



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser und die Hofräte Dr. Mayr sowie Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revisionen der Bietergemeinschaft Swietelsky & Kremsmüller bestehend aus 1. der S GmbH & Co KG und 2. der K KG, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermann-gasse 2, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Oktober 2020, Zl. W139 2233092-1/25E (protokolliert zu hg. Ro 2020/04/0033), sowie den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Oktober 2020, Zl. W139 2233092-2/5E (protokolliert zu hg. Ra 2020/04/0174), betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Partei: Ö AG in W, vertreten durch die Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Jasomirgottstraße 6/5), den **Beschluss**

gefasst:

Die Revisionen werden zurückgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der mitbeteiligten Partei (im Verfahren Ro 2020/04/0033) Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung:**

- 1 Aus dem angefochtenen Erkenntnis ergibt sich zusammengefasst folgender - unbestritten gebliebener - Sachverhalt:
- 2 Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) führte als öffentliche Sektorenauftraggeberin iSd § 167 Bundesvergabegesetz 2018 - BvergG 2018 ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages über die Errichtung einer näher beschriebenen Kraftwerksanlage durch.





- 3 Die unangefochten bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise:

„ ...

## **12 Eignungskriterien**

...

### **12.2 Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit**

#### **12.2.1. Bescheinigung berufliche Zuverlässigkeit Erklärung:**

Der Bewerber bzw Bieter bzw alle Mitglieder der Bewerber- bzw Bietergemeinschaft müssen die berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 249 Abs 1 und 2 BVergG besitzen.

Der Nachweis ist durch Vorlage der rechtsverbindlich gefertigten Erklärung zur allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit gemäß Muster auf der Plattform ProVia unter ‚Service / Download / Formulare‘ zu erbringen. ...

#### **12.3 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit**

...

##### **12.3.1.3 Finanzielle und wirtschaftliche LF - Bonität (KSV)**

Der Bewerber bzw Bieter bzw alle Mitglieder der Bewerber- bzw Bietergemeinschaft müssen für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine entsprechende Bonität, welche kein erhöhtes Risiko ergibt (z.B. Rating an Hand des KSV max. 399), haben.

Die Auskunft wird ggf vom AG eingeholt.

#### **12.4 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit**

##### **12.4.1 Referenzprojekte**

Für die Vergabe der Arbeiten kommen nur Unternehmen in Betracht, die gewährleisten, dass sie über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebenen Leistungen über die gesamte Bauzeit verfügen und vergleichbare Arbeiten im angeführten Referenzzeitraum bereits durchgeführt haben.

Die Eignung ist mit je 1 Referenzprojekt in den Kategorien 1-4 mit folgenden Mindestanforderungen nachzuweisen (wobei ein Referenzprojekt auch mehrere Kategorien abdecken kann):

...





**Kategorie 3:**

Druckrohrleitung Stahl geschweißt, Nennweite mind. DN1.000, maximaler Betriebsdruck (ohne Druckstoß) mind. 25bar, Länge mindestens 300m zusammenhängend Referenzzeitraum: 15 Jahre, d.h. Übernahme nach 1.9.2004 ...“

- 4 Das prognostizierte Gesamtbauende und die Übergabe der Gesamtanlage wurden mit 11. August 2023 und als Endtermin für die Ausführung der vertragsgemäßen Leistungen der 8. September 2023 festgelegt. Als „kritische Leistung“ wurde unter anderem die Leistung „Druckrohrleitungsbau, inkl. Schweißarbeiten“ definiert. Diese kritischen Leistungen waren zu 100% vom Bieter als Eigenleistung selbst zu erbringen. Der geschätzte Auftragswert beträgt etwas mehr als € 100 Mio., jener der Leistung „Druckrohrleitungsbau, inkl. Schweißarbeiten“ rund 12 % des geschätzten Gesamtauftragswertes.
- 5 Die Revisionswerberin, eine näher bezeichnete Bietergemeinschaft bestehend aus der N.N. GmbH & Co KG und der XY Industrieanlagenbau KG, beteiligte sich an diesem Verfahren mit der Legung eines Letztangebots am 10. Juni 2020. Entsprechend diesem Angebot soll die XY Industrieanlagenbau KG die Leistungen „Druckrohrleitungen (Rohrleitungsbau)“ erbringen. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nannte die XY Industrieanlagenbau KG eine Referenz im Sinne des Punktes 12.4.1 Kategorie 3 der Ausschreibungsunterlage.
- 6 Mit Beschluss des Landesgerichts W vom 15. Juni 2020 wurde über das Vermögen der XY Industrieanlagenbau KG ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet.
- 7 Mit Schreiben vom 7. Juli 2020 teilte die Auftraggeberin der Revisionswerberin mit, dass ihr Angebot betreffend das Hauptbaulos Bau inklusive Druckrohrleitung gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 wegen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der XY Industrieanlagenbau KG ausgeschieden worden sei.
- 8 Die Auftraggeberin begründete ihre Ausscheidensentscheidung zusammengefasst damit, dass aufgrund der konkreten Situation die XY Industrieanlagenbau KG nicht die notwendige Sicherheit für die Erfüllung





der (gesamten) vertraglichen Pflichten biete, die Leistungsfähigkeit der Revisionswerberin daher für die Durchführung des Auftrags nicht ausreiche, weshalb die Auftraggeberin „im Sinn einer Ermessensentscheidung auf Null“ verpflichtet sei, das Angebot auszuschließen. Trotz Vorliegen positiver Umstände (in der Gläubigerausschusssitzung am 24. Juni 2020 zustimmend zur Kenntnis genommener Sanierungsplan, Erklärung der Bindungswirkung zum Angebot durch den Masseverwalter, beabsichtigte Fortführung des Unternehmens, gesetzliche Solidarhaftung der N.N. GmbH & Co KG, geringer Leistungsanteil der Gemeinschuldnerin) sprächen dennoch die Risiken und Unsicherheiten für das Ausscheiden des Angebots. Letztere würden aus folgenden Gründen überwiegen:

Aktuell bestehe trotz Vorliegen eines Sanierungsplans und Zustimmung im Gläubigerausschuss keine Sicherheit für die Auftraggeberin, dass der Sanierungsplan tatsächlich erfüllt werden könne. Die Sanierungsplantagsatzung finde erst am 15. Oktober 2020 statt. Die Risikobewertung in der Plausibilisierung der Fortführungsrechnung für den hohen Finanzierungsbedarf in den nächsten Monaten aufgrund des starken Working Capitals Aufbaus werde sehr hoch eingeschätzt. Gleichzeitig würden rückläufige Umsätze erwartet.

Nur 15 Tage nach Eröffnung des Sanierungsverfahrens über die XY Industrieanlagenbau KG sei auch über die XY Industrieservice KG (dem internen Personalservice) das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet worden. Angesichts der Firmenverflechtung seien daraus die Personalauswirkungen derzeit noch nicht absehbar.

Grundlage für das Sanierungsverfahren der XY Industrieanlagenbau KG und die Finanzierung durch näher genannte Bank sei die (ausführliche) Plausibilisierung der Fortführungsrechnung eines näher genannten Wirtschaftsprüfungsunternehmens. Diese enthalte einen umfassenden „disclaimer“, worin ausdrücklich darauf hingewiesen werde, dass „in der Regel die geplanten und tatsächlichen Ergebnisse voneinander abweichen, da zukünftige Ereignisse und Umstände häufig nicht wie erwartet eintreten“.



Die Aussage des Masseverwalters, wonach die „Finanzierung bis 2022 gesichert sei“, relativiere sich, weil der Kreditvertrag mehrere außerordentliche Kündigungsmöglichkeiten, wie etwa bei Nichtannahme oder Nichterfüllung des Sanierungsplans bzw. bei Nichteintritt bestimmter Prognosen, vorsehe.

Das KSV-Rating der Kommanditistin der XY Industrieanlagenbau KG, die sowohl die Sicherheiten bestellt habe, als auch als Solidarschuldnerin für den Kredit hafte, betrage zum aktuellen Zeitpunkt 425 (erhöhtes Risiko) mit einer überdurchschnittlichen Ausfallswahrscheinlichkeit.

Es handle sich vorliegend um einen mehr als € 100 Mio.-Auftrag, der (ohne Gewährleistungsverpflichtung) bis Mitte 2023 projektiert sei. Die Kreditlaufzeit sei jedoch mit 31. Dezember 2022 festgelegt. Der Zeitraum danach sei für die Auftraggeberin - mit Ausnahme der Solidarhaftung der N.N. GmbH & Co KG - „aus heutiger Sicht“ ungesichert.

Schließlich sei - der „Business Judgment Rule gem § 84 Abs 1a AktG“ entsprechend - auch noch das Risiko einer Neuausschreibungspflicht zu berücksichtigen, die bei einer möglichen Konkursöffnung der XY Industrieanlagenbau KG während der Vertragslaufzeit gegeben sei. Damit verbunden seien höhere Kosten im Vergleich zur Differenz zum zweitplatzierten Bieter, ein beträchtlicher Zeitverzug und rechtliche Themen wie etwa Übernahme/Abgrenzung der Gewährleistungsverpflichtung.

- 9 Mit Schriftsatz vom 16. Juli 2020 beantragte die Revisionswerberin die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung verbunden mit einem Antrag auf Gebührenersatz beim Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) und den Ersatz der von ihr hierfür entrichteten Pauschalgebühren.
- 10 Mit dem zu Ro 2020/04/0033 angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht diesen Nachprüfungsantrag ab (Spruchpunkt A) und sprach aus, dass die Revision zulässig sei (Spruchpunkt B).
- 11 Begründend führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, die Auftraggeberin habe nach Bekanntwerden des eröffneten Insolvenzverfahrens über das Vermögen der XY Industrieanlagenbau KG mit dem Masseverwalter



vorerst telefonisch Kontakt aufgenommen und diesen schließlich per E-Mail zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit um dessen Stellungnahme zum Angebot der Revisionswerberin, zur Prognose der Leistungsfähigkeit und zur Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit der Gemeinschuldnerin ersucht. Beim erstmaligen Kontakt habe die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin gegenüber dem Masseverwalter ihr Vertretungsverhältnis offengelegt und klargestellt, dass sich die Auftraggeberin im Stadium der Angebotsprüfung befinde. In einem Schreiben an die N.N. GmbH & Co KG als federführendes Mitglied der Revisionswerberin sei diese über die aufgezeigte Vorgangsweise der Rechtsvertreterin der Auftraggeberin in Kenntnis gesetzt und danach gefragt worden, ob diese die Bietergemeinschaft bis zum Vertragsende fortführen werde. Soweit zwischen der Rechtsvertreterin der Auftraggeberin und dem Rechtsvertreter der Revisionswerberin über dessen Initiative telefonischer und schriftlicher (per E-Mail) Kontakt bestanden habe, habe dies unter anderem Fragen im Zusammenhang mit dem Ausschlussgrund gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 und der Möglichkeit der Abstandnahme vom Ausschluss gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 betroffen. Dabei sei für den Fall des Scheiterns der Sanierung der XY Industrieanlagenbau KG über eine mögliche Absicherung der Auftraggeberin durch eine Übernahme des die Gemeinschuldnerin betreffenden Betriebsteils (bzw. ein diesbezügliches Angebot zur Übernahme) seitens der N.N. GmbH & Co KG korrespondiert worden. Überdies sei angesichts des infolge des eröffneten Insolvenzverfahrens auf 700 gestellten KSV-Ratings die Möglichkeit des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch anstelle des KSV-Ratings alternativ beizubringende Unterlagen thematisiert worden. Sowohl dem Masseverwalter als auch dem Rechtsvertreter der Revisionswerberin sei bekannt gewesen, dass die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin über die Beurteilung des Ausscheidens der Revisionswerberin aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Rechtsgutachten erstellen werde. Die Vertretungsverhältnisse der Rechtsvertreterin der Auftraggeberin einerseits und des Masseverwalters sowie des Rechtsvertreters der Revisionswerberin andererseits seien wechselweise klar gewesen.



