

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/10/1 2005/04/0233

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 01.10.2008

## Index

E6;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

62001CJ0249 Hackermüller VORAB;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs3;  
AVG §8;  
BVergG 2002 §163 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z1;

## 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. Eisner, über die Beschwerde der L in B, vertreten durch Dr. Jürgen Kronberger, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Petrusgasse 3/3, gegen 1. den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 5. August 2005, ZI. VKS - 2298/05, betreffend Zurückweisung eines Nachprüfungsantrages (mitbeteiligte Partei: W, vertreten durch Sundström/Rohrer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in 1010 Wien, Schreyvogelgasse 3), und 2. gegen das Schreiben des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 31. August 2005, ZI. VKS - 2298/05, betreffend Aufforderung zur Entrichtung von weiteren Pauschalgebühren,

I. zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid vom 5. August 2005 wird in seinem Spruchpunkt 1. hinsichtlich der Lose 1 bis 3 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

Das Land Wien hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

II. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde gegen das Schreiben vom 31. August 2005 wird zurückgewiesen.

## Begründung

Die mitbeteiligte Partei hat im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 15. April 2005 ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Lieferung von Bühnenscheinwerfern (Auftragswert ca. EUR 111.000,- netto) im Zuge der Erweiterung der S-halle kundgemacht. Nach den Ausschreibungsunterlagen sei das Zuschlagskriterium ausschließlich der Angebotspreis, der Zuschlag könne auf Teilleistungen (Los 1 - Stufenlinsenscheinwerfer, Los 2 - Profilscheinwerfer, Los 3 - Verfolger, Los 4 - Rampen, Los 5 - Zubehör, Befestigungen) erfolgen.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2005 hat die mitbeteiligte Auftraggeberin der beschwerdeführenden Partei mitgeteilt, dass der Zuschlag hinsichtlich der einzelnen Lose an namentlich genannte andere Bieter erteilt werden solle.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung brachte die beschwerdeführende Partei bei der belangten Behörde einen Antrag auf Nichtigerklärung, verbunden mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, ein. Zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führte sie aus, dass bei der Angebotsöffnung zwar die Gesamtpreise der Angebote der Bieter verlesen worden seien, nicht aber die von den Bieter angebotenen Teilangebotspreise für die jeweiligen Lose. Ohne diese Verlesung dürfe ein Zuschlag auf die jeweiligen Teilangebote nicht erfolgen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag, die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose 1 bis 4 nichtig zu erklären, sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurück (Spruchpunkt 1.), erklärte die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des Loses 5 für nichtig (Spruchpunkt 2.) und verpflichtete die mitbeteiligte Auftraggeberin zum Ersatz der von der beschwerdeführenden Partei entrichteten Gebühren im Ausmaß von EUR 1.600,- (Spruchpunkt 3.).

In der Begründung gab die belangte Behörde nach der Darstellung des Nachprüfungsantrages die hiezu ergangene Stellungnahme der mitbeteiligten Auftraggeberin wieder, wonach eine Verlesung der Teilangebotspreise gemäß § 88 Abs. 5 letzter Satz Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG habe unterbleiben können. Als entscheidungsrelevanten Sachverhalt stellte die belangte Behörde fest, der beschwerdeführenden Partei seien mit Schreiben vom 11. Juli 2005 die Gründe für die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden. Gleichzeitig habe die Mitbeteiligte in diesem Schreiben auch die Gründe mitgeteilt, aus denen die Teilangebote der beschwerdeführenden Partei zu den Losen 1 bis 3 ausgeschieden worden seien und weiters bekannt gegeben, dass das Teilangebot der beschwerdeführenden Partei zu Los 4 bloß an fünfter Stelle und ihr Teilangebot zum Los 5 an zweiter Stelle gereiht worden seien. Die Ausscheidung der Teilangebote betreffend die Lose 1 bis 3 habe die beschwerdeführende Partei, so die belangte Behörde weiter, "unbekämpft zur Kenntnis genommen". In rechtlicher Hinsicht gelangte die belangte Behörde zum Ergebnis, dass der Nachprüfungsantrag der beschwerdeführenden Partei teilweise berechtigt sei:

Im vorliegenden Fall seien für die fünf Lose insgesamt (bezogen auf die Haupt- und Alternativangebote sämtlicher Bieter) 27 Angebotspreise gelegt worden, deren Verlesung einen Zeitaufwand von weniger als 15 Minuten erfordert hätte. Entgegen der Ansicht der mitbeteiligten Auftraggeberin sei die Verlesung sämtlicher Angebotspreise daher zumutbar im Sinne des § 88 Abs. 5 letzter Satz BVergG. Auf die nicht verlesenen Preise (bzw. die zugehörigen Teilangebote) sei eine Zuschlagserteilung nicht zulässig, weil dies gegen den Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens verstößen würde. Dies führe im vorliegenden Fall allerdings bloß zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Los 5 (Spruchteil 2. des angefochtenen Bescheides), weil die beschwerdeführende Partei - bei diesem Los als Zweitgereihte - einen Schaden infolge des Zuschlages auf das erstgereihte, aber nicht verlesene Los des Mitbieters hätte.

