

# TE Vwgh Beschluss 2019/2/27 Ra 2019/04/0019

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.02.2019

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof  
97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

BVergG 2006 §70  
BVergG 2006 §70 Abs1  
BVergG 2006 §75 Abs7  
VwGG §36 Abs1  
VwGG §48 Abs2 Z1

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die Revision der A GmbH in K, vertreten durch die Dorda Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Universitätsring 10, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 6. Dezember 2018, Zl. LVwG 443.8-2564/2018-32, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Partei: Land Steiermark, vertreten durch die Schiefer Rechtsanwälte GmbH in 1090 Wien, Rooseveltplatz 4-5/5), den Beschluss gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Antrag der mitbeteiligten Partei auf Zuerkennung von Aufwandersatz wird abgewiesen.

## Begründung

1 1. Die mitbeteiligte Partei (Auftraggeber) führte beginnend im Februar 2018 ein Vergabeverfahren betreffend "Planung, Ausführung und 24-Stunden-Betrieb eines Notarzthubschrauber-Stützpunktes im Bundesland Steiermark" im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durch. Die Teilnahmeunterlage (in der berichtigten Fassung vom 9. März 2018) wurde nicht angefochten. Die Revisionswerberin stellte - ebenso wie ein weiterer Unternehmer - einen Teilnahmeantrag. Mit Schreiben vom 30. Mai 2018 forderte der Auftraggeber die Revisionswerberin zur Nachbringung von Nachweisen bzw. zur Erstattung von Aufklärungen auf. Seitens der Revisionswerberin erfolgte mit 20. Juni 2018 ein Antwortschreiben.

2 Am 26. September 2018 gab der Auftraggeber die Entscheidung bekannt, die Revisionswerberin nicht zur zweiten Stufe zuzulassen. Begründet wurde dies u.a. damit, dass nicht dargelegt worden sei, wie die Revisionswerberin die in der Teilnahmeunterlage als Mindestanforderungen definierten Zeiten zur Reparatur der Hubschrauber einhalten

könne, und dass auf Grund der unzureichenden Nachreichung nicht überprüfbar sei, ob mit den angegebenen Vollzeitäquivalenten bzw. den zur Verfügung stehenden Personen ein 24-Stunden-Betrieb aufrechterhalten werden könne.

3 Mit Antrag vom 5. Oktober 2018 begehrte die Revisionswerberin die Nichtigerklärung dieser Entscheidung.

4.2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 6. Dezember 2018 wies das Landesverwaltungsgericht Steiermark diesen Antrag ab und erklärte die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG für unzulässig.

5 Das Verwaltungsgericht stellte - nach Wiedergabe der wesentlichen Inhalte der im Verfahren ergangenen Schriftsätze der Revisionswerberin und des Auftraggebers - Folgendes fest: Die Revisionswerberin habe zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Teilnahmeantrag einen näher bezeichneten hochkomplexen Hubschrauber angegeben, für den Fluggerätemechaniker eine spezielle Ausbildung absolvieren müssten, um die für die Wartung und Reparatur erforderliche Lizenz zu erhalten. Da dem Auftraggeber nicht bekannt gewesen sei, dass in Österreich (derart geeignete) Techniker kurzfristig verfügbar seien, habe er die Revisionswerberin um Aufklärung ersucht, wie die Mindestanforderung (gemäß Punkt 1.4.8 lit. o der Teilnahmeunterlage) umgesetzt werden solle. Im Antwortschreiben vom 20. Juni 2018 habe die Revisionswerberin festgehalten, dass die Verfügbarkeit von Technikern in Österreich in der Teilnahmeunterlage nicht gefordert gewesen sei und sie sämtliche geforderten Reaktionszeiten einhalten werde.

6 Weiters gab das Verwaltungsgericht u.a. folgende Passagen

der Teilnahmeunterlage auszugsweise wieder:

Punkt 1.4.5

"Die Flugrettungsdienstleistungen sind täglich von 0.00 Uhr

bis 24.00 Uhr zu erbringen. (...)"

