

TE Vwgh Erkenntnis 2007/4/26 2005/04/0222

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.04.2007

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06302000;
E3L E06303000;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
40/01 Verwaltungsverfahren;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 Abs6;
ABGB §879 Abs1;
AVG §56;
BVergG 2002 §103 Abs1;
BVergG 2002 §104 Abs4;
BVergG 2002 §105 Abs3;
BVergG 2002 §105 Abs6;
BVergG 2002 §161;
BVergG 2002 §162 Abs4;
BVergG 2002 §162 Abs5;
BVergG 2002 §162;
BVergG 2002 §174;
BVergG 2002 §20 Z13 lit a;
BVergG 2002 §20 Z42;
BVergG 2002 §23 Abs7;
BVergG 2002 §25 Abs6 Z1;
BVergG 2002 §27 Abs1;
BVergG 2006 §132 Abs3 impl;
EURallg;

VwGG §42 Abs2 Z1;

VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstädl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Papst, über die Beschwerde des Bundes, vertreten durch Sundström, Rohrer, Rechtsanwaltsgeellschaft mbH in 1010 Wien, Schreyvogelgasse 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 6. September 2005, Zl. 06N-72/05-27, betreffend Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens (mitbeteiligte Partei: Bietergemeinschaft bestehend aus 1. P GmbH, 2. A. GmbH & Co KG und 3. A GesmbH, alle W), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird im stattgebenden Teil seines Spruchpunktes I. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Antrag des Bundes auf Zuspruch von Aufwandersatz wird abgewiesen.

Begründung

Mit Spruchpunkt I. des Bescheides vom 6. September 2005 hat das Bundesvergabeamt über Antrag der Mitbeteiligten die Entscheidung des Beschwerdeführers als Auftraggeber im Vergabeverfahren "Räumung des 'Recycling Point Blumau' - Leistungen für Transport und Entsorgung" die Direktvergabe zu wählen, für nichtig erklärt.

Diesen Bescheid hat die belangte Behörde im Wesentlichen wie folgt begründet:

Der Beschwerdeführer habe mit europaweiter Bekanntmachung vom 3. Juni 2004 zur Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren eingeladen. Das Verfahren sei als nicht offenes Verfahren für eine prioritäre Dienstleistung im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden. Nach Einlangen von insgesamt sieben Teilnahmeanträgen habe der Beschwerdeführer sämtliche Teilnahmeantragsteller zur Anbotslegung aufgefordert. Am 15. September 2004 sei die (erste) Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft A GmbH, B GmbH und E GmbH (im Folgenden: Bietergemeinschaft A-B-E) getroffen worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei von der belangten Behörde mit Bescheid vom 24. November 2004 für nichtig erklärt worden. Daraufhin habe der Beschwerdeführer eine weitere Angebotsprüfung und Bewertung durchgeführt und am 27. Jänner 2005 eine (zweite) Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft A-B-E getroffen. Gleichzeitig seien einige Angebote aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden. Diese zweite Zuschlagsentscheidung sei mit Bescheid der belangten Behörde vom 7. April 2005 für nichtig erklärt worden. Nach Beendigung dieses Nachprüfungsverfahrens habe der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. April 2005 den Bietern bekannt gegeben, dass sämtliche noch im Verfahren befindlichen Angebote ausgeschieden würden und damit das Vergabeverfahren als widerrufen gelte. Der ex lege eingetretene Widerruf sei gemäß § 105 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2002 - BVergG, BGBl. I Nr. 99, europaweit bekannt gemacht worden. Mit dem selben Schreiben an die Bieter vom 29. April 2005 sei die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 6 Z. 1 BVergG bekannt gegeben worden. Die in diesem Verfahren ergangene "Aufforderung zur Angebotsabgabe" sei von der belangten Behörde für nichtig erklärt worden.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Juni 2005, Zlen. 2005/04/0001 und 0009, sei der Bescheid der belangten Behörde vom 24. November 2004, mit dem die erste Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt worden sei, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben worden. Der Beschwerdeführer habe daraufhin (mit Schreiben vom 8. Juli 2005) den Bieter des am 3. Juni 2004 eingeleiteten (ersten) Vergabeverfahrens mitgeteilt, dass der Ex-lege-Widerruf gemäß § 105 Abs. 3 BVergG nicht eingetreten sei und demzufolge auch das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 6 Z. 1 BVergG "nicht mehr existent" sei. Der Bietergemeinschaft A-B-E sei darüber hinaus mitgeteilt worden, dass die Ausscheidung ihres Hauptangebotes und des Alternativangebotes B hiermit widerrufen werde. In der Folge habe der Beschwerdeführer dieser Bietergemeinschaft am 12. Juli 2005 mitgeteilt, dass ihrem Alternativangebot B der Zuschlag erteilt werde. Die Zuschlagserteilung (Annahme des Angebots) sei von den Mitgliedern der Bietergemeinschaft unterfertigt worden. Schließlich habe der Beschwerdeführer am 14. Juli 2005 europaweit bekannt gemacht, dass die Bekanntmachung über den ex lege eingetretenen Widerruf widerrufen werde und daher die Bekanntmachung der Einleitung des ersten Vergabeverfahrens unverändert gültig sei. Darüber hinaus sei die Zuschlagserteilung vom 12. Juli 2005 europaweit bekannt gemacht worden.