Hingegen könne der beschwerdeführenden Partei durch die Zuschlagsentscheidung betreffend die Lose 1 bis 4 kein Schaden im Sinne des § 13 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz - WVRG entstehen, sodass ihr schon die Antragslegitimation für den Nachprüfungsantrag fehle. Was dabei das Los 4 betreffe, so sei das Angebot der beschwerdeführenden Partei bloß an fünfter Stelle gereiht gewesen, sodass es auch bei Wegfall des erstgereihten Angebotes nicht zum Zuge kommen könnte. Was die Lose 1 bis 3 betreffe, so seien die diesbezüglichen Angebote der beschwerdeführenden Partei von der mitbeteiligten Auftraggeberin ausgeschieden worden. Die Nichtberücksichtigung dieser Teilangebote und die diesbezüglichen Gründe seien der beschwerdeführenden Partei im genannten Schreiben vom 11. Juli 2005 mitgeteilt worden, die beschwerdeführende Partei habe dies "unbekämpft" gelassen. Da schon aus diesem Grund kein Zuschlag auf die Angebote der beschwerdeführenden Partei hinsichtlich der Lose 1 bis 3 habe erfolgen können, sei der beschwerdeführenden Partei durch das Unterlassen der Verlesung der diese Lose betreffenden Preise der Mitbieter kein Schaden entstanden.

Die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begründete die belangte Behörde mit der Beendigung des Nachprüfungsverfahrens und dem damit einhergehenden Wegfall des Sicherungszwecks. Zur Begründung der Kostenentscheidung verwies sie auf § 30 Abs. 5 WVRG.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde. Gleichzeitig richtet sich die Beschwerde ausdrücklich auch gegen das Schreiben der belangten Behörde vom 31. August 2005, mit dem die beschwerdeführende Partei aufgefordert wurde, als weitere Pauschalgebühr für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag EUR 3.400,-- zu entrichten, weil der gegenständliche Auftrag im angefochtenen Bescheid vom 5. August 2005 als "Bauauftrag" qualifiziert worden sei.

Die belangte Behörde hat die Verfahrensakten vorgelegt und, wie die mitbeteiligte Partei, eine Gegenschrift erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Beschwerdepunkt erachtet sich die beschwerdeführende Partei einerseits in ihrem subjektiven Recht auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und andererseits in ihrem Recht auf Nichtvorschreibung einer weiteren Pauschalgebühr verletzt.

Zum angefochtenen Bescheid vom 5. August 2005:

Aus dem genannten Beschwerdepunkt ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin den Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides, mit dem ein Teil der Zuschlagsentscheidung der mitbeteiligten Auftraggeberin für nichtig erklärt wurde, nicht bekämpft.

Zum Spruchpunkt 1. lässt die beschwerdeführende Partei - was das Los 4 betrifft - unbestritten, dass ihr diesbezügliches Angebot auf Grund des Preises bloß an fünfter Stelle gereiht war. Von daher ist der belangten Behörde nicht entgegen zu treten, wenn sie meinte, die beschwerdeführende Partei könne den Zuschlag betreffend das Los 4 auch dann nicht erlangen, wenn die dieses Los betreffende (zu Gunsten des erstgereichten Mitbieters ergangene) Zuschlagsentscheidung aufgehoben würde und wenn sie daher dem Nachprüfungsantrag betreffend das Los 4 keine Folge gegeben hat (vgl. zur fehlenden Rechtsverletzung durch die "Zurückweisung" des Antrages das hg. Erkenntnis vom 2. September 2008, ZI. 2007/10/0299).

Was die Zuschlagsentscheidung zu den Losen 1 bis 3 und die diesbezügliche Zurückweisung des Nachprüfungsantrages betrifft, so hat die belangte Behörde, wie dargestellt, diese Entscheidung mit dem Fehlen eines Schadens und daher der Antragslegitimation der beschwerdeführenden Partei begründet, weil ihr Angebot zu diesen Losen ausschreibungswidrig und daher auszuscheiden gewesen sei. Die durch die mitbeteiligte Auftraggeberin im Schreiben vom 11. Juli 2005 vorgenommene Ausscheidung habe die beschwerdeführende Partei "unbekämpft" gelassen.

