

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/9/3 2006/04/0161

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.09.2008

## Index

L72003 Beschaffung Vergabe Niederösterreich;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

AVG §56;  
BVerG 2002 §100 Abs1;  
BVerG 2002 §100 Abs2;  
BVerG 2002 §168 Abs2;  
BVerG 2002 §175 Abs1;  
BVerG 2002 §175 Abs2;  
BVerG 2006 §331 Abs4;  
BVerG 2006 §332 Abs2;  
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §16 Abs1 impl;  
VwGG §42 Abs3;

## 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 Bietergemeinschaft bestehend aus 1. B Gesellschaft m.b.H., 2. T Aktiengesellschaft und 3. H Gesellschaft mbH & Co KG in G, vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 4. August 2006, Zl. 14N-10/05-24, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: A-AG, W, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4), nach Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung am 3. September 2008 zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der mitbeteiligten Partei in der Höhe von EUR 2.230,20 jeweils binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Zur Vorgeschichte wird auf das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2005, Zlen. 2005/04/0072, 0095, (im Folgenden: Vorerkenntnis) verwiesen. Mit diesem Erkenntnis wurde ein Bescheid der belangten Behörde, mit dem die Zuschlagsentscheidung der nunmehr mitbeteiligten Auftraggeberin für nichtig erklärt worden war, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Mit dem im fortgesetzten Verfahren ergangenen Bescheid des Bundesvergabebeamtes vom 4. August 2006 wurde - soweit beschwerderelevant - der Antrag der Beschwerdeführerin, die Entscheidung der mitbeteiligten Partei als Auftraggeberin für nichtig zu erklären, zurückgewiesen (Spruchpunkt I).

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, im fortgesetzten Verfahren habe die vergebende Stelle der belangten Behörde mit Schreiben vom 6. Februar 2006 mitgeteilt, dass als Folge des Vorerkenntnisses der Zuschlag an die S-GmbH erteilt worden sei. Auf Aufforderung der belangten Behörde vom 15. Februar 2006 und weitere telefonische Urgenz am 3. August 2006, habe die vergebende Stelle am 4. August 2006 das Zuschlagsdatum mit 26. Jänner 2006 bekannt gegeben.

Sodann führte die belangte Behörde nach Hinweis auf die §§ 42 Abs. 3 und 63 Abs. 1 VwGG, die Übergangsbestimmung des § 345 Abs. 4 erster Satz Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17 (BVergG 2006), und § 175 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002) aus, im vorliegenden Fall sei der Zuschlag erst nach Ergehen des Vorerkenntnisses erteilt worden, weshalb es zur Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren eines Antrages gemäß § 175 Abs. 1 BVergG 2002 bedürfe.

§ 175 Abs. 2 BVergG 2002 sehe eine automatische Weiterführung des ursprünglichen Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren ohne Antrag nur für den Fall vor, dass der Zuschlag oder der Widerruf zwischen Bescheiderlassung und höchstgerichtlichem Erkenntnis erfolgt seien. Die Beschwerdeführerin habe innerhalb der Fristen des § 168 Abs. 2 BVergG 2002 keinen Antrag nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002 gestellt, sodass das ursprüngliche Nachprüfungsverfahren vom Bundesvergabebeamten nicht als Feststellungsverfahren zu Ende geführt werden könne. Da eine Zuständigkeit der belangten Behörde zur Behandlung des noch "offenen" Nachprüfungsantrages der Beschwerdeführerin im Hinblick auf § 162 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002 nicht mehr bestehe und auch kein Antrag gemäß § 175 Abs. 1 BVergG 2002 gestellt worden sei, sei der Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin zurückzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift, mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

#### 1. Rechtslage:

Die im Beschwerdefall (nach § 345 Abs. 4 erster Satz BVergG 2006 weiterhin) maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2002 lauten:

"Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

§ 168. ...

