

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

18.08.2017

Geschäftszahl

Ra 2017/04/0022

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

Ra 2017/04/0023

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler sowie die Hofräte Dr. Mayr und Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Mitter, über die Revision der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. P GmbH in W, 2. S GmbH in W, 3. B GmbH in M sowie 4. S AG in W, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien, Schuberting 6, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22. Dezember 2016, W187 2134620- 2/53E, und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22. Dezember 2015 (gemeint offenbar: 2016), W187 2134620-2/54E, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: 1. B GmbH in W, vertreten durch die Heid Schiefer Rechtsanwälte OG in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4;

2. Bietergemeinschaft bestehend aus 1. W GmbH in M, 2. U GmbH in B sowie 3. H GmbH in W, vertreten durch die Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4), den **Beschluss** gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Antrag der erstmitbeteiligten Partei auf Aufwandsersatz wird abgewiesen.

Begründung

1 1. Die B GmbH (erstmitbeteiligte Partei, Auftraggeberin) führte beginnend im Jahr 2013 ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durch. Leistungsgegenstand war die Sanierung einer näher bezeichneten Altlast. Die Auftragsvergabe sollte nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

2 Die Revisionswerberin legte - ebenso wie die Bietergemeinschaft G (zweitmitbeteiligte Partei) - ein Letztangebot, das am 27. Juni 2016 geöffnet wurde. Am 2. September 2016 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) bekannt.

3 2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Revisionswerberin auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung ab. Mit dem angefochtenen Beschluss wurde der Antrag der Revisionswerberin auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren ebenfalls abgewiesen. Die ordentliche Revision wurde in beiden Fällen gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für unzulässig erklärt.

4 3. Gegen diese Entscheidungen erhob die Revisionswerberin außerordentliche Revision.

5 Die erstmitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung, in eventu Abweisung der Revision beantragt.

6 4. 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. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG).

7 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.

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

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

10 6.1. Die Revisionswerberin bringt vor, die Auftraggeberin habe auf Grund eines internen Protokolls der Zuschlagsempfängerin Kenntnis davon gehabt, dass die Zuschlagsempfängerin bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung die Absicht gehabt habe, die Leistungen nicht entsprechend den Angaben in ihrem Angebot zu erbringen. Es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu, wie eine derartige Änderungsabsicht bei der Angebotsprüfung zu berücksichtigen sei bzw. ob die Auftraggeberin zumindest eine Aufklärung hätte verlangen müssen, weiters dazu, ob ein Zuschlag auf ein Scheinangebot dem Wettbewerbsgrundsatz widerspreche sowie, ob ein Bieter, der die Absicht habe, eine Leistung abweichend von seinem Angebot zu erbringen, als beruflich unzuverlässig anzusehen sei.

11 Die Auffassung des Verwaltungsgerichtes, dass der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich des Zeitpunktes der Bekanntgabe ihrer Absicht, anderes Schlüsselpersonal und andere Subunternehmer (als von ihr angeboten) einzusetzen, ein Wahlrecht zukomme, sei unzutreffend und stehe in Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) in der Rs. C-91/08, *Wall AG*.

12 Weiters fehle Rechtsprechung dazu, wie der Umstand zu werten sei, dass nicht sämtliche Mitglieder der für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft an der Absprache, die im genannten Protokoll ihren Ausdruck gefunden habe, mitgewirkt hätten, bzw. ob das Verwaltungsgericht ermitteln hätte müssen, inwieweit das dritte Mitglied der Bietergemeinschaft dieser Absprache gesondert zugestimmt habe.

13 6.2. Die Revision vermag nicht darzulegen, dass die Beurteilung der Entscheidungen des Verwaltungsgerichtes und damit das rechtliche Schicksal der Revision von der Lösung dieser Rechtsfragen "abhängt" (siehe dazu den hg. Beschluss vom 15. März 2017, Ra 2016/04/0037, mwN). Anders als die Revisionswerberin hat das Verwaltungsgericht aus dem in Rede stehenden Protokoll nämlich nicht den Schluss gezogen, dass die Zuschlagsempfängerin nur ein Scheinangebot gelegt und nicht die Absicht gehabt habe, die angebotene Leistung in dieser Form auszuführen. Da an der - dem Protokoll zugrunde liegenden - Besprechung nur zwei der Mitglieder der für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft teilgenommen hätten, könne darin keine Willensbildung der Zuschlagsempfängerin gesehen werden. Zudem sehe der abzuschließende Vertrag die Möglichkeit von Vertragsänderungen (etwa im Bereich der Weitergabe von Teilleistungen an im Angebot noch nicht genannte Subunternehmer) bzw. von Optimierungen (etwa hinsichtlich des Behandlungskonzeptes) ausdrücklich vor, wobei dies an die Zustimmung durch die Auftraggeberin geknüpft sei. Ein von der Revisionswerberin ins Treffen geführter Austausch von Schlüsselpersonal könne dem Protokoll überhaupt nicht entnommen werden. Aus dem Protokoll war daher nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes ein fehlender Bindungswille der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich ihres Angebotes nicht abzuleiten.

