAG, vertreten durch die Oberösterreichische Landesregierung, Abteilung Autobahnen, vom 12. September 2002 im Vergabeverfahren "Öffentliche Bauaufsicht und Baustellenkoordinator für Baulos Binderloch Linz im Zuge des Umbaus der Autobahn A7" gemäß § 113 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG 1997) zurückgewiesen (Spruchpunkt I.).

Weiters wurde der Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf "Feststellung, dass ein Rechtsverstoß vorliegt" gemäß § 16 Abs. 1 und § 115 Abs. 1 BVerG 1997 zurückgewiesen (Spruchpunkt II.).

Begründend führte die belangte Behörde zu Spruchpunkt I. aus, gemäß - dem nach der Übergangsbestimmung des § 188 Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002) anwendbaren - § 113 Abs. 2 BVerG 1997 sei das Bundesvergabesachverständige bis zur Zuschlagserteilung zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers zuständig. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei die Zuschlagserteilung bereits am 24. Oktober 2002 erfolgt, weshalb der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen gewesen sei.

Zu Spruchpunkt II. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, sie sei gemäß § 113 Abs. 3 BVerG 1997 nach Zuschlagserteilung zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei.

Im gegenständlichen Verfahren sei die Frage der firmenmäßigen Zeichnung des Angebotes der Beschwerdeführerin von zentraler Bedeutung für die Antragslegitimation. Die Auftraggeberin habe im Nachprüfungsverfahren vorgebracht, dass das Angebot der Beschwerdeführerin - entgegen den Vorgaben in der Ausschreibung - nicht firmenmäßig und sohin nicht rechtsgültig gefertigt worden sei. Die an der Beschwerdeführerin als Bietergemeinschaft erstbeteiligte D GmbH (im Folgenden: GmbH) werde nämlich rechtswirksam nur dann vertreten, wenn zwei Geschäftsführer oder ein Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen für sie zeichnen. Wie sich aber aus dem von der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren vorgelegten Firmenbuchauszug ergeben habe, sei Dr. W, welcher für die GmbH unterfertigt habe, nicht allein für diese vertretungsberechtigt. Dem habe die Beschwerdeführerin im Nachprüfungsverfahren entgegen, Dr. W sei ermächtigt gewesen, seine Erklärung auch mit Wirksamkeit für den zweiten Geschäftsführer der GmbH, DI S, abzugeben. Eine derartige Ermächtigung habe nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin dem Dr. W organschaftliche Einzelvertretungsmacht verschafft und daher liege ein rechtswirksames Angebot der Beschwerdeführerin vor.

Entsprechend dem Auszug aus dem Firmenbuch vom 14. Oktober 2002 werde die GmbH von beiden Geschäftsführern gemeinsam oder einem Geschäftsführer mit einem Prokuristen vertreten. Wie aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037, hervorgehe, sei in einem zwar nicht firmenmäßig gefertigten, aber rechtsverbindlichen Angebot ein verbesserungsfähiger Mangel zu sehen. Gerade aber die Voraussetzung, dass es sich um ein rechtsverbindliches Angebot handle, fehle der Beschwerdeführerin.

Die nachträgliche Berufung auf eine Vollmacht, die der zweite Geschäftsführer gegeben habe, reiche nicht aus. Gemäß § 1016 ABGB läge es dann in der Hand der Beschwerdeführerin, die Rechtsverbindlichkeit ihres Angebotes durch eine (nachträgliche) Genehmigung des Geschäftes durch den zweiten Geschäftsführer der GmbH entstehen zu lassen. Eine derartige Vollmacht müsse der Auftraggeberin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erkennbar und auch nachweisbar sein. Im Falle einer nur internen Vollmacht, welche nicht in die Wissenssphäre der Auftraggeberin trete, sei die Möglichkeit einer nachträglichen Konstruktion oder Abänderung gegeben. Somit müsse für eine rechtsverbindliche Angebotszeichnung eine Vollmacht des zweiten Geschäftsführers oder eines Prokuristen nach außen hin erkennbar

sein. Würde man über die Notwendigkeit einer vor Angebotsöffnung vorgelegten Bekanntgabe der Bevollmächtigung des allein unterfertigenden Geschäftsführers hinwegsehen, wäre ein Verstoß gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber gegeben, da die Mitbieter ihrerseits rechtsgültige Angebote gelegt hätten. Die klare Forderung in den Ausschreibungsunterlagen nach einer firmenmäßigen Zeichnung verpflichtete jedenfalls die Bieter, ausschreibungskonform anzubieten.

Da somit das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschneiden gewesen wäre, könne ihr durch die im Feststellungsverfahren behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen. Ihr Antrag sei daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen gewesen.

Nach dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 19. Juni 2003, Rechtssache C-249/01, Hackermüller, sei über das Vorliegen eines Ausscheidungsgrundes ein kontradiktorisches Verfahren unter Wahrung des Parteienghörtums des Antragstellers durchzuführen, was im vorliegenden Fall mit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 22. November 2002 geschehen sei.

