

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

08.10.2010

Geschäftszahl

2009/04/0214

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der X-Aktiengesellschaft in Y, vertreten durch Dr. Roland Katary, Rechtsanwalt in 1070 Wien, Mariahilfer Straße 20, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 19. Juni 2009, Zl. N/0037-BVA/11/2009-25, betreffend Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung (mitbeteiligte Partei: A Ges.m.b.H. in S, vertreten durch Saxinger, Chalupsky & Partner, Rechtsanwälte GmbH, 8010 Graz, Am Eisernen Tor 3), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 19. Juni 2009 hat das Bundesvergabeamt die Entscheidung der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin im Vergabeverfahren betreffend "Errichtung von Infrastrukturzellen und Außenanlagen der Schwerpunktrastplätze auf der A 1 Westautobahn im Bereich Amstetten (km 118,2 bis 119,8) sowie im Bereich Hainbach (km 229,5/231,2)" vom 10. April 2009, das Angebot der Mitbeteiligten gemäß § 68 Abs. 1 Z. 5 sowie § 129 Abs. 1 Z. 3 und Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17 (BVergG) auszuschneiden, für nichtig erklärt (Spruchpunkt 1.) und die Beschwerdeführerin zum Pauschalgebührenersatz verpflichtet (Spruchpunkt 2.).

Zur Begründung führte die belangte Behörde - soweit für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlich - aus, es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich; die Zuschlagserteilung solle nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.

Die Mitbeteiligte habe in ihrem Nachprüfungsantrag ausgeführt, dass ihr Angebot von der Beschwerdeführerin mit der Begründung ausgeschieden worden sei, dass "im Rahmen Ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung nachweislich festgestellt wurde. Auf Grund der von Ihnen angekündigten Maßnahmen kann nicht glaubwürdig ausgeschlossen werden, dass für die Zukunft erfolgversprechende Maßnahmen ergriffen wurden, und gleichartige Rechtsverletzungen auszuschließen" seien. Die vorgeworfene Verfehlung sei nicht konkretisiert worden. Die Mitbeteiligte habe der Beschwerdeführerin über deren Wunsch zugesichert, den Projektleiter Ing. P. von der Befassung mit Projekten der Beschwerdeführerin abzuziehen. Dennoch sei das Angebot ausgeschieden worden.

Die Beschwerdeführerin habe im Nachprüfungsverfahren dazu Folgendes vorgebracht:

Die Mitbeteiligte sei im gegenständlichen Vergabeverfahren zunächst als Bestbieterin ermittelt worden. Am 27. Jänner 2009 sei im Zusammenhang mit einem Korruptionsvorfall bei einem anderen Bauvorhaben, mit dessen Abwicklung die Mitbeteiligte beauftragt gewesen sei, gegen die Mitbeteiligte und deren Geschäftsführer Anzeige erstattet worden, weil der Verdacht eines versuchten Betruges zum Nachteil der Beschwerdeführerin bestanden habe. Der auf Seiten der Beschwerdeführerin am Betrug beteiligte Projektleiter sei fristlos entlassen worden. Gegen ihn sei ebenfalls Anzeige erstattet worden. Der Beschwerdeführerin sei zwar infolge der rechtzeitigen Aufklärung kein Schaden entstanden, die Verrechnung von Mehrkosten für Leistungen, welche von der Mitbeteiligten nicht erbracht worden seien, stelle jedenfalls den Versuch einer bewussten Täuschung der Beschwerdeführerin zu deren Nachteil dar. Der Mitbeteiligten sei mehrmals Gelegenheit eingeräumt worden, zu

dem Vorwurf Stellung zu nehmen. Der dargestellte Sachverhalt sei im Wesentlichen von der Mitbeteiligten nicht bestritten worden. Deren Geschäftsführer habe lediglich darauf hingewiesen, dass die Mitbeteiligte selbst die wahre Geschädigte sei. Weiters habe die Mitbeteiligte versucht darzustellen, dass trotz dieser Vorfälle ihre Zuverlässigkeit gegeben sei. Sie habe jedoch durch die von ihr in Aussicht gestellten Maßnahmen die Bedenken hinsichtlich der fehlenden Zuverlässigkeit nicht ausräumen können. Die Mitbeteiligte habe lediglich zugesichert, den Projektleiter Ing. P. nicht mehr für Projekte der Beschwerdeführerin einzusetzen, einen eintägigen Workshop zum Thema Corporate Compliance durchzuführen und eine weitere Kontrollschiene mit Hilfe der Kostenrechnung (stichprobenweise Überprüfung allfälliger Differenzen zwischen Materialeinkauf, Subunternehmerleistung und Lohnaufwand gegenüber der dem Bauherrn berechneten Leistungen und dem Leistungsverzeichnis) einzuführen.