Die Prämisse, auf der die von der Revisionswerberin ins Treffen geführten Rechtsfragen beruhen, wurde vom Verwaltungsgericht seiner Entscheidung somit nicht zugrunde gelegt. Ausgehend davon war auch der diesen Themenkomplex betreffenden Anregung auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH nicht Rechnung zu tragen, weil das Verwaltungsgericht die - auch den von der Revisionswerberin formulierten Vorlagefragen zugrunde liegende - Annahme (die Zuschlagsempfängerin habe subjektiv die Absicht gehabt, die Leistung abweichend von ihrem Angebot auszuführen) nicht geteilt hat.

14 Soweit die Revisionswerberin mit ihrem Vorbringen (zu der vom Verwaltungsgericht verneinten Bindungswirkung des Protokolls) der Sache nach die - der dargestellten Auffassung zugrunde liegende - Beweiswürdigung durch das Verwaltungsgericht rügt, genügt der Hinweis, dass der Verwaltungsgerichtshof als Rechtsinstanz zur Überprüfung der Beweiswürdigung im Allgemeinen nicht berufen ist. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG liegt als Abweichung von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann vor, wenn das Verwaltungsgericht die im Einzelfall vorgenommene Beweiswürdigung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Weise vorgenommen hat (vgl. etwa den hg. Beschluss vom 12. September 2016, Ra 2016/04/0063, mwN). Eine derartige, vom Verwaltungsgerichtshof aufzugreifende Unvertretbarkeit der Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichtes wird in der Revision nicht aufgezeigt. Soweit in der Revision im Zusammenhang mit der behaupteten Unschlüssigkeit der Beweiswürdigung auf die weiteren Revisionsausführungen verwiesen wird, ist festzuhalten, dass die Gründe für die Revisionszulässigkeit gesondert anzuführen sind und ein Verweis auf sonstige Revisionsausführungen nicht genügt (siehe etwa den hg. Beschluss vom 4. Juli 2016, Ra 2016/04/0047, mwN).

15 Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin widerspricht die Auffassung des Verwaltungsgerichtes auch nicht dem Urteil des EuGH vom 13. April 2010 in der Rs. C-91/08, *Wall AG*, weil das Verwaltungsgericht auf die aus dem Unionsrecht und insbesondere aus der Rechtsprechung des EuGH resultierenden Grenzen für Vertragsänderungen ohnehin eingegangen ist (Pkt. 3.3.2.4 des angefochtenen Erkenntnisses) und eine vom EuGH im genannten Urteil (Rn. 39) angesprochene, ausnahmsweise mit dem Wechsel eines Subunternehmers verbundene wesentliche Vertragsänderung vorliegend nicht ersichtlich ist.

16 **7.1.** Die Revisionswerberin macht geltend, das Verwaltungsgericht habe die Ausschreibungsunterlagen im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer chemisch-physikalischen (Vor)Behandlung von Abfällen in unvertretbarer Weise ausgelegt bzw. sei es mit seiner Auffassung, wonach die Verwendung von Abfällen zur Errichtung von Trenndämmen als "stoffliche Verwertung" anzusehen sei, von den Ausschreibungsfestlegungen abgewichen.

17 Das Verwaltungsgericht habe sich mit den von der Revisionswerberin vorgelegten Gutachten nicht hinreichend befasst und es habe selbst keine Sachverständigen beigezogen. Dies widerspreche zum einen dem hg. Erkenntnis vom 12. September 2013, 2010/04/0066, dem zufolge ein durch Sachverständigengutachten untermauertes Vorbringen auf fachlicher Ebene zu überprüfen sei, und zum anderen näher zitierter Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, wonach Beweisanträge nicht ohne Ermittlungen und ohne Begründung abgelehnt werden dürften.