Gemäß § 299 Abs. 1 BVergG 2018 sei die Angebotsprüfung durch entsprechend fachlich qualifizierte Personen vorzunehmen. Eine vorangehende Offenlegung gegenüber den Bietern, wem diese Prüfung übertragen worden sei, sei nicht gefordert.

In Bezug auf die stattgefundene Kommunikation zwischen der Auftraggeberin und dem Masseverwalter bzw. der Revisionswerberin im Zuge der Angebotsprüfung hinsichtlich des eröffneten Sanierungsverfahrens über die XY Industrieanlagenbau KG sei eine umfassende inhaltliche Erörterung der sich in diesem Zusammenhang möglicherweise stellenden Rechtsfragen nicht geboten. Die Auftraggeberin habe vielmehr ausreichend gegenüber dem Masseverwalter und der Revisionswerberin kommuniziert, dass die abgeforderten Unterlagen und Stellungnahmen der Beurteilung eines Ausschlusses gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 iVm § 249 Abs. 3 BVergG 2018 oder eines Ausschlusses mangels Eignung gemäß § 302 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 dienten. Die Revisionswerberin sei daher zu keinem Zeitpunkt an der Vorlage weiterer Unterlagen bzw. einer umfassenderen Präsentation in der Aufbereitung sowie in der Darlegung und Verständlichkeit gehindert gewesen. Schließlich sei die Auftraggeberin auch nicht verpflichtet gewesen, vor ihrer Ausscheidensentscheidung der Revisionswerberin das Prüfungsergebnis zwecks Stellungnahme vorzuhalten.

Das Aufklärungsverfahren sei daher nicht rechtswidrig. Dem Transparenzgrundsatz sei hinreichend Rechnung getragen worden.

Vom Ausschluss des betroffenen Unternehmers könne auch bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens während eines Vergabeverfahrens abgesehen werden, wenn die Leistungsfähigkeit des Unternehmers für die Durchführung des Auftrages ausreiche. Zwischen der Insolvenz eines Unternehmers und seiner Leistungsfähigkeit bestehe ein Konnex. Dies werde insofern verdeutlicht, als das BVergG 2018 in Umsetzung der Richtlinie 2014/25/EU für den Sektorenauftraggeber die Möglichkeit der Abstandnahme von einem Ausschluss allgemein ohne Einschränkung auf bestimmte Vergabeverfahren vorsehe, wenn „der fragliche Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein wird, den Auftrag zu erfüllen“. Dabei handle es sich weiterhin um einen Aspekt der



wirtschaftlichen Zuverlässigkeit. Damit werde die Auftragserteilung an einen Unternehmer trotz Insolvenzverfahrens in das Ermessen des Auftraggebers, das dieser unionsrechtskonform ausüben müsse, gestellt. Der Auftraggeber habe unter Ausübung seines Ermessens eine Prognoseentscheidung zu treffen. Dem Auftraggeber werde dabei ein Beurteilungsspielraum im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung eingeräumt. Für die Prognose seien nicht allein im Unternehmen begründete Umstände ausschlaggebend, sondern es müssten mit Blick auf den jeweils ausgeschriebenen Leistungsgegenstand jedenfalls auch die konkreten Vorgaben und Umstände der Leistungserbringung in die abwägende Beurteilung einfließen.

In einem solchen Fall könne das Verwaltungsgericht nur überprüfen, ob das dem Auftraggeber insofern eröffnete Ermessen iSd Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeübt worden sei.

Vorliegend sei noch kein Vertrag geschlossen worden. Ebenso dürfe die Auftragsvergabe nur an befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmer erfolgen. Entgegen dem Vorbringen der Revisionswerberin sei daher die „Kann“-Bestimmung in § 249 Abs. 4 BVergG 2018 in Zusammenschau mit § 25b IO und § 21 IO nicht als „Muss“-Bestimmung auszulegen.

Sofern die Revisionswerberin moniere, die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, ihr Gelegenheit zur Selbstreinigung gemäß § 254 Abs. 1 BVergG 2018 zu geben, sei - wie sich aus den Materialien zur vergleichbaren Bestimmung des § 83 Abs. 1 BVergG 2018 (RV 69 BlgNR 26. GP 108 f) ergebe - aufgrund der Möglichkeit der Abstandnahme vom Ausschluss eine Selbstreinigung nicht notwendig und vorstellbar. Die Überlegungen, wonach trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine in die Zukunft gerichtete positive Annahme getroffen werden könne, dass der Unternehmer den Auftrag bzw. den ihn treffenden Leistungsteil zuverlässig erfüllen könne, habe der Auftraggeber bereits bei der Prüfung der Voraussetzungen für einen Ausschluss aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 anzustellen. In diesem Sinn sei auch Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU zu verstehen. Wenn der Unionsgesetzgeber darauf abstelle, dass sich der





Wirtschaftsteilnehmer in der Situation des eröffneten Insolvenzverfahrens zu befinden habe und eine positive Prognose ein Absehen vom Ausschluss nach sich ziehen könne, könne im Umkehrschluss eine negative Prognose ein derartiges Absehen nicht mehr zur Folge haben. Eine Selbstreinigung komme in Bezug auf den Ausschlussgrund der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens daher nicht in Betracht.