(2) Nach erfolgtem Zuschlag oder nach Widerruf einer Ausschreibung ist ein Antrag auf Feststellung gemäß § 162 Abs. 3, 4 oder 5 unzulässig, wenn er nicht spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages, ab Kenntnis des Widerrufs der Ausschreibung oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt, das Vergabeverfahren widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, gestellt wird.

...

Feststellung von Rechtsverstößen

§ 175. (1) Nach erfolgtem Zuschlag oder nach erfolgtem Widerruf einer Ausschreibung hat das Bundesvergabeamt unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 auf Antrag bloß festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.

(2) Wird ein Bescheid des Bundesvergabebeamten vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und

wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, so hat das Bundesvergabeamt unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung bloß festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war."

## 2. Keine neuerliche Zuschlagsentscheidung erforderlich:

Die Beschwerdeführerin hat im fortgesetzten Verfahren vor der belangten Behörde unstrittig keinen Antrag nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002 gestellt.

Sie bringt aber vor, sie sei von der angeblichen Zuschlagserteilung weder durch die mitbeteiligte Partei noch durch die belangte Behörde informiert worden. Der angefochtene Bescheid sei durch die belangte Behörde noch am Tag der telefonischen Auskunftserteilung über das Datum der Zuschlagserteilung durch die mitbeteiligte Partei verfasst, ausgefertigt und zugestellt worden. Die mitbeteiligte Partei sei als Auftraggeber verpflichtet, vor der Zuschlagserteilung eine neuerliche Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. Eine Zuschlagserteilung vor Ablauf der Stillhaltefrist gemäß § 100 Abs. 2 BVergG 2002 führe zur Unwirksamkeit der Zuschlagserteilung. Daher sei die offenbar erfolgte Zuschlagserteilung durch die mitbeteiligte Partei unmittelbar nach Zustellung des Vorerkenntnisses in Analogie zu § 100 Abs. 2 BVergG 2002 rechtswidrig und nichtig. Vielmehr hätte die mitbeteiligte Partei mitteilen müssen, dass ihr das zitierte Erkenntnis zugestellt worden sei und sie nach dem Ablauf von 14 Tagen beabsichtige, den Zuschlag nunmehr zu erteilen.

Gemäß § 100 Abs. 2 BVergG 2002 darf der Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 Abs. 1 leg. cit. erteilt werden.

Die Beschwerdeführerin ist zwar im Recht, wenn sie davon ausgeht, dass nach dieser Rechtslage Voraussetzung für eine rechtswirksame Erteilung eines Zuschlages im Sinne des § 175 Abs. 1 BVergG 2002 die vorangegangene Bekanntgabe einer entsprechenden Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 BVergG 2002 ist. Sie übersieht aber, dass die mitbeteiligte Partei als Auftraggeberin im Beschwerdefall von einer derartigen Zuschlagsentscheidung ausgehen konnte, da nach Erlassung des eingangs zitierten Vorerkenntnisses gemäß § 42 Abs. 3 VwGG davon auszugehen war, dass die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers von der Vergabekontrollbehörde niemals für nichtig erklärt worden ist (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 26. April 2007, Zl. 2005/04/0222, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird).

## 3. Zum Antrag nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002:

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der vorliegende Beschwerdefall zeige eindrucksvoll auf, dass § 175 Abs. 1 BVergG 2002 nicht in der von der belangten Behörde interpretierten Form anwendbar sei. So sei § 175 BVergG 2002 richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass eine gesonderte Antragstellung im Sinne des § 175 Abs. 1 BVergG 2002 nur dann erforderlich sei, wenn der Zuschlag während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens vor Befassung der Höchstgerichte erteilt werde. Nicht erforderlich sei eine gesonderte Antragstellung, wenn die Zuschlagserteilung "während oder unmittelbar nach Aufhebung" einer Entscheidung durch die Höchstgerichte erfolge.