Gegen diesen Bescheid, inhaltlich jedoch nur gegen dessen Spruchpunkt II., richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht "auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens und Feststellung, dass ein Rechtsverstoß vorliegt, sowie auf Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde" verletzt.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass im vorliegenden Vergabeverfahren bereits der Zuschlag erteilt worden sei, sondern wendet sich dem ausdrücklich so bezeichneten Beschwerdepunkt zufolge nur gegen die Zurückweisung ihres Feststellungsantrages in Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides.

In Ausführung dieses Beschwerdepunktes bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, der von der Behörde herangezogene § 1016 ABGB sei im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da Dr. W ermächtigt und bevollmächtigt gewesen sei, seine Erklärung auch mit Wirksamkeit für den zweiten Geschäftsführer der GmbH, DI S, abzugeben und daher befugt gewesen sei, als Einzelvertreter zu handeln. Von einer Überschreitung der Vollmacht im Sinn des § 1016 ABGB könne nicht die Rede sein.

Die Auffassung der belangten Behörde, diese Vollmacht müsse zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erkennbar und auch nachweisbar sein, sei unrichtig. So bestehe neben der organschaftlichen Formalvertretungsmacht der Geschäftsführer einer GmbH die Möglichkeit, dass ein einzelner Kollektivvertreter mit Wirkung für den Geschäftsherrn handle, wenn ihn der andere Kollektivvertreter bzw. der Geschäftsherr dazu bevollmächtige bzw. ermächtige. Mit ihrer Auffassung, eine allfällige interne Vollmacht reiche nicht aus, wolle die belangte Behörde die "Kundgabevoraussetzung" der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht auf den vorliegenden Sachverhalt einer bestehenden Bevollmächtigung übertragen. Dabei übersehe sie aber, dass diese nur für die Begründung des Verkehrsschutzes notwendig sei, wenn sich der Dritte auf eine derartige Vollmacht berufen wolle. § 1017 ABGB spreche dagegen ausdrücklich von einer "offenen" und einer "geheimen" Vollmacht. Eine geheime Vollmacht sei auch eine Ermächtigung, die nach außen wirke, wenn der Ermächtigte zwar im eigenen Namen handle, aber zur Verfügung über eine Sache des Geschäftsherrn ermächtigt werde. Eine gesetzliche Bestimmung, wonach eine Ermächtigung bzw. Bevollmächtigung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erkennbar sein müsse und unaufgefordert nachzuweisen sei, bestehe nicht.

Selbst wenn man von der - nicht zu fordernden - Offenlegung des Vollmachtsverhältnisses ausginge, sei die Vollmacht durch die Unterfertigung des Preisangebotes jedenfalls offen gelegt worden. Auch hätte ein Nachweis über die Ermächtigung ohne Probleme angefordert werden können.

Als Verfahrensfehler rügt die Beschwerdeführerin, die Feststellung der belangten Behörde, in den Ausschreibungsunterlagen sei eine firmenmäßige Zeichnung verlangt worden, sei aktenwidrig, da in der Ausschreibung (Teil A, Seite 5 und 6) lediglich gefordert worden sei, dass die Bewerbungsunterlagen rechtsverbindlich zu unterfertigen seien. Eine firmenmäßige Zeichnung des Angebotes sei daher nicht erforderlich gewesen. Es habe vielmehr die Abgabe

eines rechtsverbindlichen Angebotes ausgereicht. Selbst wenn die firmenmäßige Zeichnung in der Ausschreibung gefordert gewesen wäre, würde dies nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, Zl. 2001/04/0037, einen verbesserungsfähigen Mangel darstellen. Dieser Verfahrensmangel sei wesentlich, da die Aktenwidrigkeit der belangten Behörde zu einer für die rechtliche Beurteilung zentralen Feststellung geführt habe.

2. Im Beschwerdefall sind gemäß § 188 BVergG 2002 die Bestimmungen des BVergG 1997 maßgeblich (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2005, Zl. 2003/04/0048).

3. Gemäß § 115 Abs. 1 BVergG 1997 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 117 Abs. 3 BVergG 1997 hat das Bundesvergabeamt nach erfolgtem Zuschlag unter den Voraussetzungen des § 117 Abs. 1 BVergG 1997 bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.

Im Hinblick auf diese Rechtslage ist die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführerin komme keine Antragslegitimation zu, wenn eine Zuschlagserteilung mangels rechtsverbindlichem Angebot ohnehin nicht in Betracht gekommen wäre (was im Folgenden für den Beschwerdefall zu prüfen sein wird), nach der hiezu ergangenen hg. Rechtsprechung (vgl. insbesondere das zu der vergleichbaren Bestimmung des § 6 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz ergangene hg. Erkenntnis vom 26. September 2005, Zl. 2005/04/0021, mwN, sowie ) nicht als rechtswidrig zu erkennen und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Auch wurde der Beschwerdeführerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung Gelegenheit geboten, die Stichhaltigkeit des von der belangten Behörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschlussgrundes anzuzweifeln (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, Zl. 2005/04/0067, mwN, insbesondere auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319).