Punkt 1.4.8

"Der Ausschreibungsgegenstand umfasst die Bereitstellung

eines Notarzthubschraubers insbesondere wie folgt:

(a. ... n.)

o. Alle Notarzthubschrauber müssen täglich zu Dienstbeginn technisch voll einsatzbereit sein. Mit der Reparatur eines technischen Gebrechens muss innerhalb von vier Stunden (vom Ausfall bis zum Eingang der Meldung über den Reparaturbeginn) begonnen und das technische Gebrechen muss binnen 12 Stunden (vom Ausfall bis zur Meldung der Einsatzbereitschaft) behoben werden oder es muss binnen dieser Frist ein gleichwertiges Ersatzfluggerät am Stützpunkt gestellt werden.

(...)"

Punkt 2.2

"2.2.1 Zweistufiges Verfahren

Der Auftraggeber führt das Verhandlungsverfahren als zweistufiges Verfahren durch. (...)

2.2.2 Erste Stufe

Der Auftraggeber prüft im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen auf Vorliegen von Ausschlussgründen gemäß Punkt 3 und Eignungskriterien gemäß Punkt 4 (zwingende Mindesterfordernisse). Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nicht-Erfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls nicht zur Angebotsabgabe eingeladen werden.

(...)"

Punkt 4.3

"Technische Leistungsfähigkeit

Der Auftraggeber wird nur solche Bewerber zur Angebotsabgabe

einladen, die technisch leistungsfähig sind. (...)"

#### Punkt 4.3.4

##### "Verfügbarkeit von Notarzhubschraubern

Die Verfügbarkeit von zumindest einem Notarzhubschrauber, welcher zumindest über die Ausstattungskriterien gemäß Punkt 1.4.8 verfügen muss, zum voraussichtlichen Zeitpunkt der Betriebsaufnahme (...) muss spätestens zum Zeitpunkt des Endes der Teilnahmefrist vorliegen.

(...)"

7 Anschließend verwies das Verwaltungsgericht auf die Ausführungen des Geschäftsführers der Revisionswerberin, aus denen sich ergebe, dass zum Ende der Teilnahmefrist noch nicht sichergestellt gewesen sei, wie eine Einsatzbereitstellung eines Hubschraubers innerhalb von zwölf Stunden umgesetzt würde. Den Einwand des Auftraggebers (betreffend den in München stationierten Ersatzhubschrauber), wonach bei einer üblichen Wetterlage die Überquerung des Alpenhauptkamms von München aus für ein Ersatzfluggerät unmöglich sei, habe der Geschäftsführer nicht entkräften können.

8 Die Teilnahmeanträge - so das Verwaltungsgericht in seinen rechtlichen Erwägungen - seien anhand der bestandfesten Teilnahmeunterlage, die Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit sowie die nötigen Nachweise und das Verfahren festlege, zu beurteilen. Durch den Verweis in Punkt 4 (Eignung) auf Punkt 1.4.8 (Ausschreibungsgegenstand) seien letztere Bestimmungen zu Bestandteilen der Eignungskriterien bzw. Mindestanforderungen geworden. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit habe der Nachweis der Verfügbarkeit und der Erfüllung der Ausstattungskriterien gemäß Punkt 1.4.8 zu erfolgen. Da sich aus den von der Revisionswerberin vorgelegten Urkunden nicht ergeben habe, wie die (zeitlichen) Mindestanforderungen in Bezug auf die Reparatur eines technischen Gebrechens umgesetzt werden sollten, sei der Auftraggeber berechtigt gewesen, um eine dementsprechende Aufklärung zu ersuchen. Das Aufklärungsersuchen sei hinreichend klar formuliert gewesen. Die Revisionswerberin habe in ihrer Antwort pauschal bestätigt, die geforderten Reaktionszeiten einzuhalten, ohne konkret auf die Vorhalte des Auftraggebers einzugehen. Damit sei der geforderte Nachweis der Verfügbarkeit von Notarzhubschraubern und damit der technischen Leistungsfähigkeit nicht erbracht worden. Auf die weiteren Nichtzulassungsgründe sei daher nicht mehr einzugehen gewesen.