Da nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft den Anforderungen an die Zuverlässigkeit zu entsprechen habe und die Bietergemeinschaft in ihrer Zusammensetzung unverändert geblieben sei, sei zu prüfen gewesen, ob die XY Industrieanlagenbau KG jede sie treffende vertragliche Verpflichtung, wozu auch deren Pflicht zur Solidarhaftung und insbesondere allfällige Gewährleistungsverpflichtungen über die prognostizierte Vertragsdauer hinaus zählen würden, erfüllen werde können. Die Berufung auf die Solidarhaftung des anderen Mitglieds der Bietergemeinschaft belege überdies auch deswegen nicht die wirtschaftliche Zuverlässigkeit der XY Industrieanlagenbau KG iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018, weil dadurch deren Potenzial, aus eigenem ihre auftragsgemäßen vertraglichen Verpflichtungen erfüllen zu können, gerade nicht dokumentiert werde. Darüber hinaus lege die bestandfeste Ausschreibung sowohl hinsichtlich des Nachweises der beruflichen Zuverlässigkeit als auch des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit fest, dass alle Mitglieder der Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft den geforderten Nachweis zu erbringen hätten, weshalb eine isolierte Betrachtung und Beurteilung der XY Industrieanlagenbau KG geboten gewesen sei. Selbst wenn man in der „Leistungsfähigkeit“ gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 keinen Aspekt der (wirtschaftlichen) Zuverlässigkeit, sondern der (finanziellen und wirtschaftlichen) Leistungsfähigkeit erblicken würde, würde dies zu keinem anderen Ergebnis betreffend die Frage der zu beurteilenden Unternehmer führen.

Es erscheine nicht unsachlich, dass bei der Entscheidungsfindung der Auftraggeberin, trotz deren grundsätzlich positiven Einschätzung zur vorerst geplanten Fortführung des Unternehmens, etwa auch die prognostizierte



Vertragsdauer von beinahe drei Jahren, das (nicht unerhebliche) Auftragsvolumen sowie die Qualifikation der seitens der XY Industrieanlagenbau KG zu erbringenden Leistungen als „kritische“ Leistungen in die Prognoseentscheidung und Risikoeinschätzung Eingang gefunden hätten bzw. auf diese Einfluss genommen hätten.

Entsprechend der Plausibilisierung der Fortführungsrechnung durch näher genanntes Wirtschaftsprüfungsunternehmen bedürfe es aufgrund des im Fortführungszeitraum bestehenden Finanzierungsbedarfs künftig auch der Inanspruchnahme eines Kredites zur Fortführung des gemeinschuldnerischen Unternehmens. Insofern erscheine es nicht unsachlich, in der vorliegenden Vereinbarung weitgehender außerordentlicher Kündigungsgründe des Kredites, wie der nicht fristgerechten Erfüllung des Sanierungsplanes oder dem Unterschreiten des gemäß Fortführungsrechnung geplanten jährlichen „EBITDAs“ um einen bestimmten Prozentsatz, ein nicht unerhebliches Risiko für die Gewährleistung der tatsächlichen Ausführung des Auftrages bzw. Leistungsteils zu erblicken. Bei dieser Einschätzung habe die Auftraggeberin jedenfalls auch die Tatsache einfließen lassen können, dass die der Kreditvergabe zugrundeliegende Bonitätsbeurteilung durch näher genannte Bank der Auftraggeberin nicht zur Verfügung gestellt bzw. eine solche gar nicht vorgenommen worden sei, obgleich eine solche angesichts der sämtliche Kreditinstitute treffenden Verpflichtungen im Rahmen des Risikomanagements grundsätzlich vorliegen hätte müssen (§ 5 Kreditinstitute-Risikomanagementverordnung) und das in Bezug auf die insolvente XY Industrieanlagenbau KG auf 700 gestellte KSV-Rating in dieser Hinsicht nicht aussagekräftig sein habe können. Die Auftraggeberin habe daher davon ausgehen können, dass sich die Annahme zur gesicherten Fortführung des Unternehmens relativiere.

Wenn die Sanierung nicht gelingen würde, wäre die Erfüllung der gegenständlichen Leistungen keinesfalls gesichert, zumal die von der XY Industrieanlagenbau KG zu erbringenden Leistungen „kritische“ Leistungen darstellen würden, für welche ausschließlich die XY Industrieanlagenbau KG Eignungsreferenzen erbracht habe. Der Einsatz



eines Subunternehmers käme daher ebenso wenig in Betracht, um die Leistungserbringung sicherzustellen, wie jener des, zwar solidarisch haftenden, aber mangels Nachweises der entscheidenden Eignungsreferenz nicht entsprechend geeigneten zweiten Mitglieds der Bietergemeinschaft. Ob durch eine allfällige Übernahme der betreffenden Mitarbeiter und der hierfür erforderlichen Geräte und Maschinen durch die N.N. GmbH & Co KG auch ein Übergang der Referenzen und damit die technische Leistungsfähigkeit der N.N. GmbH & Co KG vorliegen würde, sei zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung keinesfalls absehbar gewesen. Nur wenn die die Bietergemeinschaft ersetzende N.N. GmbH & Co KG die entsprechende Eignung gemäß den Festlegungen im Vergabeverfahren aufweisen würde, käme es gemäß § 365 Abs. 3 Z 3 lit. b BVergG 2018 zu einem Auftragnehmerwechsel, der als unwesentliche Vertragsänderung keine Neuausschreibung erfordern würde. Die Einbeziehung auch der damit gegebenenfalls verbundenen wirtschaftlichen und (vergabe)rechtlichen Risiken und Konsequenzen in die Prognoseentscheidung sei vor dem Hintergrund des konkreten Leistungsgegenstandes und im Lichte der die Auftraggeberin treffenden Sorgfaltspflicht gemäß § 84 AktG plausibel und nachvollziehbar. Unsachliche Erwägungen sowie ein Überschreiten des Ermessensspielraumes seien nicht erkennbar.