Die Beschwerdeführerin habe also vorgebracht - so die belangte Behörde weiter -, gegen die Mitbeteiligte Anzeige erstattet zu haben, weil der dringende und urkundlich belegte Verdacht bestehe, dass die Mitbeteiligte bzw. deren Organe und Vertreter im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit versucht hätten, einen Betrug zum Nachteil der Beschwerdeführerin zu begehen. Die Anzeige an die Staatsanwaltschaft sei im Nachprüfungsverfahren vorgelegt worden. Eine Anfrage bei der Staatsanwaltschaft habe ergeben, dass derzeit noch nicht absehbar sei, wann und mit welchem Ergebnis die Ermittlungen abgeschlossen würden. Die Beschwerdeführerin habe somit bisher nur Verdachtsmomente vorgebracht. Eine Straftat, die mit einer Verurteilung geendet habe, liege nicht vor. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei nicht nur erforderlich, dass die schwere Verfehlung begangen wurde, sondern auch, dass die Begehung vom Auftraggeber nachweislich festgestellt werde. Die Beschwerdeführerin habe lediglich ihre Sachverhaltsfeststellungen an die Staatsanwaltschaft sowie Protokolle betreffend die polizeiliche Einvernahme mehrerer Zeugen vorgelegt. Für die belangte Behörde nachvollziehbare Feststellungen der Auftraggeberin seien im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nicht vorgelegt worden. Auch liege eine objektivierbare schwere Verfehlung nicht vor. Die staatsanwaltschaftlichen Erhebungen seien noch nicht abgeschlossen. Dass die Sachlage keineswegs so eindeutig sei, wie die Beschwerdeführerin behaupte, ergebe sich auch daraus, dass von der Staatsanwaltschaft die Beiziehung eines Sachverständigen erwogen werde. Da die Mitbeteiligte mangels gerichtlicher Verurteilung weiterhin als unbescholten gelte und lediglich der Verdacht einer strafbaren Handlung bestehe, sei der Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG nicht erfüllt.

Weiters führte die belangte Behörde mit näherer Begründung aus, warum ihrer Ansicht nach auch die weiteren von der Beschwerdeführerin herangezogenen Ausschlussgründe nicht vorlägen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Ebenso beantragte die mitbeteiligte Partei in ihrer Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des BVergG haben folgenden

Wortlaut:

"§ 68. (1) Der Auftraggeber hat - unbeschadet der Abs. 2 und 3 - Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. der Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen sie oder - sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§ 278a des Strafgesetzbuches - StGB, BGBl. Nr. 60/1974), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG, BGBl. Nr. 448), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkannahme (§ 153a StGB), Förderungsmissbrauch (§ 153b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;

...

5. sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

...

§ 73. (1) Der Auftraggeber hat der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß § 72 Abs. 2 verlangten Nachweise und die gemäß § 72 Abs. 1 zweiter Satz eingeholte Auskunft zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass ein rechtskräftiges Urteil im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 1

oder 4 vorliegt oder stellt der Auftraggeber aufgrund dieser Bescheinigungen eine Verfehlung im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 nachweislich fest oder erlangt der Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil oder einer solchen Verfehlung nachweislich Kenntnis, so ist bei diesem Unternehmer die geforderte Zuverlässigkeit nicht gegeben, es sei denn, er macht glaubhaft, dass er trotz dieses Umstandes zuverlässig ist.

(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Abs. 1 zweiter Satz letzter Halbsatz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Als derartige Maßnahmen gelten etwa

1. die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens,
2. die Einschaltung eines Organs der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften,
3. die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften.

(3) Der Auftraggeber hat das Vorbringen des Unternehmers zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. ...

...