Mit Erkenntnis vom 11. Oktober 2007, Zl. 2006/04/0119, hat der Verwaltungsgerichtshof zu der inhaltsgleichen Bestimmung des § 16 Abs. 1 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. 7200-0 (NÖ VNG), festgehalten, dass eine amtswegige Umdeutung des Begehrens auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des Auftraggebers in ein Feststellungsbegehren nicht in Betracht kommt und sich die Ansicht, dass eine Feststellung auch ohne diesbezüglichen Antrag möglich sei, schon deshalb verbietet, weil diese Bestimmung nur den Fall regelt, dass während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wird. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem zitierten Erkenntnis weiters festgehalten, dass der Nachprüfungsantrag in einem solchen Fall weiterhin aufrecht sei, aber durch den späteren Antrag zu einem Feststellungsantrag modifiziert werde und demnach nicht zurückzuweisen, sondern durch den abschließenden Feststellungsbescheid zu erledigen sei. Aus diesen Gründen ging der Verwaltungsgerichtshof in dem zitierten Erkenntnis vom Erfordernis einer gesonderten Antragstellung nach § 16 Abs. 1 NÖ VNG aus (vgl. zu allem das zitierte hg. Erkenntnis vom 11. Oktober 2007, mit Verweis auf Thienel, Feststellungsbescheide nach § 175 BVergG 2002, ÖZW 2004, 45).

Diese Überlegungen treffen gleichermaßen auf die inhaltsgleiche Bestimmung des § 175 Abs. 1 BVergG 2002 zu. Dafür, dass - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - "unmittelbar nach Aufhebung einer Entscheidung durch die

Höchstgerichte" von einem solchen Erfordernis abgesehen werden könnte, bietet der Gesetzeswortlaut des § 175 BVergG 2002 (arg.: "Nach erfolgtem Zuschlag" in Abs. 1 bzw. "vor der Entscheidung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes" in Abs. 2) keine Grundlage. Daher ist auch im Beschwerdefall vom Erfordernis einer gesonderten Antragstellung auszugehen.

#### 4. Zur Verpflichtung der Gewährung von Parteiengehör:

Als Verletzung von Verfahrensvorschriften bringt die Beschwerdeführerin vor, die belangte Behörde hätte im fortgesetzten Verfahren eine neuerliche mündliche Verhandlung durchführen müssen bzw. habe sie der Beschwerdeführerin zum Umstand der zwischenzeitlich erfolgten Zuschlagserteilung kein Parteiengehör gewährt. Diese Verfahrensfehler seien von Relevanz, weil im Hinblick auf § 175 Abs. 2 BVergG 2002 entscheidend sei, ob der Zuschlag vor oder nach dem Vorerkenntnis erteilt worden sei und präzise Feststellungen zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung im angefochtenen Bescheid fehlten. Die Beschwerdeführerin hätte in einer neuerlichen mündlichen Verhandlung bzw. bei Kenntnis von der Zuschlagserteilung an der Beweisaufnahme, ob und gegebenenfalls wann der Zuschlag erteilt worden sei, mitwirken und insbesondere Beweisanträge betreffend eine Zeugeneinvernahme stellen können.

Zweifellos hätte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin gemäß § 45 Abs. 3 AVG Parteiengehör über die von ihr im fortgesetzten Verfahren durchgeführten Sachverhaltsermittlungen zur Frage der Zuschlagserteilung gewähren müssen (vgl. die bei Walter/Thienel/Verwaltungsverfahrensgesetz (1998), 705, E 400f zu § 45 AVG wiedergegebene Rechtsprechung).