Die beschwerdeführende Partei macht in ihrer Beschwerde zunächst geltend, dass die mitbeteiligte Auftraggeberin im Schreiben vom 11. Juli 2005 das Angebot der beschwerdeführenden Partei nicht formell ausgeschieden habe. Außerdem hätte sie eine Ausscheidung bislang gar nicht bekämpfen können, weil diese gemäß § 20 Z. 13 BVergG keine gesonderte anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers sei. Die beschwerdeführende Partei habe daher von vornherein nur die nächstfolgende Entscheidung des Auftraggebers, nämlich die gegenständliche Zuschlagsentscheidung, bekämpfen können. Der Hinweis der belangten Behörde, die Ausscheidung sei "unbekämpft" geblieben, gehe daher ins Leere. Vor allem aber sei der angefochtene Bescheid rechtswidrig, weil der beschwerdeführenden Partei zur Frage, ob ihr Angebot auszuscheiden gewesen sei, von der belangten Behörde kein Parteiengehör eingeräumt worden sei. So habe man ihr in der mündlichen Verhandlung vom 5. August 2005 bloß eine schriftliche Stellungnahme der mitbeteiligten Auftraggeberin ausgehändigt, wonach ihr Angebot zu den Losen 1 bis 3 nicht den ausgeschriebenen Qualitätsstandards entsprochen habe. Diese Behauptung sei aber nicht weiter begründet gewesen und außerdem (aus in der Beschwerde näher dargestellten Gründen) auch im Ergebnis falsch. Vor allem aber sei die beschwerdeführende Partei von dieser Behauptung in der Verhandlung überrascht worden, die belangte Behörde habe diese Behauptung im angefochtenen Bescheid übernommen und keine eigenen Ermittlungen dazu angestellt.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerde die Rechtswidrigkeit des hier in Rede stehenden Teiles des angefochtenen Bescheides auf:

Zunächst ist festzuhalten, dass die mitbeteiligte Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 11. Juli 2005 (wiedergegeben

im angefochtenen Bescheid auf Seite 9 f) entgegen den Feststellungen im angefochtenen Bescheid nicht bekannt gegeben hat, dass das Angebot betreffend das Los 1 ausschreibungswidrig sei. Auch sonst ist nicht ersichtlich, weshalb das Angebot betreffend dieses Los den Ausschreibungsbedingungen widersprochen hätte, sodass der angefochtene Bescheid in seinem Spruchteil 1. schon insoweit mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet ist.

Was die (ebenfalls durch Spruchteil 1. erfassten) Lose 2 und 3 betrifft, so war aus dem genannten Schreiben vom 11. Juli 2005 - bei dem es sich, wie erwähnt, um die Bekanntgabe der Gründe im Sinne des § 100 Abs. 3 BVergG handelte - vom Standpunkt eines durchschnittlich fachkundigen Bieters bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 16. Februar 2005, Zl. 2004/04/0030, mwN) nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar, dass mit diesem Schreiben das Angebot der beschwerdeführenden Partei zu den Losen 2 und 3 ausgeschieden worden wäre (im genannten Schreiben war vom "Ausscheiden" überhaupt keine Rede). Die beschwerdeführende Partei bekämpfte in ihrem Nachprüfungsantrag - auch ihrem Vorbringen nach - deshalb ausschließlich die Zuschlagsentscheidung der Mitbeteiligten, sodass Hauptfrage des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens nur die Rechtmäßigkeit dieser Zuschlagsentscheidung war. Wenn die belangte Behörde daher nun im angefochtenen Bescheid gegen die Zulässigkeit des Antrages der beschwerdeführenden Partei das Vorliegen von Ausscheidungsgründen ins Treffen führt, so hat sie die Verwirklichung von Ausscheidungstatbeständen als Vorfrage geprüft, wobei sie jedoch Folgendes hätte beachten müssen:

Im Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, hat der Verwaltungsgerichtshof zunächst seine Judikatur bekräftigt, dass dem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre und der daher für eine Zuschlagsentscheidung ohnedies nicht in Betracht kommt, keine Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung hat. Gleichzeitig aber hat der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis unter ausführlicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (vgl. vor allem das in diesem Erkenntnis zitierte Urteil "Hackermüller") dargelegt, dass dem Antragsteller - im Nachprüfungsverfahren - vor dem Verneinen seiner Antragslegitimation Gelegenheit geboten werden müsse, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln. Die Nachprüfungsbehörde müsse daher einem solchen Antragsteller vorhalten, dass sie beabsichtige, einen bestimmten Sachverhalt als Ausschlussgrund heranzuziehen. Es kommt demnach alleine darauf an, ob dem Antragsteller Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit des - von der Nachprüfungsbehörde herangezogenen - Ausschließungsgrundes anzuzweifeln und solcher Art Gehör gewährt wurde.

