

# TE Vfgh Erkenntnis 2003/6/26 B1301/00

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.06.2003

## Index

97 Vergabewesen

97/01 Vergabewesen

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Verwaltungsakt

B-VG Art144 Abs1 / Legitimation

B-VG Art144 Abs1 / Anlaßfall

AVG §13 Abs8

BundesvergabeG 1997 §113

BundesvergabeG 1997 §115

BundesvergabeG 1997 §122

Richtlinie des Rates vom 21.12.89. 89/665/EWG, zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentl Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittelrichtlinie)

VfGG §88

## Leitsatz

Verletzung im Gleichheitsrecht durch denkmögliche Gesetzesauslegung bei Abweisung eines Antrags eines ausgeschiedenen Bieters auf Feststellung der Zuschlagserteilung nicht an den Bestbieter; auch amtswegig aufgegriffene Rechtswidrigkeit mögliche Grundlage eines Schadenersatzanspruches wegen schuldhafter Verletzung des Vergaberechts

## Spruch

Die beschwerdeführende Gesellschaft ist durch den angefochtenen Bescheid in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt worden.

Der Bescheid wird aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) ist schuldig, der beschwerdeführenden Gesellschaft die mit € 2.143,68 bestimmten Prozesskosten zu Handen ihrer Rechtsvertreter binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Amt der Steiermärkischen Landesregierung hat als vergebende Stelle im Auftrag der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) einen Bauauftrag im offenen Verfahren ausgeschrieben.

Die beschwerdeführende Gesellschaft hat sich an diesem Vergabeverfahren durch Legung eines Anbots beteiligt. Die Angebotseröffnung fand am 23. Juli 1998 statt. Am 4. August 1998 teilte die vergebende Stelle der beschwerdeführenden Gesellschaft mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an eine namentlich genannte Mitbieterin zu erteilen. Erst mit Schreiben vom 28. August 1998 wurde die beschwerdeführende Gesellschaft davon in Kenntnis gesetzt, dass ihr Anbot wegen eines nicht plausiblen Lohnanteils gemäß §52 Abs1 Z3 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) ausgeschieden werde. Mit Schlussbrief vom 7. September 1998 wurde der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin der Zuschlag erteilt.

Die beschwerdeführende Gesellschaft beantragte am 1. Oktober 1998 beim Bundesvergabeamt (BVA) die Feststellung, dass aufgrund eines Verstoßes gegen das BVergG, nämlich aufgrund des entgegen §52 Abs1 Z3 BVergG erfolgten Ausscheidens ihres Anbots, der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Am 3. März 2000 wurde die beschwerdeführende Gesellschaft vom Ergebnis der Beweisaufnahme durch das BVA verständigt und ihr anheimgestellt, eine Stellungnahme zu erstatten. In einer daraufhin erfolgten Stellungnahme vom 3. April 2000 "wiederholte" und "ergänzte" die beschwerdeführende Gesellschaft ihren Feststellungsantrag "in eventu" dahin, dass aufgrund des Unterlassens der Festsetzung ausdrücklicher Zuschlagskriterien in der Ausschreibung der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei.

2. Mit dem vor dem Verfassungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 16. Juni 2000, Z F-18/98-19, wurde der Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaft auf Feststellung, "dass aufgrund eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, nämlich dem Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin entgegen §52 Abs1 Z3 BVergG, der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde", abgewiesen (Spruchpunkt 1.). Die Anträge der beschwerdeführenden Gesellschaft "vom 3. April 2000" auf Feststellung, "dass wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz und/oder der hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde", sowie in eventu auf Feststellung, "dass aufgrund eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, nämlich dem Unterlassen der Festsetzung ausdrücklicher Zuschlagskriterien in der Ausschreibung entgegen §53 BVergG, der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde", wurden gemäß §115 Abs4 BVergG als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkt 2.).

Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides wird dabei wie folgt begründet:

"Gemäß §113 Abs3 BVergG ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. §115 Abs1 BVergG hält wiederum fest, dass ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Der klare Wortlaut dieser Bestimmungen sowie die Gesetzssystematik legen nunmehr den Schluss nahe, dass das Bundesvergabeamt (lediglich) zur Überprüfung zuständig ist, ob wegen einer allfälligen Rechtswidrigkeit einer vom Antragsteller angefochtenen Entscheidung der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Sihin wird in einem Feststellungsverfahren nach §113 Abs3 BVergG - ebenso wie beim Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung - der jeweilige Verfahrensgegenstand durch die vom Antragsteller angefochtene Auftraggeberentscheidung festgelegt (soweit bereits BVA vom 31.1.2000, F-24/99-13).