Die Auftraggeberin habe daher im Ergebnis die Revisionswerberin zu Recht mangels beruflicher Zuverlässigkeit ausgeschlossen bzw. deren Angebot ausgeschieden.

- 12 Den Zulässigkeitsausspruch begründete das Verwaltungsgericht mit fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Möglichkeit zur „Selbstreinigung“ gemäß § 254 Abs. 1 BVergG 2018 im Falle des Ausschlussgrundes der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Unternehmers gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018.
- 13 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die zu Ra 2020/04/0033 erhobene ordentliche Revision. Die mitbeteiligte Partei beantragte in ihrer Revisionsbeantwortung die Zurück- in eventu Abweisung der Revision gegen Aufwändersatz.



- 14 Mit dem zu Ra 2020/04/0174 angefochtenen Beschluss wies das  
Verwaltungsgericht den Antrag der Revisionswerberin auf Ersatz der  
entrichteten Pauschalgebühr in Folge der Abweisung des Nachprüfungsantrags  
gemäß § 341 Abs. 1 BVergG 2018 ab und sprach aus, dass die Revision nicht  
zulässig sei.
- 15 Dagegen richtet sich die zu Ra 2020/04/0174 erhobene außerordentliche  
Revision.
- 16 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).
- 17 Gemäß § 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 mit Beschluss zurückzuweisen.
- 18 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.
- 19 Gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 kann der  
Sektorenauftraggeber - unbeschadet der Abs. 4 bis 6 - einen Unternehmer  
jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn über das  
Vermögen des Unternehmers ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der  
Sektorenauftraggeber kann gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 von einem  
Ausschluss gemäß Abs. 2 Z 1 Abstand nehmen, wenn die Leistungsfähigkeit  
des Unternehmers für die Durchführung des Auftrages ausreicht.
- 20 Auch in der ordentlichen Revision hat der Revisionswerber von sich aus die  
maßgeblichen Gründe für die Zulässigkeit der Revision aufzuzeigen, sofern er



der Ansicht ist, dass die Begründung des Verwaltungsgerichtes für die Zulässigkeit der Revision nicht ausreicht oder er andere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung für relevant erachtet (vgl. etwa VwGH 31.10.2023, Ro 2020/04/0024 bis 0025, Rn. 15, mwN).

- 21 Die Zulässigkeit einer Revision setzt neben einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG voraus, dass die Revision von der Lösung dieser geltend gemachten Rechtsfrage „abhängt“, davon kann aber nur dann ausgegangen werden, wenn auch die Relevanz der Rechtsfrage für den Verfahrensausgang begründet wird (vgl. etwa VwGH 26.7.2022, Ra 2021/16/0094, Rn. 8, mwN). Die Revision hat daher konkret darzutun, warum das rechtliche Schicksal der Revision von der behaupteten Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung abhängt (vgl. VwGH 15.9.2020, Ra 2020/09/0030, Rn. 8, mwN).
- 22 Ergänzend zur Begründung des Zulässigkeitsausspruchs des Verwaltungsgerichts brachte die ordentliche Revision zur Möglichkeit der Selbstreinigung gemäß § 254 BVergG 2018 im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vor, dass entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26. Juni 2019, Ra 2018/04/0161, 0177, das Recht eines Unternehmers auf Selbstreinigung im Fall des Ausschlussgrunds eines Insolvenzverfahrens bejaht habe und bloß für das damalige Verfahren mangels Relevanz keine abschließende Beurteilung vorgenommen habe. Insofern sei das Verwaltungsgericht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abgewichen. Diese Auslegung des § 254 BVergG 2018 sei auch unionsrechtlich geboten. Aus näher benannter Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) ergebe sich, dass die Möglichkeit der Selbstreinigung unabhängig von der Art des Ausschlussgrundes bestehe und Unternehmer einen Anspruch hätten, dass ihnen diese Möglichkeit gewährt werde. Könne der betroffene Unternehmer entsprechende Nachweise erbringen, dürfe ihn der Auftraggeber nicht ausschließen. § 254 BVergG 2018 sei daher „aufgrund des Prinzips der unionsrechtskonformen Interpretation auch im Fall des Ausschlussgrundes der



Insolvenzeröffnung anwendbar“. Dieses Ergebnis könne jedoch auch aus § 254 BVergG 2018 selbst abgeleitet werden. Die anderslautenden Erläuterungen seien unerheblich, weil sie nicht im Gesetz Niederschlag gefunden hätten. Bei richtiger Beurteilung wäre das Verwaltungsgericht zum Ergebnis gelangt, dass die Auftraggeberin der Revisionswerberin keine Möglichkeit zur Darlegung der erfolgreichen Selbstreinigung eingeräumt habe.