4. Die Beschwerdeführerin wendet gegen den angefochtenen Bescheid ein, die belangte Behörde habe zu Unrecht angenommen, die Beschwerdeführerin habe im vorliegenden Vergabeverfahren kein rechtsverbindliches Angebot gelegt. Hiezu verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass Dr. W im Zeitpunkt der Angebotsabgabe durch den zweiten Geschäftsführer der GmbH bevollmächtigt gewesen sei. Die belangte Behörde hält dem entgegen, eine allfällige "interne" Bevollmächtigung sei zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung für die Auftraggeberin nicht nach außen erkennbar gewesen und somit vergaberechtlich ohne Belang.

Gemäß § 48 Abs. 1 BVergG 1997 ist schriftlich vom Bieter verbindliche Aufklärung zu verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, einschließlich etwaiger Variantenangebote oder Alternativangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Hiefür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte sind der Niederschrift beizuschließen.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG 1997 hat die vergebende Stelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag auf Grund des Ergebnisses der Prüfung den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder Teilangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, unverzüglich auszuschneiden.

Das BVergG 1997 fordert (nur) eine "rechtsgültige Unterfertigung" im Sinne von zivilrechtlicher Bindung des Bieters an sein Angebot. Bei einer in der Ausschreibung geforderten firmenmäßigen Fertigung des Angebotes liegt es daher bei Rechtsgültigkeit des Angebotes nicht in der Hand des Bieters, seine Rechtsstellung durch Behebung oder Nichtbehebung des Mangels der firmenmäßigen Fertigung zu verändern. In einem solchen Fall ist in einem zwar nicht firmenmäßig gefertigten, aber rechtsverbindlichen Angebot ein verbesserungsfähiger Mangel zu sehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003, Zl. 2001/04/0037).

Im Beschwerdefall ist unstrittig (und ergibt sich im Übrigen auch aus der Aktenlage), dass Dr. W laut Gesellschaftsvertrag (und dem entsprechenden Firmenbuchauszug) iSd § 18 Abs. 1 und 3 GmbH-Gesetz nur gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen für die GmbH vertretungsbefugt war.

Bei kollektiv(gesamt)vertretungsbefugten Geschäftsführern einer GmbH muss der Wille beider Geschäftsführer nach außen zum Ausdruck kommen (vgl. das Urteil des OGH vom 7. November 2002, 8 Ob A209/02x, mwN). Eine solche

Gesamtvertretung bedeutet, dass rechtsgeschäftliche Erklärungen der Gesellschaft grundsätzlich erst dann wirksam werden, wenn sich sämtliche oder die nach der Satzung erforderliche Zahl von Geschäftsführern an ihnen beteiligen. Entscheidend ist daher, dass sich die Erklärung der Gesamtgeschäftsführer als Gesamttakt aller Kollektivberechtigten darstellt, was rechtstechnisch in verschiedener Weise denkbar ist. Auch eine Ermächtigung des Gesamtgeschäftsführers durch den oder die übrigen Geschäftsführer oder die Erteilung einer Handlungsvollmacht nach § 28 Abs. 1 GmbH-Gesetz kommen in Betracht (vgl. zu allem das Urteil des OGH vom 25. April 1995, 1 Ob 538/95, mwN). Daher kann ein (nur) gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer von den übrigen Geschäftsführern ermächtigt werden und in dieser Weise die GmbH allein vertreten (vgl. auch Koppensteiner, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>2</sup> (1999), 204, Rz. 15 zu § 18 sowie 293, Rz. 3 zu § 28, Reich-Rohrwig, Das Österreichische GmbH-Recht<sup>2</sup> (1997) 273, Rz. 2/212, sowie Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup> (1990), 384f).

Nicht erforderlich dagegen ist es, wie die belangte Behörde angenommen hat, dass eine derartige Vollmacht bereits mit Angebotslegung für den Auftraggeber nach außen erkennbar abgegeben und solcherart "offengelegt" wird. Im Hinblick auf die vom Gesetzgeber geforderte "rechtsgültige Unterfertigung" im Sinne der zivilrechtlichen Bindung des Bieters an sein Angebot (vgl. das zitierte hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2003) reicht es aus, dass eine derartige Vollmacht bis zum Ende der Angebotsfrist erteilt wurde (vgl. hierzu § 42 Abs. 6 BVergG 1997, nach welchem der Bieter während der Angebotsfrist sein Angebot durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten kann). Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über die Rechtsverbindlichkeit des Angebotes hat der Auftraggeber gemäß § 48 Abs. 1 BVergG 1997 entsprechende Aufklärung zu verlangen.

5. Da die belangte Behörde dies verkannt hat, hat sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

6. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 15. Dezember 2006

### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

### **Schlagworte**

Besondere Rechtsgebiete Besondere Rechtsgebiete Diverses Parteiengehör Individuelle Normen und Parteienrechte  
Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2005040091.X00

### **Im RIS seit**

19.01.2007

### **Zuletzt aktualisiert am**

31.10.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)