Insoweit lassen sich den Rechtsschutzbestimmungen des BVergG keinerlei Differenzierungen zwischen den Nachprüfungsverfahren vor bzw. nach Abschluss des Vergabeverfahrens entnehmen. Aus den einzelnen Absätzen des §115 BVergG kann vielmehr abgeleitet werden, dass diese Bestimmung und insbesondere deren Absatz 1 sowohl für die Nachprüfungsverfahren, die auf Nichtigerklärungen abzielen, als auch für die Feststellungsverfahren Geltung besitzen. Diese Sichtweise korrespondiert im übrigen mit den in den betreffenden Materialien genannten Zielen des effektiven Rechtsschutzes (ErläutRV 972 Blg.NR 18. GP zu §91) sowie der raschen Entscheidungsfindung durch das Bundesvergabeamt (ErläutRV 323 Blg.NR 20. GP zu §91 Abs3).

Im konkreten Fall beantragte nun die Antragstellerin mit ihrer ursprünglichen Eingabe vom 1. Oktober 1998 die Feststellung, 'dass aufgrund eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, nämlich dem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin entgegen §52 Abs1 Z3 BVergG, der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde'.

Angefochten wurde somit die Entscheidung des Auftraggebers, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Die Klärung dieser Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Bestbieterermittlung bereits an einem anderen, zeitlich vorgelagerten und grundlegenden Mangel leidet.

Entsprechend §53 BVerfGG sieht 4.6 der im gegenständlichen Fall anzuwendenden ÖNORM A 2050 'Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung, Angebot und Zuschlag - Verfahrensnorm' vom 1. Jänner 1993 vor, dass von den Angeboten, die nach dem Ausschneiden übrig bleiben, der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den nach 2.1.5 festgelegten Kriterien zu erteilen ist. Punkt 2.1.5 der betreffenden ÖNORM schreibt wiederum in Korrespondenz zu §29 Abs4 BVerfGG vor, dass unter anderem die Kriterien für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag einschließlich aller Gesichtspunkte in der Ausschreibung anzugeben sind, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden. All dies verdeutlicht, dass auch im Anwendungsbereich der ÖNORM A 2050 das Bestbieterprinzip heranzuziehen ist. Dies erfordert wiederum, dass der Auftraggeber ausdrückliche Kriterien, die eine abgestufte, vergleichende Bewertung der Angebote erlauben, in der Ausschreibung festlegt (beispielsweise für die eindeutige Spruchpraxis der Vergabekontrolleinrichtungen des Bundes sei auf BVA vom 27. September 1999, N-39/99-18, verwiesen).

Im gegenständlichen Vergabeverfahren hat es nun - dies ist sowohl von Seiten der Antragstellerin als auch von Seiten des Auftraggebers unbestritten - der Auftraggeber gänzlich unterlassen, zulässige Zuschlagskriterien in der Ausschreibung vorzusehen. Dies bewirkt eine eindeutige Unmöglichkeit einer Bestbieterermittlung auf Grundlage der gegenständlichen Ausschreibung. Der Zuschlag wurde somit zwar nicht dem Bestbieter erteilt, der Grund hierfür liegt aber nicht im monierten Ausschneiden des Angebotes der Antragstellerin sondern vielmehr bereits in der Ausschreibung, die dem sowohl im BVerfGG als auch in der ÖNORM A 2050 festgeschriebenen Bestbieterprinzip widerspricht.

Da stets die im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheids bestehende Rechtslage maßgeblich ist (vgl. etwa VwSlgNF 8998 A, 9536 A, 10.285 A), war überdies auf den Einwand einer 'Judikaturwende' nicht einzugehen und der Antrag vom 1. Oktober 1998, eventualiter wiederholt in der 'Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme' vom 3. April 2000 entsprechend Spruchpunkt 1 abzuweisen."

