

# TE Vwgh Beschluss 2019/9/18 Ra 2018/04/0096

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.09.2019

## Index

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §78

BVergG 2006 §79

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger sowie Hofrätin Mag. Hainz-Sator und Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa, über die Revision der C GmbH in P, vertreten durch MMag. Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Imbergstraße 19, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Februar 2018, Zl. W138 2182130- 2/22E, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Partei: Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung in Wien, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Mariahilfer Straße 1b/17), den Beschluss gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

## Begründung

1 1. Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages durch. Die Teilnahmefrist endete am 23. Oktober 2017. Die Revisionswerberin brachte fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein. 2 Die Auftraggeberin forderte die Revisionswerberin in der Folge zweimal zur Vorlage weiterer Nachweise bzw. Erstattung von Aufklärungen auf. Diese Anfragen wurden von der Revisionswerberin jeweils fristgerecht beantwortet.

3 Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 29. Dezember 2017 wurde die Revisionswerberin von der Nicht-Zulassung ihres Teilnahmeantrages in Kenntnis gesetzt.

4 Gegen diese Entscheidung der Auftraggeberin richtete sich der verfahrensgegenständliche Nachprüfungsantrag vom 8. Jänner 2018, mit welchem die Revisionswerberin (zusammengefasst) die Nichtigkeitsklage der Entscheidung begehrte, den Teilnahmeantrag der Revisionswerberin nicht weiter zu berücksichtigen bzw. diese wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und unzureichender Auskunftserteilung auszuschließen und nicht zum fortgesetzten Vergabeverfahren zuzulassen.

5 2.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: Verwaltungsgericht) den Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Auftraggeberentscheidung ab (Spruchpunkt A) und erklärte die Revision für nicht zulässig (Spruchpunkt B).

6 2.2. In seiner Begründung traf das Verwaltungsgericht nach Darstellung des Verfahrensverlaufs zu den Teilnahmeunterlagen (hier gekürzt) folgende Feststellungen:

"Die Teilnahmeunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

Öffentliche Erkundung des Bewerberkreises für (...)

1. Stufe

(...)

7. Eignungsnachweise - Mindesteignung (Eignungskriterien)

Geeignet sind natürliche und juristische Personen sowie Bietergemeinschaften,

-

die zur Erbringung der verfahrensgegenständlichen Lieferleistung berechtigt sind,

-

die die Mindestanforderungen an die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erfüllen und

-

(...)

Die Eignung muss im Zeitpunkt der Abgabefrist für den Teilnahmeantrag vorliegen und während des gesamten Vergabeverfahrens aufrecht sein (...).

Mit dem Teilnahmeantrag haben die Bewerber entsprechende Erklärungen zur beruflichen Zuverlässigkeit, zur technischen Leistungsfähigkeit sowie zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit abzugeben. Binnen 3 Werktagen ab Aufforderung sind dazu gegebenenfalls ergänzende Nachweise (bei sonstigem Ausscheiden) aktuell vorzulegen, wobei unter ‚aktuell‘ nicht älter als sechs Monate verstanden wird.

(...)

Die Bewerber haben mit ihren Teilnahmeantrag auch die Eigenerklärung (siehe TAF. Pkt. 3) für folgende Nachweise zu leisten bzw. können diese Nachweise auch bereits bei Angebotslegung beifügen.

(...)

Zum Nachweis ihrer finanziellen und wirtschaftlichen

Leistungsfähigkeit:

(...)

Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherungsdeckung oder diesbezügliche Vorpromesse eines anerkannten Versicherungsinstituts, mit Sitz im EWR oder der Schweiz mit einer Versicherungssumme von EUR 10 Mio/Schaden bzw. EUR 20 Mio/Jahr auf die Projektlaufzeit für Sach-, Personen- und Vermögensschäden, im Auftragsfall eine derartige Deckung zu gewähren.

(...)