18 **7.2.** Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die in vertretbarer Weise vorgenommene, einzelfallbezogene Auslegung von Ausschreibungsunterlagen bzw. von Angebotsunterlagen nicht revisibel ist bzw. dass einer vertretbaren Auslegung keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (siehe den hg. Beschluss vom 1. Februar 2017, Ro 2016/04/0054, 0055, mwN). Dass dem Verwaltungsgericht bei seiner Auslegung - dahingehend, dass die von der Zuschlagsempfängerin angebotene (Vor)Behandlung auch chemische Verfahrensschritte beinhalte und damit (im Hinblick auf Anhang 2 zum AWG) den Vorgaben der Ausschreibung entspreche, sowie dass der zulässige Einsatz von (vor)behandelten Abfällen zur Errichtung von Trenndämmen keine Geländeanpassung im Sinn der Ausschreibungsunterlage sei - eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre bzw. diese Ansicht unvertretbar wäre, vermag die Revision nicht aufzuzeigen.

19 Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem von der Revisionswerberin ins Treffen geführten Erkenntnis 2010/04/0066 zum Ausdruck gebracht, dass die Beantwortung der Rechtsfrage, ob ein Angebot auszuscheiden war, Feststellungen im Tatsachenbereich voraussetzt, die wiederum die Erhebung eines Sachverständigenbeweises erforderlich machen können. Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof der dort belangten Behörde vorgehalten, sie hätte das durch ein Sachverständigengutachten untermauerte Beschwerdevorbringen auf fachlicher Ebene überprüfen müssen.

20 Das Verwaltungsgericht hat den von der Revisionswerberin vorgelegten Gutachten entgegeng gehalten, diese würden von anderen Voraussetzungen, nämlich einer rein physikalischen Vorbehandlung, ausgehen und daher für den vorliegenden Sachverhalt keine Aussage liefern. Ausgehend von der als nicht unvertretbar anzusehenden Annahme des Verwaltungsgerichtes zum Vorliegen einer chemischphysikalischen (Vor)Behandlung ist auch diese Befassung mit den vorgelegten Gutachten (sowie die unterbliebene Einholung weiterer Gutachten zu dieser Frage) nicht zu beanstanden.

21 Soweit die Revisionswerberin die unterbliebene Auseinandersetzung des Verwaltungsgerichtes mit weiteren von ihr vorgelegten gutachterlichen Äußerungen sowie die unterlassene Beiziehung von Sachverständigen zu Fragen wie der "Ausgestaltung der Abbauböschung" oder dem "Vergleich der Output-Ströme" moniert, zeigt sie die Relevanz der damit behaupteten Verfahrensfehler nicht auf (siehe zur Darstellung der Relevanz des Verfahrensmangels in den Revisionszulässigkeitsgründen den hg. Beschluss vom 27. April 2016, Ra 2016/05/0033, mwN, sowie zur Einzelfallbezogenheit der Beurteilung über die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme die hg. Beschlüsse vom 8. Jänner 2015, Ra 2014/08/0064, und vom 18. März 2015, Ra 2015/04/0017). Ausgehend davon lässt sich auch aus der von der Revisionswerberin ins Treffen geführten hg. Rechtsprechung zum Hinwegsetzen über Beweisanträge vorliegend nichts gewinnen.

22 **8.1.** Die Revisionswerberin bringt vor, das Verwaltungsgericht gehe offenbar davon aus, dass Trenndämme keiner ALSAG-Pflicht (Verpflichtung zur Entrichtung eines Altlastenbeitrags nach dem Altlastensanierungsgesetz - ALSAG) unterlägen und ein entsprechender ALSAG-Beitrag nicht im Angebotspreis zu berücksichtigen gewesen sei. Damit habe es verkannt, dass Baumaßnahmen auf Deponien nach der hg. Rechtsprechung (Verweis unter anderem auf die Erkenntnisse vom 25. Oktober 2016, Ra 2014/07/0081, und vom 27. Mai 2003, 2003/07/0014) einer ALSAG-Pflicht unterlägen.