Die Zurückweisung des mittels Schriftsatzes vom 3. April 2000 modifizierten Begehrens durch Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides wird damit begründet, dass die "gegenständliche Änderung des Begehrens keineswegs als zulässige Änderung des verfahrenseinleitenden Antrags gemäß §13 Abs8 AVG angesehen werden" könne: Eine Änderung des Verfahrensgegenstandes führe in jedem Fall zu einer Änderung der Sache in ihrem Wesen und sei unzulässig.

3. Gegen diesen Bescheid wendet sich die auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde der beschwerdeführenden Gesellschaft an den Verfassungsgerichtshof, in der die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, auf ein faires Verfahren gemäß Art6 EMRK, auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz sowie auf Unversehrtheit des Eigentums gerügt und die kostenpflichtige Aufhebung des Bescheides begehrt wird.

Das BVA hat eine Gegenschrift erstattet, in der es den Beschwerdebehauptungen im Einzelnen entgegentritt und beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Auch die dem Verfahren als mitbeteiligte Partei beigezogene Auftraggeberin ASFINAG hat eine Äußerung erstattet, in der sie die Ansicht vertritt, dass "die Ausführungen der Beschwerdeführerin weder eine Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten noch eine Rechtsverletzung wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes darzutun" vermögen.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige (vgl. VfGH 24.9.2002, G217/02, V53/02) - Beschwerde erwogen:

1. Beim Verfassungsgerichtshof sind bei Behandlung der Beschwerde Bedenken ob der Verfassungs- bzw. Gesetzmäßigkeit der Wortfolgen "Bau- und" in §14 Abs1 Z3 des Bundesvergabegesetzes 1997 bzw. in §2 Abs1 Z2 der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, mit der für Auftraggeber im Bereich der Bauleistungen des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten der Anwendungsbereich des vierten Teiles

des Bundesvergabegesetzes 1997 erweitert wird - Erstreckungsverordnung 2000, BGBl. II 35/2000, - entstanden. Er hat daher am 11. Juni 2002 beschlossen, die Verfassungs- bzw. die Gesetzmäßigkeit dieser Bestimmungen von Amts wegen zu prüfen.

In dem eingeleiteten, zu den Zahlen G217/02, V53/02 protokollierten Normenprüfungsverfahren hat der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 24. September 2002 ausgesprochen, dass die geprüften Wortfolgen verfassungs- bzw. gesetzwidrig waren. Diese Entscheidung vermag aber der beschwerdeführenden Gesellschaft im Bescheidprüfungsverfahren (noch) nicht zum Erfolg zu verhelfen, da es nach Lage des Falles ausgeschlossen ist, dass die beschwerdeführende Gesellschaft durch den Bescheid infolge Anwendung der als verfassungs- bzw. gesetzwidrig erkannten Wortfolgen in ihrer Rechtssphäre nachteilig betroffen wurde: Das BVA hat seine Zuständigkeit zur Erlassung des angefochtenen Bescheides bejaht. Die Nichtanwendung der geprüften und als verfassungs- bzw. gesetzeswidrig qualifizierten Wortfolgen hat im vorliegenden Fall nichts an dieser Zuständigkeit geändert.

2. Zu prüfen war daher, ob die beschwerdeführende Gesellschaft durch den angefochtenen Bescheid entsprechend ihrer Beschwerdebehauptung in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt wurde: In ihrer Beschwerde nimmt sie eine solche Verletzung deshalb an, weil das BVA im Ergebnis jegliche Sachentscheidung über die von ihr gerügten Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens verweigert habe.

3. a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.413/1985, 11.072/1986) liegt eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz vor, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei der Erlassung des angefochtenen Bescheides Willkür geübt hat.

Ein willkürliches Verhalten, das in die Verfassungssphäre eingreift, liegt u.a. in einer gehäuften Verkennung der Rechtslage. Insbesondere kann Willkür durch eine denkmögliche Gesetzesanwendung indiziert werden (siehe zB VfSlg. 7962/1976, 8758/1980). Eine solche denkmögliche Gesetzesanwendung liegt vor, wenn die belangte Behörde so fehlerhaft vorgegangen ist, dass die Fehlerhaftigkeit mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe gestellt werden muss (vgl. VfSlg. 7038/1973, 9902/1983).

b) Das BVA hat den Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaft auf Feststellung, dass aufgrund des Ausscheidens ihres Angebotes der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, mit der Begründung abgewiesen, dass bereits die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung kausal dafür gewesen sei, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei; eine Klärung des Antragsvorbringens habe daher "dahingestellt bleiben" können.