Im gegenständlichen Beschwerdefall ergibt sich nicht zuletzt auf Grund der Aktenlage, dass ein solcher Vorhalt gegenüber der beschwerdeführenden Partei seitens der belangten Behörde nicht erfolgt ist, und zwar auch nicht in der mündlichen Verhandlung. Schon weil daher das zur Frage des Vorliegens von Ausscheidungsgründen - aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht (vgl. dazu das Erkenntnis vom 28. März 2008, Zl. 2005/04/0025) - erforderliche Parteiengehör nicht eingeräumt wurde, erweist sich auch die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages betreffend die Zuschlagsentscheidung zu den Losen 1 bis 3 als rechtswidrig.

Was schließlich den Spruchpunkt 3. des angefochtenen Bescheides betrifft, so hat die belangte Behörde damit dem Nachprüfungsantrag der beschwerdeführenden Partei, in dem ausschließlich der Ersatz der bis dahin entrichteten Pauschalgebühr von EUR 1.600,-- begeht wurde, vollinhaltlich entsprochen. Schon von daher kommt der Beschwerde in diesem Punkt kein Erfolg zu.

Zum bekämpften Schreiben vom 31. August 2005:

Die belangte Behörde hat - ausgehend davon, dass der ausgeschriebene Auftrag (erst) im angefochtenen Bescheid vom 5. August 2005 als "Bauauftrag" (und nicht, wie bis dahin, als Liefer- und Dienstleistungsauftrag) qualifiziert wurde - die beschwerdeführende Partei mit Schreiben vom 31. August 2005 "aufgefordert", die noch offene Pauschalgebühr von EUR 3.400,-- zu leisten. Für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf einstweilige Verfügung sei nämlich bei Bauaufträgen eine Gebühr von insgesamt EUR 5.000,-- zu entrichten.

Die Beschwerde bekämpft diese Aufforderung mit der Begründung, dass die belangte Behörde unzutreffend von einem Bauauftrag und damit zu Unrecht von den höheren Pauschalgebühren ausgegangen sei.

Gemäß § 30 Abs. 2 WVRG ist die Pauschalgebühr bei der Antragstellung zu entrichten. Ein Antrag ist gemäß § 17 Abs. 2 Z. 5 WVRG unzulässig, wenn er "trotz Aufforderung" binnen der gesetzten Frist nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 30 WVRG vergebührt wurde.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Wiener Vergabekontrollsenat im Falle der nicht (vollständigen) Entrichtung der Pauschalgebühr nur die Möglichkeit hat, den Antrag gemäß § 17 Abs. 2 Z. 5 WVRG zurückzuweisen, oder ob das WVRG auch eine Rechtsgrundlage bietet, eine nicht (vollständig) entrichtete Pauschalgebühr mit Bescheid vorzuschreiben (§ 78 Abs. 1 und 2 AVG gilt nach seinem Wortlaut nur für Angelegenheiten der Bundesverwaltung; vgl. zum Verhältnis der Vorschriften des Vergaberechts und den Kostenbestimmungen des AVG das hg. Erkenntnis vom 6. April 2005, Zl. 2004/04/0091). Jedenfalls ist das mit der vorliegenden Beschwerde bekämpfte Schreiben vom 31. August 2005 (das mit den Einleitungsworten "Sehr geehrte Damen und Herren" beginnt) weder als Bescheid bezeichnet noch weist es die wesentlichen Bestandteile eines Bescheides auf (vgl. dazu die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2, E. 37 ff zu § 58 AVG).

Daher war die Beschwerde, soweit sie sich gegen das - nicht als Bescheid zu wertende - Schreiben vom 31. August 2005 richtet, als unzulässig zurückzuweisen.

Hingegen war der angefochtene Bescheid vom 5. August 2005 nach dem Gesagten in seinem Spruchpunkt 1., soweit er die Lose 1 bis 3 betrifft, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben. Zu Spruchpunkt 1., soweit er das Los 4 betrifft, und zu Spruchpunkt 3. war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 1. Oktober 2008

#### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

#### **Schlagworte**

Besondere Rechtsgebiete Parteiengehör

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2005040233.X00

#### **Im RIS seit**

12.11.2008

#### **Zuletzt aktualisiert am**

31.10.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

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