- 23 Dem ist entgegen zu halten, dass weder in der Begründung der Zulässigkeitsentscheidung des Verwaltungsgerichts noch im ergänzenden Zulässigkeitsvorbringen der Revision aufgezeigt wird, inwieweit der Revisionswerberin eine Möglichkeit der „Selbstreinigung“ im vorliegenden Fall zugutegekommen wäre. Weder der bloß pauschale Hinweis in der Revision auf „die von der Revisionswerberin vorgelegten Unterlagen“ noch die allgemeine Behauptung, wonach im Hinblick auf den Umstand, dass „ein Insolvenzverfahren ... proaktiv zu Sanierungszwecken vor Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit auf Eigeninitiative des jeweiligen Unternehmers eröffnet werden“ könne, der Nachweis der Selbstreinigung im Fall der Insolvenzeröffnung denkbar sei, vermögen konkret eine erfolgreiche Selbstreinigung darzutun. Insofern ist nicht ersichtlich, dass die Revision von der Lösung der zur Anwendbarkeit des § 254 BVergG 2018 auf den Ausschlussgrund des § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 vom Verwaltungsgericht und der Revision aufgeworfenen Rechtsfrage abhängt (vgl. zur mangelnden Relevanz der Rechtsfrage, ob und in welcher Weise eine in Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehene Möglichkeit der „Selbstreinigung“ beim Ausschlussgrund des Vorliegens eines Insolvenzverfahrens überhaupt in Betracht kommt, ohne ausreichende Darlegung einer erfolgreichen Möglichkeit der „Selbstreinigung“ VwGH 26.6.2019, Ra 2018/04/0161, 0177, Rn. 70).
- 24 Weder das Verwaltungsgericht noch die Revision zeigten daher diesbezüglich mangels Relevanz für den Verfahrensausgang eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf.
- 25 Die Revision erblickt überdies eine grundsätzliche Rechtsfrage im Fehlen von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Anforderungen an eine rechtskonforme Vorgehensweise bei der Angebotsprüfung gemäß den



§§ 299 ff BVergG 2018, wozu aufgrund des Verweises in § 299 Abs. 3 Z 2 BVergG 2018 auch die Prüfung, ob ein Ausschlussgrund erfüllt sei, zähle. Insbesondere fehle Rechtsprechung dazu, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen telefonische Auskunftersuchen und die Vornahme dieser Schritte durch andere Personen als den Auftraggeber oder die vergebende Stelle (Dritte) mit diesen Bestimmungen und den Vergabegrundsätzen vereinbar sei. Wenn von einer dritten Person im Zuge der Angebotsprüfung insbesondere telefonische Schritte gegenüber Bietern gesetzt würden, sei eine vorherige Offenlegung, dass diese Person die abschließende Angebotsprüfung vornehme (und nicht nur ein Gutachten erstelle, dem der Auftraggeber bei seiner Entscheidung möglicherweise, aber nicht notwendigerweise folge), zur Wahrung einer gesetzeskonformen Vorgehensweise erforderlich. Die Vorgangsweise der Auftraggeberin habe diesen Anforderungen nicht entsprochen. Bei richtiger Beurteilung hätte das Verwaltungsgericht mangels rechtskonformer Vorgehensweise die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklären müssen.

- 26 Das Verwaltungsgericht hat zur Angebotsprüfung seitens der Auftraggeberin festgestellt, dass die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin beim erstmaligen Kontakt zum Masseverwalter ihr Vertretungsverhältnis offengelegt und dabei klargestellt habe, dass sich die Auftraggeberin im Stadium der Angebotsprüfung befinde. Ebenso sei in einem Schreiben an das federführende Mitglied der revisionswerbenden Bietergemeinschaft diese über die aufgezeigte Vorgangsweise der Rechtsvertreterin der Auftraggeberin in Kenntnis gesetzt worden. Der weitere telefonische und schriftliche Kontakt zwischen der Rechtsvertretung der Auftraggeberin und der Revisionswerberin habe unter anderem Fragen im Zusammenhang mit dem Ausschlussgrund gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 und der Möglichkeit der Abstandnahme vom Ausschluss gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 betroffen. Sowohl dem Masseverwalter als auch dem Rechtsvertreter der Revisionswerberin sei bekannt gewesen, dass die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin über die Beurteilung des Ausscheidens der Revisionswerberin aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Rechtsgutachten erstellen werde (Seiten 73 und 74 des angefochtenen Erkenntnisses).



- 27 Demnach musste sowohl dem Masseverwalter als auch der Rechtsvertretung der Revisionswerberin klar sein, dass die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin die für die Prüfung des Ausschlussgrundes gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 und einer allfälligen Abstandnahme vom Ausschluss nach § 249 Abs. 4 BVergG 2018 maßgebliche Aufklärung einholt und ihr gegenüber die für die Ausscheidensentscheidung wesentlichen Unterlagen zu übermitteln bzw. Erklärungen abzugeben sind.
- 28 Dass die Revisionswerberin bei Offenlegung der Vornahme der abschließenden Angebotsprüfung durch deren Rechtsvertreter hinreichende Nachweise für ihre Leistungsfähigkeit iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018 hätte erbringen können, kann die Revision mit dem pauschalen Hinweis, sie hätte in diesem Fall „deutlich umfangreichere Erklärungen zur finanziellen Situation des insolventen Mitglieds der Revisionswerberin erstattet“, nicht aufzeigen.
- 29 Ebenso moniert die Revision fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu den inhaltlichen Anforderungen einer Aufforderung im Zusammenhang mit der Prüfung der ausreichenden Leistungsfähigkeit iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018. Nach Auffassung der Revisionswerberin sei näher dargelegte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach betreffend die Vorlage von Eignungsnachweisen ein Mängelbehebungsauftrag für den Unternehmer hinreichend klar und präzise sein müsse, auf eine Aufforderung zur Vorlage von Nachweisen gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 übertragbar. Bieter müssten in die Lage versetzt sein, zu beurteilen, welche Unterlagen für den erforderlichen Nachweis vorzulegen seien. Entgegen dem Verwaltungsgericht sei der Hinweis der Auftraggeberin, dass Stellungnahmen und Unterlagen zur Beurteilung erforderlich seien, ob angesichts der Insolvenzeröffnung ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren nach § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 iVm § 249 Abs. 3 BVergG 2018 oder ein Ausscheiden mangels Eignung gemäß § 302 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 in Frage komme, nicht ausreichend. Vorliegend gehe es nicht um die Frage, ob überhaupt ein Ausschlussgrund vorliege, sondern vielmehr ob trotz Erfüllung eines zwingenden Ausschlussgrundes davon gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 abzusehen sei.