10.6. Prüfung und Auswertung der Anträge zur Teilnahme am Vergabeverfahren

Nach Ablauf der Antragsfrist und Protokollierung der Teilnahmeanträge folgt deren Überprüfung und Auswertung durch den ACG nach den Vorschriften des BVergG. Dabei werden insbesondere die zwingenden Ausscheidensgründe der §§ 68 ff und § 129 BVergG beachtet.

(...)"

7 Weiter traf das Verwaltungsgericht die Feststellungen, die Auftraggeberin habe die Revisionswerberin mit Schreiben vom 3. November 2017 unter Hinweis auf die Ausschreibungsbedingungen betreffend den Nachweis der finanziellen

und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf den fehlenden Nachweis der Versicherungsdeckung hingewiesen und zu einer entsprechenden Nachreichung aufgefordert. Die Revisionswerberin habe daraufhin am 9. November 2017 das Schreiben eines Versicherungsmaklers übermittelt, aus welchem hervorgegangen sei, dass für ein bestimmt bezeichnetes Unternehmen Versicherungsschutz mit der Deckungssumme von EUR 10 Millionen für Personen-, Sach- und Vermögensschäden (zweifach maximiert) bestehe und die Revisionswerberin - neben anderen konzernverbundenen Unternehmen - als mitversichertes Unternehmen gelte.

8 Nach Erhalt dieser Antwort habe die Auftraggeberin die Revisionswerberin mit Schreiben vom 30. November 2017 unter Hinweis auf § 126 BVergG 2006 neuerlich zur Aufklärung aufgefordert und insbesondere um Klarstellung ersucht, inwiefern die Revisionswerberin mit dem aus der Versicherung begünstigten Unternehmen verbunden sei und ob das in der Versicherungspolize genannte Deckungsvolumen im Falle einer Schadensdeckung zugunsten eines der anderen mitversicherten Unternehmen geschmälert werde. Im Falle einer bis zum festgesetzten Termin nicht oder nicht zufriedenstellend erbrachten Nachreichung der erforderlichen Information, könne der Teilnahmeantrag der Revisionswerberin nicht weiter berücksichtigt werden.

9 In ihrer fristgerecht erstatteten Stellungnahme habe die Revisionswerberin angegeben, dass sie selbst über keine eigenständige Versicherung verfüge und der Versicherungsschutz für alle mitversicherten Unternehmen gelte. "Zweifach maximiert" bedeute eine maximale Deckungssumme von EUR 20 Millionen pro Jahr. Die Frage der Auftraggeberin, ob ein bei einem der anderen mitversicherten Unternehmen eingetretener Versicherungsschaden das Haftungsvolumen auch für die Revisionswerberin reduziere, sei wie folgt beantwortet worden: "Ja, der Versicherungsschutz gilt für alle mitversicherten Unternehmen." Darüber hinaus habe die Revisionswerberin Folgendes mitgeteilt: "Bezugnehmend auf Fragebeantwortung 24 des Auftraggebers (...) geben wir eine Vorpromesse an, dass wir im Auftragsfall eine derartige Haftpflichtversicherung, die den Vorgaben des Auftraggebers entspricht, abschließen werden."

10 2.3. In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht - nach Bejahung der eigenen Zuständigkeit und der Zulässigkeit des verfahrensgegenständlichen Antrages - begründend aus, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit müsse beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. Die Ausschreibungsbedingungen seien bestandfest geworden und nach dem objektiven Erklärungswert eines fachkundigen Bieters auszulegen. Die Teilnahmeanträge seien anhand der bestandfesten Teilnahmeunterlagen zu prüfen, wobei der objektive Erklärungswert des Teilnahmeantrages maßgeblich sei. Den Teilnahmebedingungen sei zu entnehmen, dass die Eignung zum Zeitpunkt des Abgabetermins für den Teilnahmeantrag vorliegen müsse, sowie dass die Bewerber eine Eigenerklärung für die in der Ausschreibung genannten Nachweise abgeben könnten bzw. die in der Ausschreibung genannten Nachweise bereits bei Angebotslegung beifügen könnten. Für einen objektiven Erklärungsempfänger sei aufgrund des Wortlauts der Teilnahmebedingungen klar gewesen, dass die Eignung bei Ende der Abgabefrist vorliegen müsse und die Eignungsnachweise entweder mit dem Teilnahmeantrag oder binnen drei Tagen nach Aufforderung vorzulegen seien.