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind;

...

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

..."

Eine Verfehlung ist dann als "schwer" im Sinn von § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG zu bewerten, wenn sie ihrem Gewicht nach ähnliche Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit eines Bieters zulässt, wie eine in Z. 1 angeführte strafgerichtliche Verurteilung, wobei aber auch andere als gerichtlich zu ahndende Verstöße - etwa die vom Gesetz ausdrücklich genannten Verstöße gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts - in Betracht kommen (vgl. dazu auch Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 45 f zu § 68).

Die Beschwerdeführerin hat im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren zur Begründung der Ausscheidensentscheidung vom 10. April 2009 die an die Staatsanwaltschaft gerichtete Sachverhaltsdarstellung vom 27. Jänner 2009 vorgelegt und auf die damit zur Anzeige gebrachte strafbare Handlung verwiesen. In dieser Sachverhaltsdarstellung bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Mitbeteiligte über Auftrag eines inzwischen entlassenen Mitarbeiters der Beschwerdeführerin an die S.-GmbH einen Betrag von mehr als EUR 43.000,-- ohne Gegenleistung bezahlt habe. Sie habe versucht, diesen Betrag in Abrechnungen gegenüber der Beschwerdeführerin zu "verpacken". Den Teilbetrag von EUR 17.201,43 habe sie bei der Abrechnung betreffend die Lärmschutzwand St. Valentin der Beschwerdeführerin in Rechnung gestellt, obwohl dem keinerlei Leistungserbringung gegenüberstehe.

Die bewusste Verrechnung einer nicht erbrachten Leistung von mehr als EUR 17.000,-- stellt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes - unabhängig von der strafrechtlichen Qualifikation - eine "schwere Verfehlung" im Sinn von § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG dar. Nach § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG ist aber nicht nur entscheidend, dass die schwere Verfehlung begangen wurde, sondern dass die Begehung auch vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde. Es muss daher einerseits eine schwere Verfehlung - objektivierbar - vorliegen und andererseits diese schwere Verfehlung bereits - im Zeitpunkt des Ausscheidens des Angebots - vom Auftraggeber festgestellt worden sein (vgl. das von der belangten Behörde zitierte hg. Erkenntnis vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0234).

Im Gesetz ist nicht explizit geregelt, wie der Nachweis für eine Verfehlung zu erfolgen hat. Es muss sich grundsätzlich um einen objektivierbaren Nachweis handeln. Davon kann jedoch dann abgesehen werden, wenn der Bieter das Vorliegen der Verfehlung zumindest implizit selbst anerkannt hat (vgl. Mayr aaO, Rz 57, insbesondere Fußnote 91).

Im Nachprüfungsverfahren hat die Beschwerdeführerin vorgebracht, die am 10. April 2009 ausgesprochene Ausscheidung des Angebots der Mitbeteiligten auf den aus der vorgelegten Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft ersichtlichen Sachverhalt gestützt zu haben. Aus dieser Sachverhaltsdarstellung vom 27. Jänner 2009 ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin dazu u. a. folgende Urkunden zur Verfügung standen:

Eine nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin von der Mitbeteiligten zur Verfügung gestellte Liste mit der Überschrift "offene Beträge Z. (Name des fristlos entlassenen Mitarbeiters der Beschwerdeführerin)",

aus der hervorgeht, dass von der Mitbeteiligten ein Betrag von EUR 43.465,-- an die S. GmbH bezahlt worden und ein Teilbetrag dieser Summe von EUR 17.201,43 beim Projekt Lärmschutzwand St. Valentin "verpackt", also der Beschwerdeführerin ohne entsprechende Gegenleistung in Rechnung gestellt worden ist;

zwei Leistungsverzeichnisse der Mitbeteiligten betreffend das Projekt Lärmschutzwand St. Valentin, von denen das später erstellte, exakt um EUR 17.201,43 höhere, knapp an das - ebenfalls urkundlich dargelegte - Angebot der zweitgereihten Bieterin herankommt.