Der Hinweis sei daher nicht ausreichend klar und präzise gewesen und es hätte deshalb die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt werden müssen.

- 30 Nach dem Wortlaut des § 249 Abs. 4 BVergG 2018 steht es dem Auftraggeber im Fall des Vorliegens des Ausschlussgrundes nach § 249 Abs. 2 Z 1 leg. cit. infolge Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Unternehmers frei, bei Vorliegen der Leistungsfähigkeit zur Auftragsdurchführung trotz eröffnetem Insolvenzverfahrens von einem Ausschluss abzusehen. Dem Auftraggeber kommt insofern eine Ermessensentscheidung zu. Der Auftraggeber hat in diesem Zusammenhang dem betreffenden Unternehmer die Möglichkeit zu geben, von sich aus seine in concreto gegebene Leistungsfähigkeit iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018 zu belegen (vgl. *Gölles* in *Gölles* [Hrsg.], BVergG 2018, [2019], § 78 Rz. 53, sowie *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam* [Hrsg.], Bundesvergabegesetz 2018 [2020] § 78 Rz. 22). Dementsprechend liegt es vor allem beim betreffenden Unternehmer, dem Auftraggeber die für die Prüfung der Leistungsfähigkeit geeigneten Unterlagen samt notwendiger Erläuterungen zur Verfügung zu stellen. Der Auftraggeber ist gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 nicht verpflichtet, vor seiner Ausscheidensentscheidung dem betreffenden Unternehmer die Gelegenheit einer allfälligen Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung der vorgelegten Unterlagen einzuräumen.
- 31 Entsprechend dieser Grundsätze stellt die Prüfung der Leistungsfähigkeit gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 durch den Auftraggeber eine einzelfallbezogene Beurteilung dar.
- 32 Wie in Rn. 27 festgehalten, musste sowohl dem Masseverwalter als auch der Rechtsvertretung der Revisionswerberin klar sein, dass die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin die für die Prüfung des Ausschlussgrundes gemäß § 249 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 und einer allfälligen Abstandnahme vom Ausschluss nach § 249 Abs. 4 BVergG 2018 maßgebliche Aufklärung einholt. Überdies verweist das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang darauf, dass die Rechtsvertreterin der Auftraggeberin in der Korrespondenz mit dem Masseverwalter und der Rechtsvertretung der Revisionswerberin konkrete Fragen zur Bindung an das Angebot und die Fortführung der



Bietergemeinschaft gestellt, sowie um Übermittlung einschlägiger Unterlagen, wie des Sanierungsplanes, der Plausibilisierung der Fortführungsrechnung, des für die Fortführung notwendigen Kreditvertrages, ersucht habe, und über die Möglichkeit einer weiteren Absicherung der Auftraggeberin durch eine allfällige Übernahme des betreffenden Betriebsteiles der XY Industrieanlagenbau KG durch die N.N. GmbH & Co KG sowie über eine aufgrund des auf 700 gestellten Ratings mögliche Substituierung des Nachweises bezüglich der geforderten finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gesprochen worden sei.

33 Davon ausgehend hat die Auftraggeberin der Revisionswerberin ausreichend die Möglichkeit gegeben, ihre Leistungsfähigkeit iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018 trotz Insolvenz der XY Industrieanlagenbau KG nachzuweisen. Eine krasse und unvertretbare Beurteilung seitens des Verwaltungsgerichts vermag die Revision in diesem Zusammenhang nicht darzutun. Die Revision zeigt auch nicht auf, welche zusätzlichen Unterlagen und Erläuterungen die Revisionswerberin zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit gegenüber der Auftraggeberin vorlegen hätte können.

34 Des Weiteren brachte die Revision vor, dass mit dem BVergG 2018 in dessen § 249 Abs. 4 ein neuer Grund für das Absehen vom Ausschluss eines Unternehmers im Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eingeführt worden sei. Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung dieser Bestimmung, wann eine hinreichende Leistungsfähigkeit gegeben sei, und ob die Überprüfungscompetenz des Verwaltungsgerichts bei der Frage der Erfüllung dieser Voraussetzung beschränkt sei, liege nicht vor. Insbesondere fehle Rechtsprechung dazu, ob - wie vorliegend - im Fall einer Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft diese Beurteilung isoliert für das insolvente Mitglied der Bietergemeinschaft vorzunehmen sei oder vielmehr die Bietergemeinschaft „insgesamt zu betrachten“ sei.