9.3. Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Äußerung. 104. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

11 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in

nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

12 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

13 5. Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, vorliegend seien in der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens im Rahmen der auf die technischen Kapazitäten der Revisionswerberin bezogenen Eignungsprüfung zu Unrecht auftragsbezogene, der Bestbieterermittlung zuzuordnende Aspekte geprüft worden. Die vom Auftraggeber verlangte Aufklärung zur Einhaltung der zeitlichen Mindestanforderungen in Bezug auf etwaige Reparaturen betreffe das leistungsbezogene

Wartungskonzept. Die auftragsbezogene Prüfung sei aber der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens vorbehalten. Das Reparaturkonzept sei ein auftragsbezogenes Zuschlagskriterium und kein Eignungskriterium. Die Nennung von Technikern als

Schlüsselpersonen bzw. Maßnahmen zur Qualitätssicherung seien im Rahmen der Eignungsprüfung nicht verlangt

worden. Durch diese unrichtige rechtliche Beurteilung sei die strenge Trennung zwischen unternehmensbezogenen Eignungskriterien und auftragsbezogenen Zuschlagskriterien durchbrochen worden. Es sei unzulässig, "Mischkriterien" zu schaffen, die sowohl eignungs- als auch zuschlagsrelevante Aspekte enthielten. Aspekte der Leistungsbeschreibung könnten nicht Teil der Eignungsprüfung sein.

14 Der vom Verwaltungsgericht begründend herangezogene Verweis bei der Eignung auf Punkt 1.4.8 der Teilnahmeunterlage beziehe sich nur auf die Ausstattungskriterien; die Einhaltung der Maximalfristen in Bezug auf die Behebung technischer Gebrechen sei davon nicht umfasst und daher auch nicht eignungsrelevant.

15 Da ein Wartungskonzept erst im Aufforderungsschreiben vom 30. Mai 2018 verlangt worden sei, stelle sich zudem die Frage, ob der Auftraggeber in Ergänzung zur bestandfesten Teilnahmeunterlage im Zuge der Antragsprüfung zusätzliche Eignungsanforderungen festlegen dürfe.

1 6 6.1. Vorauszuschicken ist, dass die Teilnahmeunterlage, der zufolge in der ersten Verfahrensstufe die Teilnahmeanträge auf das Vorliegen von Ausschlussgründen und die Erfüllung der Eignungskriterien zu prüfen waren, bestandfest geworden ist. Der Auftraggeber ist bei der Eignungsprüfung an seine bestandfesten Festlegungen gebunden (vgl. zur Bindung an die Ausschreibungsunterlagen VwGH 15.3.2017, Ra 2014/04/0052, mwN).

1 7 6.2. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (vgl. VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0130, mwN).

18 Der Verwaltungsgerichtshof hat zudem zum Ausdruck gebracht, dass einer in vertretbarer Weise vorgenommenen einzelfallbezogenen Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Auslegung einer Erklärung im Einzelfall (vorliegend somit der Teilnahmeunterlage) ist nur dann als revisibel anzusehen, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (siehe VwGH 1.10.2018, Ra 2018/04/0137, mwN).