11 Hinsichtlich der geforderten Versicherungsdeckung sei aufgrund der Teilnahmebedingungen der Nachweis erforderlich, dass jeder einzelne Bewerber unbedingt und unbeschränkt über eine Versicherungsdeckung in der festgelegten Höhe verfügen können müsse. Dies habe auch für den Fall des Bestehens einer Mitversicherung zu gelten. Für das Verwaltungsgericht sei die Ansicht der Auftraggeberin nachvollziehbar, dass aus der von der Revisionswerberin vorgelegten Versicherungsbestätigung nicht hinreichend deutlich erkennbar sei, ob die Versicherungsdeckung in Höhe von EUR 20 Millionen jedem mitversicherten Unternehmen zur Gänze oder den mitversicherten Unternehmen gemeinsam einmalig zur Verfügung stehe. Der genaue Versicherungsumfang lasse sich aus den von der Revisionswerberin vorgelegten Unterlagen nicht objektiv erkennen. Damit habe die Revisionswerberin ihre Eignung hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht entsprechend den Teilnahmeunterlagen nachgewiesen, weshalb die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin zu Recht ergangen sei. Zuletzt werde darauf hingewiesen, dass für den erkennenden Senat kein Zweifel daran bestehe, dass jene Personen, die das Schreiben vom 29. Dezember 2017 betreffend die Nicht-Zulassung unterfertigt hätten, von der Auftraggeberin bevollmächtigt gewesen seien, was sich aus den von der Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 16. Jänner 2018 vorgelegten unbedenklichen Vollmachtbestätigungen ergebe.

12 3. Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und/oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von

Verfahrensvorschriften aufzuheben.

13 4.1. 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.

14 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

15 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. 16 4.2. Ob ein Angebot einen zum Ausscheiden führenden Mangel aufweist, ist am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen - hier konkret an den Teilnahmebedingungen - zu messen (ständige Rechtsprechung; vgl. etwa VwGH 23.11.2016, Ra 2015/04/0084, mwN). Die Überprüfung des Vorliegens des Ausscheidenstatbestandes erfordert somit die Auslegung der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen und der vom betreffenden Bieter erstatteten Angebotslegung.

17 Insofern die Revision ihre Zulässigkeit auf das Fehlen von Rechtsprechung zum "Auslegungskanon einer vergaberechtlichen Entscheidung" zu stützen sucht, ist ihr Folgendes zu entgegnen:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen 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 4.7.2016, Ra 2016/04/0015, 0016).

18 Die Prüfung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes stellt dabei stets eine im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung dar (ständige Rechtsprechung; vgl. wiederum Ra 2015/04/0084). Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die in vertretbarer Weise vorgenommene einzelfallbezogene Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen nicht revisibel ist, weil der fallbezogenen Auslegung grundsätzlich keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Auslegung einer Erklärung im Einzelfall ist nur dann als revisibel anzusehen, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (vgl. VwGH 26.6.2019, Ra 2019/04/0064, mwN; zu den Teilnahmebedingungen in einem Verhandlungsverfahren vgl. VwGH 12.9.2016, Ra 2015/04/0081). Eine krasse Fehlbeurteilung in diesem Sinne zeigt die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen nicht auf.