§ 249 Abs. 4 BVergG 2018 setze Art. 57 Abs. 4 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2014/24/EU (iVm Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU) um und sei vor diesem unionsrechtlichen Hintergrund auszulegen. Demnach handle es sich nicht um eine Frage der Zuverlässigkeit und sei diese Beurteilung nicht mit der



wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gleichzusetzen. Vielmehr handle es sich um eine „eigenständige (faktische) Betrachtung, ob die Erfüllung des Auftrags aufgrund der jeweiligen Gegebenheiten außer Frage“ stehe. Es sei daher insbesondere zu berücksichtigen, ob sich der insolvente Unternehmer alleine oder in der Form einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligt habe, und bei letzterem sei die Bietergemeinschaft insgesamt zu betrachten, zumal diese zur gemeinsamen Leistungserbringung verpflichtet sei und deren Mitglieder solidarisch haften würden. Die Beurteilung gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 sei daher von der Beurteilung der Zuverlässigkeit (sowie der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gemäß den festgelegten Eignungskriterien) eines einzelnen Mitglieds der Bietergemeinschaft zu trennen. Dies verlange außerdem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

- 35 Vorliegend folgte das Verwaltungsgericht der Einschätzung der Auftraggeberin aufgrund deren Überprüfung der Leistungsfähigkeit der insolventen XY Industrieanlagenbau KG, dass diese die Auftragserfüllung nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleisten habe können. Insbesondere wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass die von der XY Industrieanlagenbau KG zu erbringenden Leistungen „kritische“ Leistungen darstellen würden, für welche ausschließlich die XY Industrieanlagenbau KG Eignungsreferenzen erbracht habe. Um die Leistungserbringung diesbezüglich sicherzustellen, käme weder der Einsatz eines Subunternehmers noch die Leistungserbringung durch das zwar solidarisch haftende aber mangels Nachweises der entscheidenden Eignungsreferenz nicht entsprechend geeignete zweite Mitglied der Bietergemeinschaft in Betracht. Ebenso sei eine allfällige Übernahme der betreffenden Mitarbeiter und der hierfür erforderlichen Geräte und Maschinen durch die N.N. GmbH & Co KG und damit ein allfälliger Übergang der Referenzen auf die N.N. GmbH & Co KG bzw. deren technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung keinesfalls absehbar gewesen. Insofern verneinte das Verwaltungsgericht die Leistungsfähigkeit zur Durchführung des Auftrags iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018 bezogen auf den Zeitpunkt der



Ausscheidensentscheidung sowohl betreffend das einzelne insolvente Mitglied der Bietergemeinschaft als auch hinsichtlich der Bietergemeinschaft.

- 36 Dieser konkreten Beurteilung der Leistungsfähigkeit zur Durchführung des vorliegenden Auftrags tritt die Revision nicht substantiiert entgegen. Die Revision zeigt daher nicht auf, dass das rechtliche Schicksal der Revision von der geltend gemachten Rechtsfrage abhängt.
- 37 Zur ausreichenden Leistungsfähigkeit eines insolventen Unternehmers für die Durchführung des Auftrages iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018 monierte die Revision überdies, gemäß § 21 iVm § 25b IO und dem zugrundeliegenden Ziel des Gläubigerschutzes bestehe „bei Vorliegen einer hinreichenden Leistungsfähigkeit iSd § 249 Abs. 4 BVergG 2018 kein Ermessen des Auftraggebers“, ob er einen Unternehmer ausschließe. Vielmehr sei der Auftraggeber verpflichtet, diesen nicht auszuschließen. Lediglich dem Sanierungsverwalter komme die Entscheidung zu, ob er an einen Vertrag bzw. ein Angebot gebunden sei, nicht hingegen der anderen Partei. Die „Kann“-Bestimmung in § 249 Abs. 4 BVergG 2018 sei in Zusammenschau mit § 25b IO iVm § 21 IO daher insofern als „Muss“-Bestimmung auszulegen, als der Auftraggeber bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 249 Abs. 4 BVergG 2018 von einem Ausschluss absehen müsse.
- 38 Dem ist bereits entgegenzuhalten, dass das Verwaltungsgericht schon die Leistungsfähigkeit zur Durchführung des Vertrags sowohl betreffend die XY Industrieanlagenbau KG als auch hinsichtlich der Revisionswerberin verneint hat.
- 39 Im Übrigen bezieht sich die Bestimmung des § 25b IO iVm § 21 IO auf vom Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossene zweiseitige Verträge, während es vorliegend zwischen der Revisionswerberin und der Auftraggeberin noch zu keinem Vertragsabschluss gekommen ist. In Bezug auf ein im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens - wie vorliegend - noch nicht angenommenes Angebot eines Gemeinschuldners ist vielmehr der Insolvenzverwalter gemäß § 26 Abs. 3 IO daran nicht gebunden. Es obliegt ausschließlich dem



Insolvenzverwalter, ob er ein noch nicht angenommenes Angebot erneuert. § 25b iVm § 21 IO kommt somit bereits deshalb für die Auslegung des § 249 Abs. 4 BVergG 2018 keine Bedeutung zu.

- 40 Der Anregung eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH zu den Fragen der Selbstreinigung im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gemäß Art. 57 Abs. 4 Z 1 der Richtlinie 2014/24/EU, der Prüfung der Fähigkeit zur Auftrags Erfüllung bei Angebotslegung durch eine Bietergemeinschaft im Falle der Insolvenz eines deren Mitglieder nur bezogen auf das insolvente Mitglied oder die Bietergemeinschaft insgesamt, der Pflicht zur Offenlegung, dass die Rechtsvertretung des Auftraggebers auch die Angebotsprüfung durchführt sowie der Klarheit der Aufforderung des Auftraggebers an den betreffenden Unternehmer zum Nachweis seiner Fähigkeit zur Auftrags Erfüllung ist bereits mangels Darlegung, dass die Revision vorliegend von der Lösung dieser Rechtsfragen abhängt, nicht zu folgen.
- 41 Die gegen den angefochtenen Beschluss betreffend die Abweisung des Antrags auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren gerichtete außerordentliche Revision enthält im Vergleich zur ordentlichen Revision kein zusätzliches Zulässigkeitsvorbringen.
- 42 In den Revisionen werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revisionen waren daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.
- 43 Von der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.
- 44 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere § 51 VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 24. Jänner 2024