19 Eine derartige krasse Fehlbeurteilung zeigt die Revisionswerberin im vorliegenden Fall nicht auf. Dass das Verwaltungsgericht von dem - im Rahmen der Festlegung der Eignungsanforderungen erfolgten, nicht ausdrücklich auf einzelne Unterpunkte beschränkten - Verweis in Punkt 4.3.4 der Teilnahmeunterlage auf deren Punkt 1.4.8 ungeachtet der Verwendung des Wortes "Ausstattungskriterien" sämtliche Vorgaben des Punktes 1.4.8 umfasst (und damit als im Rahmen der Eignung zu prüfen) ansah, kann - gemessen am objektiven Erklärungswert der Teilnahmeunterlage - nicht als unvertretbar angesehen werden. Nach dem ersten Satz der hier maßgeblichen lit. o des Punktes 1.4.8 war die täglich zu gewährleistende, in technischer Hinsicht volle Einsatzbereitschaft des Notarzthubschraubers gefordert. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtes, dass die unmittelbar daran anknüpfenden zeitlichen Vorgaben für Reparaturen von technischen Gebrechen der Hubschrauber bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit ebenfalls zu berücksichtigen seien, ist jedenfalls vertretbar. Eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der konkret erfolgten Auslegung dieser Bestimmungen wird nicht aufgezeigt.

20 Dementsprechend ist auch nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht das Aufforderungsschreiben des Auftraggebers vom 30. Mai 2018 (nämlich aufzuklären, wie die Mindestanforderungen des Punktes 1.4.8 lit. o von der Revisionswerberin erfüllt würden) auf Basis der Teilnahmeunterlage als gerechtfertigt ansah und in dieser Aufforderung keine zusätzlichen Eignungsanforderungen erblickte. Somit kommt es auf die Lösung der diesbezüglich von der Revisionswerberin als grundsätzlich ins Treffen geführten Frage, ob ein Auftraggeber nachträglich zusätzliche Eignungsanforderungen festlegen dürfe, fallbezogen nicht an (und es muss daher auch nicht geklärt werden, ob eine derartige Festlegung als sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase gesondert anzufechten gewesen wäre). Es ist auch nicht unvertretbar, dass das Verwaltungsgericht - wie auch der Auftraggeber - den Inhalt des Schreibens der Revisionswerberin vom 20. Juni 2018 mangels näherer Darlegung als nicht hinreichend erachtet hat, um den Nachweis der Verfügbarkeit eines den Anforderungen in Punkt 1.4.8 der Teilnahmeunterlage entsprechenden Notarzthubschraubers und somit den (vollständigen) Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen.

2 1 6.3. Soweit die Revisionswerberin ins Treffen führt, es sei unzulässig, im Rahmen der Eignungsprüfung auftragsbezogene, der Bestbieterermittlung bzw. Leistungsbeschreibung zuzuordnende Aspekte zu berücksichtigen, ist dazu Folgendes festzuhalten:

22 Nach § 70 Abs. 1 BVergG 2006 dürfen Eignungsnachweise so weit festgelegt werden, wie dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Die Mindestanforderungen hinsichtlich der Eignung müssen somit dem Auftragsgegenstand angemessen sein (vgl. VwGH 22.4.2010, 2008/04/0077). Daraus ergibt sich aber, dass das verlangte Niveau an Eignung in Beziehung zur nachgefragten Leistung zu setzen ist. Die Festlegungen zur Leistungsbeschreibung und somit auftragsbezogene Aspekte sind daher insoweit auch im Rahmen der Eignungsprüfung bedeutsam.

23 Innerhalb der Schranken des § 70 Abs. 1 BVergG 2006 kommt dem Auftraggeber die Befugnis zu, das Niveau an verlangter Leistungsfähigkeit festzulegen (vgl. VwGH 4.7.2016, Ra 2015/04/0085, mwN). Dass angesichts der Bedeutung der raschen und permanenten Verfügbarkeit eines Notarzthubschraubers die Vorgabe, wonach sich die Leistungsfähigkeit auch auf die Fähigkeit erstrecken muss, eine zeitgerechte Behebung technischer Gebrechen sicherzustellen, unsachlich bzw. unverhältnismäßig sei und somit der dem Auftraggeber zustehende Spielraum - bei Zugrundelegung der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung - überschritten wäre, ist nicht ersichtlich. Somit ist die Auslegung der Teilnahmeunterlage (der zufolge bei der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit auch die Verfügbarkeit eines den Vorgaben des Punktes 1.4.8 voll entsprechenden Hubschraubers maßgeblich war) auch unter diesem Blickwinkel nicht als unvertretbar anzusehen.