Die hinter dieser Entscheidung stehende Rechtsauffassung erachtet der Verfassungsgerichtshof als denkmögliche Auslegung des §113 Abs3 iVm §115 Abs1 BVergG: Das Vergaberechtssystem des BVergG 1997 räumt [in Umsetzung der Rechtsmittel-Richtlinie 89/665/EWG (RM-RL)] einem übergangenen Bieter bei schuldhafter Verletzung des BVergG gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten ein (§122 Abs1 BVergG). Das BVergG gewährt diesen Schadenersatzanspruch jedem Bieter, der sich im Vertrauen auf ein rechtsrichtiges Vergabeverfahren durch Legung eines Angebots an diesem beteiligt hat, der durch eine rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers aber in seiner Aussicht, im Verfahren als Bestbieter evaluiert zu werden ("echte Chance auf Zuschlagserteilung" - §113 Abs3 BVergG), frustriert wurde. Die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs vor den ordentlichen Gerichten ist gemäß §125 Abs2 BVergG lediglich davon abhängig, dass das BVA auf Antrag des Bieters das Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes bescheidmäßig festgestellt hat. Im angefochtenen Bescheid wird eine (mittelbar auf die Erlangung von Schadenersatz gerichtete) Sachentscheidung über das Vorbringen der Beschwerdeführerin mit der Begründung verweigert, dass das Vergabeverfahren bereits aus einem anderen als dem geltend gemachten Grund an Rechtswidrigkeit gelitten habe. Ein solches Rechtsverständnis widerspricht dem Sinngehalt des §122 Abs1 BVergG, weil dadurch der Ersatz eines etwaig entstandenen Vertrauensschadens der beschwerdeführenden Gesellschaft trotz festgestellter Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens (in concreto: der Ausschreibung) verhindert wird. Das BVA hätte in der gegebenen Situation vielmehr die Auswirkung der festgestellten Rechtswidrigkeit der Ausschreibung im Hinblick auf die Zuschlagserteilung zu untersuchen gehabt. Denn auch das Vorliegen einer vom betreffenden Bieter selbst nicht gerügten, vielmehr amtswegig aufgegriffenen Rechtswidrigkeit ändert nichts daran, dass der Bieter durch jene Rechtswidrigkeit in seiner Vermögenssphäre nachteilig betroffen sein kann. Das amtswegige Aufgreifen der

Rechtswidrigkeit darf dem Bieter jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen, wenn er im Falle einer rechtskonformen Ausschreibung eine entsprechende Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte bzw. eine solche nicht auszuschließen gewesen wäre.

Indem das BVA den maßgeblichen Bestimmungen des BVergG einen Inhalt unterstellt hat, der diesen denkmöglich nicht unterstellt werden kann, hat es durch Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides die beschwerdeführende Gesellschaft in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt. Da es nach Lage des vorliegenden Falles nicht ausgeschlossen ist, dass das BVA bei rechtskonformer Behandlung des mit Spruchpunkt 1. erledigten Antrags auch hinsichtlich des mit Spruchpunkt 2. entschiedenen, geänderten Begehrens zu einer anderen Beurteilung gekommen wäre, war der Bescheid zur Gänze aufzuheben.

4. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §88 VfGG. In den zugesprochenen Kosten ist USt in der Höhe von € 327,- sowie eine Eingabengebühr in der Höhe von € 181,68 enthalten. Dem Antrag auf Zuspruch von Streitgenossenzuschlag war nicht Folge zu geben, weil es sich bei im verfassungsgerichtlichen Verfahren mitbeteiligten Parteien nicht um Streitgenossen iSd §15 RATG handelt (VfGH 14.3.2001, B1886/98; 12.12.2001, B346/01 ua.).

Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne vorangegangene mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

#### **Schlagworte**

Behördenzuständigkeit, Bescheid Trennbarkeit, EU-Recht Richtlinie, Rechtsschutz, Vergabewesen, VfGH / Anlaßverfahren, VfGH / Feststellung Wirkung, VfGH / Kosten, VfGH / Legitimation, VfGH / Beteiligter, VfGH / Anlaßfall

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

ECLI:AT:VFGH:2003:B1301.2000

#### **Dokumentnummer**

JFT\_09969374\_00B01301\_00

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

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