23 **8.2.** Die Revisionswerberin unterstellt dem Verwaltungsgericht - ohne konkrete Bezugnahme auf bestimmte Ausführungen im angefochtenen Erkenntnis - eine bestimmte, von ihr als verfehlt angesehene Rechtsansicht. Sie legt aber nicht konkret auf die vorliegende Rechtssache bezogen dar, warum der Verwaltungsgerichtshof die dargestellte Frage in einer Entscheidung über die Revision als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, von der die Lösung der Revision abhängt, zu behandeln hätte (siehe zum Erfordernis eines konkreten Fallbezugs etwa die hg. Beschlüsse vom 15. Mai 2017, Ro 2015/02/0017, und vom 21. März 2017, Ra 2015/22/0147), zumal weder ersichtlich ist noch aufgezeigt wird, in welcher Weise die

(Nicht)Berücksichtigung bestimmter Beiträge im Angebotspreis im zugrunde liegenden Nachprüfungsverfahren gegenständlich war.

24 **9.1.** Die Revisionswerberin moniert, ihr sei keine Einsicht in Aktenteile gewährt worden, hinsichtlich derer offenkundig kein Geheimhaltungsinteresse der Zuschlagsempfängerin bestehe. Zudem sei die Revisionswerberin im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu wesentlichen Themen (etwa betreffend das in Rede stehende Protokoll) von der Teilnahme ausgeschlossen worden und durfte nicht die Frage stellen, ob die Zuschlagsempfängerin ihr Angebot ändern wolle. Eine effektive Rechtsverfolgung sei dadurch wesentlich beeinträchtigt worden.

25 **9.2.** Im Rahmen des § 17 Abs. 3 AVG ist das Interesse der Partei (hier der Revisionswerberin) an der Akteneinsicht gegen das Interesse anderer Parteien (hier insbesondere der Zuschlagsempfängerin) im Einzelfall abzuwägen bzw. ist im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit ein überwiegendes Interesse besteht, einem (hier) Bieter bestimmte Informationen vorzuenthalten (siehe etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2012, 2009/04/0187, sowie allgemein *Hengstschläger/Leeb*, AVG I2, § 17 Rz. 9, mwN). Im vorliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht eine derartige Interessenabwägung vorgenommen und ist dabei zum Ergebnis gelangt, dass eine Weitergabe von Angaben über konkrete Verfahrensschritte, verwendete Materialien oder die Bezeichnung von Anlagen betreffend das Angebot der Zuschlagsempfängerin aus Gründen des Schutzes ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht möglich sei. Dass diese einzelfallbezogene Interessenabwägung in unvertretbarer Weise erfolgt wäre, vermag die Revision nicht aufzuzeigen.

26 Soweit die Revisionswerberin die Offenlegung einzelner (nicht näher bezeichneter) Angaben erst im angefochtenen Erkenntnis moniert, fehlt es dem diesbezüglichen Vorbringen zur Verweigerung der Akteneinsicht an der gebotenen Relevanzdarstellung, weil nicht dargelegt wird, inwieweit ihr Nachprüfungsantrag bei früherer Kenntnis dieser Umstände Erfolg gehabt hätte (vgl. dazu auch den hg. Beschluss vom 17. September 2014, 2013/04/0160). Gleiches gilt für die Rüge, der Revisionswerberin sei die Möglichkeit der Fragestellung an die Zuschlagsempfängerin zu dem in Rede stehenden Protokoll vorenthalten worden, weil nicht aufgezeigt wird, in welcher Weise dies die Revisionswerberin darin gehindert habe, ihre - vom Verwaltungsgericht letztendlich nicht geteilte - Auffassung zu den aus diesem Protokoll zu ziehenden Schlüssen vorzubringen, und sie daher an einer effektiven Rechtsverfolgung gehindert gewesen wäre (siehe zum Erfordernis einer Relevanzdarstellung im Zusammenhang mit der gerügten Verletzung des Parteiengehörs den hg. Beschluss vom 18. Februar 2015, Ra 2015/04/0003 bis 0004, mwN).

27 **10.** 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 Dem von der erstmitbeteiligten Partei gestellten Antrag auf Aufwandersatz war nicht stattzugeben, weil die von ihr erstattete Revisionsbeantwortung nicht vom Verwaltungsgerichtshof gemäß § 36 Abs. 1 VwGG aufgetragen wurde (vgl. den hg. Beschluss vom 21. Dezember 2016, Ra 2016/04/0117, mwN).

Wien, am 18. August 2017