24 Dass durch die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Auslegung die Verpflichtung zur Trennung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien verletzt worden wäre, vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Schon mangels Festlegung der Zuschlagskriterien in der Teilnahmeunterlage ist eine Relevanz der Einhaltung der genannten zeitlichen Vorgaben für die Bestbieterermittlung bzw. die Angebotsbewertung nicht ersichtlich. Fallbezogen handelt es sich zudem um eine zwingend zu erfüllende Vorgabe, die in dieser Form kein Zuschlagskriterium sein kann (siehe zur Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bzw. zur Möglichkeit, hinsichtlich eines Aspektes zum einen eine Mindestvorgabe festzulegen und zum anderen eine "Übererfüllung" bei der Angebotsbewertung zu berücksichtigen VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0036, mwN).

25 Soweit die Revisionswerberin schließlich vorbringt, die Forderung nach einem Wartungskonzept sei kein zulässiges Eignungskriterium, ist dem entgegenzuhalten, dass der Auftraggeber nicht die Vorlage eines Wartungskonzeptes verlangt hat, sondern den Nachweis der Erfüllung eines Teilespektes der technischen Leistungsfähigkeit (nämlich der Fähigkeit, den Vorgaben hinsichtlich der Reparaturarbeiten und -fristen und somit der Verfügbarkeit des Notarzthubschraubers zu entsprechen). Der Umstand, dass in der Teilnahmeunterlage konkret für diesen Eignungsaspekt keine Nachweise angeführt waren, macht es nicht von vornherein unzulässig, einen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich dieses Aspektes zu verlangen (vgl. etwa VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094; bzw. § 75 Abs. 7 BVergG 2006, wonach als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit u.a. Angaben zur Ausrüstung bzw. zu den Fachkräften verlangt werden können).

26 7. In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

27 Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

28 Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.

29 Die Äußerung der mitbeteiligten Partei vom 19. Februar 2019 enthält Ausführungen zum Antrag der Revisionswerberin auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und zur Zulässigkeit der Revision sowie einen Antrag auf Zuerkennung von Aufwandersatz.

30 Soweit sich der Antrag auf Zuerkennung von Aufwandersatz auf das Provisorialverfahren bezieht - insoweit wurde die mitbeteiligte Partei vom Verwaltungsgerichtshof zur Erstattung einer Stellungnahme eingeladen - genügt der Hinweis, dass für dieses Verfahren in den §§ 47 bis 59 VwGG kein Aufwandersatz vorgesehen ist, so dass gemäß § 58 VwGG jede Partei den ihr im Provisorialverfahren erwachsenden Aufwand selbst zu tragen hat (vgl. VwGH 26.6.2018, Ra 2018/04/0116, mwN).

31 Sollte das in der Äußerung erstattete Vorbringen zur Zulässigkeit der Revision der Sache nach als Revisionsbeantwortung anzusehen sein und sich der Antrag auf Zuerkennung von Aufwandersatz insoweit auf das Revisionsverfahren selbst beziehen, ist darauf hinzuweisen, dass über die Revision ein Vorverfahren nicht eingeleitet wurde und somit keine Aufforderung des Verwaltungsgerichtshofes zur Einbringung einer Revisionsbeantwortung an

die mitbeteiligte Partei ergangen ist. Der in der von einer mitbeteiligten Partei unaufgefordert eingebrachten Revisionsbeantwortung begehrte Aufwandersatz war nicht zuzuerkennen (vgl. VwGH 19.12.2018, Ra 2018/03/0035, mwN).

Wien, am 27. Februar 2019

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2019040019.L00

**Im RIS seit**

25.06.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

25.06.2019

**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)