Weiters hat die Beschwerdeführerin im Nachprüfungsverfahren vorgebracht, dass die Mitbeteiligte den dargestellten Sachverhalt im Wesentlichen zugegeben habe. Dazu hat sie das Protokoll des Aufklärungsgesprächs vom 26. Februar 2009 vorgelegt. Nach diesem Protokoll wurde die Mitbeteiligte gefragt, ob sie alle erforderlichen Maßnahmen zur Vermeidung näher dargelegter Korruptionshandlungen (u.a. Betrugsfälle und Anbieten von Vorteilen an Mitarbeiter) ergreife. Sie hat diese Frage mit "Ja" beantwortet. Eine weitere Frage wurde mit "ungereimte Vorgänge" übertitelt. Damit wurde die Mitbeteiligte gefragt, ob sie sich verpflichte, das Personal, das gegen die Integritätsklausel verstößt von der gegenständlichen Baustelle fernzuhalten bzw. abziehen. Auch diese Frage hat der Vertreter der Mitbeteiligten mit "Ja" beantwortet.

Im Verwaltungsakt findet sich das Protokoll über die polizeiliche Vernehmung des Zeugen S. (Geschäftsführer der S.- GmbH) vom 25. März 2009, worin dieser Zeuge zugibt, gegenüber der Mitbeteiligten eine fingierte Rechnung über EUR 52.158,-- (inklusive Umsatzsteuer) gelegt zu haben. Weiters ein Protokoll über die polizeiliche Vernehmung des Zeugen P. (Projektleiter der Mitbeteiligten), in der dieser zugibt, über Aufforderung von Z. (entlassener Mitarbeiter der Beschwerdeführerin) einen Betrag von etwa EUR 43.000,-- (exklusive Umsatzsteuer) an die S.-GmbH auf Grund einer fiktiven Rechnung, der keine Leistung zugrunde liege, bezahlt zu haben. Über Auftrag von Herrn Z. habe er versucht, diesen Betrag bei einem laufenden Projekt der Beschwerdeführerin - ohne auf dieses Projekt bezogene Gegenleistung - in Rechnung zu stellen.

Die Mitbeteiligte hat im Nachprüfungsverfahren nicht dezitiert bestritten, beim Projekt Lärmschutzwand St. Valentin einen Betrag von mehr als EUR 17.000,-- ohne auf dieses Projekt bezogene Gegenleistungen in Rechnung gestellt zu haben.

Nach den obigen Ausführungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die belangte Behörde bei einer Auseinandersetzung mit dem dargestellten Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Ergebnis gekommen wäre, dass die Beschwerdeführerin eine schwere Verfehlung von einer in der Geschäftsführung der Mitbeteiligten Partei tätigen Person (vgl. § 68 Abs. 1 Z. 1 BVergG) bei ihrer beruflichen Tätigkeit nachweislich festgestellt habe. Da die belangte Behörde dem gegenüber lediglich ausgeführt hat, aus der an die Staatsanwaltschaft gerichteten Sachverhaltsdarstellung ergäben sich nur Verdachtsmomente und weder die dieser Sachverhaltsdarstellung zugrunde liegenden Urkunden noch die im Akt erliegenden Zeugenprotokolle würdigte, belastete sie ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Im fortgesetzten Verfahren wird die belangte Behörde daher zunächst ausgehend von den obigen Darlegungen zu prüfen haben, ob der Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 Z. 5 BVergG vorliegt, und gegebenenfalls zu beurteilen haben, ob es der Mitbeteiligten im Sinn von § 73 Abs. 1 letzter Satz BVergG gelungen ist, trotzdem ihre Zuverlässigkeit gegenüber der Beschwerdeführerin glaubhaft zu machen.

Weiters sei hinzugefügt, dass § 129 Abs. 3 BVergG, wonach der Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebots unter Angabe des Grundes nachweislich zu verständigen hat, den Zweck verfolgt, dem Bieter Rechtsschutz gegen eine allfällig rechtswidrige Ausscheidung zu ermöglichen. Diesem Zweck wird auch eine Verständigung vom Ausscheiden gerecht, wenn darin nur allgemein auf die nachweisliche Feststellung einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit hingewiesen wird und dem Bieter auf Grund vorangegangener Gespräche mit dem Auftraggeber klar sein muss, auf welche berufliche Verfehlung das Schreiben Bezug nimmt.

Aus den dargestellten Gründen war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Der Spruch über den Aufwandsersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Wien, am 8. Oktober 2010