19 4.3. Hinsichtlich des Vorbringens in der Zulässigkeitsbegründung, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage "der Zulässigkeit einer Mitversicherung im Konzern im vergaberechtlichen Kontext" bzw. zu der Frage, ob eine Mitversicherung als Eignungsnachweis einer geforderten Berufshaftpflichtversicherung ausreichend sei, ist die Revision wiederum auf die oben angeführte Rechtsprechung zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen zu verweisen. 20 Fallbezogen ist zu ergänzen, dass das Verwaltungsgericht aufgrund der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen in Zusammenhang mit den unbestrittenen Feststellungen betreffend die im Rahmen des Vergabeverfahrens von der Auftraggeberin an die Revisionswerberin gerichteten Rückfragen und deren Beantwortung in nicht unvertretbarer Auslegung der wechselseitigen Erklärungen darauf geschlossen hat, dass die Revisionswerberin den in den Ausschreibungsbedingungen geforderten Nachweis nicht in der vorgeschriebenen Weise erbracht habe und daher der von der Auftraggeberin herangezogene Ausscheidensgrund verwirklicht sei. Die von der Revision in der Zulässigkeitsbegründung vorgebrachten Argumente vermögen keine Zweifel an der Vertretbarkeit der rechtlichen Beurteilung des Verwaltungsgerichts zu begründen. Insbesondere ist dem Vorbringen der Revision, "es ergebe sich bereits aus dem zivilrechtlichen Institut der Mitversicherung, dass die Versicherungssumme jedem einzelnen Unternehmen voll zur Verfügung stehe und nicht durch allfällige Ansprüche Dritter geschmälert" werde, zu entgegnen, dass sich der Umfang des vertraglich zugesicherten Versicherungsschutzes aus den jeweils vereinbarten Versicherungsbedingungen bzw. aus den für den konkreten Versicherungsvertrag geltenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Berücksichtigung allfällig vereinbarter Besonderer Versicherungsbedingungen ergibt. Inwiefern sich aus der bloßen Mitteilung des Vorliegens einer Mitversicherung zugunsten der Revisionswerberin ohne Kenntnis der dem konkreten Versicherungsvertrag zugrunde liegenden

Bedingungen zwingend darauf schließen lasse, dass eine allfällige Deckung von Schadensfällen der übrigen mitversicherten Unternehmen die vertraglich insgesamt zugesagte Versicherungsdeckung nicht schmälern würde, ist demnach nicht nachvollziehbar. 21 4.4. Die Revision bringt weiter vor, das Verwaltungsgericht gehe in seiner rechtlichen Beurteilung hinsichtlich der angefochtenen Auftraggeberentscheidung von einer ausreichenden Bevollmächtigung der unterfertigenden Personen zur Abgabe rechtswirksamer Erklärungen im Namen der Auftraggeberin aus, ohne in seiner Begründung näher darauf einzugehen. In Hinblick auf das Vorbringen der Revisionswerberin zur fehlenden Zeichnungsberechtigung der Personen, die die verfahrensgegenständlich angefochtene Entscheidung gezeichnet hätten, liege ein Stoffsammlungsmangel vor.

22 Dem ist zu erwidern, dass das Verwaltungsgericht - wenn auch disloziert - erkennbar die von der Auftraggeberin vorgelegten und vom Verwaltungsgericht ausdrücklich als unbedenklich qualifizierten Vollmachtbestätigungen als Sachverhaltsgrundlage für die rechtliche Schlussfolgerung des Vorliegens der Rechtswirksamkeit der angefochtenen Auftraggeberentscheidung herangezogen hat. Insofern ist das Vorliegen einer unzureichenden Ermittlung im Zusammenhang mit dem Vorbringen der Revisionswerberin betreffend die Rechtswirksamkeit der angefochtenen Entscheidung nicht ersichtlich. Die Relevanz eines konkreten Stoffsammlungsmangels wird von der Revisionswerberin in diesem Zusammenhang nicht aufgezeigt, weshalb auch dieses Vorbringen die Zulässigkeit der Revision nicht begründet (vgl. VwGH 28.2.2017, Ra 2017/16/0001).

23 4.5. In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Wien, am 18. September 2019

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2018040096.L00

**Im RIS seit**

11.11.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

11.11.2019

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

© 2024 JUSLINE

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

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