Jedoch wird mit dem oben angeführten Vorbringen die Relevanz des Verfahrensfehlers nicht dargetan: Das Vorerkenntnis wurde im hg. Verfahren zu den Zlen. 2005/04/0072, 0095 am 26. Jänner 2006 durch Zustellung unter anderem an die (im vorliegenden Verfahren) mitbeteiligte Partei erlassen. Die belangte Behörde verweist in ihrer Gegenschrift auf den in den Verwaltungsakten aufliegenden Gegenschlussbrief (gemäß § 102 BVergG 2002) vom 26. Jänner 2006. Diesem ist auch ein Aktenvermerk der mitbeteiligten Partei vom 5. Juni 2007 angeschlossen, wonach die Zuschlagserteilung gemäß § 102 Abs. 1 BVergG 2002 zeitlich nach Zustellung des Vorerkenntnisses erfolgte. Da somit der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung feststeht, ist nicht zu sehen, dass die Gewährung von Parteiengehör zu anderen Feststellungen der belangten Behörde - und nur darauf kommt es an (vgl. die bei Walter/Thienel, aaO, 726f, E 536 zu § 45 AVG wiedergegebene hg. Rechtsprechung) - geführt hätte.

#### 5. Zum fehlenden Antrag nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002:

Die Beschwerdeführerin hat unstrittig den nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002 für eine Fortführung des Verfahrens als Feststellungsverfahren erforderlichen Antrag nicht gestellt, obwohl sie nach dem oben unter 2. Gesagten davon ausgehen musste, dass die mitbeteiligte Partei nach Erlassung des Vorerkenntnisses unmittelbar (und ohne neuerliche Zuschlagsentscheidung) zur Zuschlagserteilung berechtigt war und daher damit rechnen musste, dass diese eine solche daher wohl auch treffen werde.

Mangels einer dem § 331 Abs. 4 BVergG 2006 vergleichbaren Regelung (nach der das Verfahren bis zur Stellung eines Antrages ruht und formlos einzustellen ist, wenn bis zum Ablauf der (absoluten Ausschluss)frist nach § 332 Abs. 2 BVergG 2006 kein Antrag gestellt wird) bzw. einer sonstigen diesbezüglichen gesetzlichen Regelung war die belangte Behörde auch nicht verpflichtet, mit ihrer Entscheidung bis zur Stellung eines Antrages nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002 zuzuwarten bzw. die Beschwerdeführerin dazu aufzufordern (zu der jedoch davon unabhängig bestehenden Verpflichtung zur Wahrung des Parteiengehörs vergleiche das oben unter 4. Gesagte).

Daher kann auch dahin stehen, ob einem derartigen Antrag - wie von der belangten Behörde behauptet - die in § 168 Abs. 2 BVergG 2002 normierte absolute Ausschlussfrist von sechs Monaten ab Zuschlagserteilung entgegen gestanden wäre: Es ist zwar davon auszugehen, dass die Fristen des § 168 Abs. 2 BVergG 2002 auch für Feststellungsanträge nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002 maßgeblich sind (vgl. bereits Thienel, aaO, mit Verweis auf die Materialien zu § 175 Abs. 1 BVergG 2002). Das von der Beschwerdeführerin gegen diese Auffassung ins Treffen geführte Argument, dies würde zu einer doppelten Fristgebundenheit in ein- und demselben Vergabekontrollverfahren führen, überzeugt nicht, da dem Bundesgesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er wolle mit § 175 Abs. 1 BVergG 2002 dem Antragsteller im Nichtigkeitsverfahren auch nach Kenntnis des Zuschlages zeitlich unbegrenzt die Möglichkeit der Modifizierung seines ursprünglichen Antrages eröffnen. Jedoch hat der Verwaltungsgerichtshof den angefochtenen Bescheid nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt seiner Erlassung zu prüfen, was im Beschwerdefall insoweit entscheidend ist,

als ein Antrag nach § 175 Abs. 1 BVergG 2002 nicht gestellt wurde und sich daher die Frage einer allfälligen Verfristung eines derartigen Antrages gar nicht stellt.

6. Da sich die Beschwerde somit insgesamt als unbegründet erweist, war sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

7. Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 3. September 2008

#### **Schlagworte**

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide

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

ECLI:AT:VWGH:2008:2006040161.X00

#### **Im RIS seit**

31.10.2008

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.01.2009

**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)