Nach Ansicht der belangten Behörde beende der durch das Ausscheiden aller Angebote am 29. April 2005 ex lege eingetretene Widerruf das Vergabeverfahren endgültig und unwiderruflich. Entgegen der Ansicht des

Beschwerdeführers habe das aufhebende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 3. Juni 2005 nicht zur Folge gehabt, dass die nach Erlassung der ersten Zuschlagsentscheidung gesetzten Handlungen des Auftraggebers als nicht mehr existent anzusehen seien. Durch dieses Erkenntnis sei vielmehr lediglich das Nachprüfungsverfahren vor der belangten Behörde in die Lage zurückversetzt worden, in der es sich vor Erlassung des Bescheides vom 24. November 2004 befunden habe.

Bei der Herbeiführung eines ex lege eintretenden Widerrufs durch den Auftraggeber handle es sich um eine "Entscheidung", die nicht zurückgenommen werden könne. Gemäß § 103 Abs. 1 BVergG ende nämlich das Vergabeverfahren auch durch einen ex lege eintretenden Widerruf. Dies habe zur Folge, dass sowohl Auftraggeber als auch Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder erlangten. Gerade im vorliegenden Fall werde deutlich, dass eine willkürliche nachträgliche Beseitigung eines eingetretenen Widerrufs durch den Auftraggeber nicht möglich sein solle. Es sei zum selben Auftraggegenstand nämlich bereits ein weiteres Vergabeverfahren (Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) eingeleitet worden, das mangels Widerruf oder Zuschlagserteilung nach wie vor aufrecht sei. Durch einen nachträglichen Wegfalls des Widerrufs des ersten Vergabeverfahrens würden somit zwei parallele Vergabeverfahren vorliegen. Ein automatischer Wegfall des zweiten Vergabeverfahrens habe nicht stattgefunden. Durch die Ausscheidung sämtlicher Angebote, die ex lege zum Widerruf des Vergabeverfahrens geführt habe, habe der Beschwerdeführer als Auftraggeber jedenfalls den Rechtsschein erzeugt, im als widerrufen geltenden Vergabeverfahren keinen Zuschlag mehr erteilen zu wollen. Aus all diesen Gründen könne der Auftraggeber durch die Zurücknahme der Ausscheidungsentscheidungen das durch Widerruf beendete Vergabeverfahren nicht wieder auflieben lassen.

Da das erste Vergabeverfahren somit durch Widerruf endgültig beendet worden sei, sei die Zuschlagserteilung vom 12. Juli 2005 als Direktvergabe zu werten. Die Direktvergabe des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich sei nicht zulässig. Der Vertragsschluss sei daher sowohl aus europarechtlichen Erwägungen als auch auf Grund von § 879 Abs. 1 ABGB nichtig. Der Beschwerdeführer habe nicht einmal vorgebracht, dass diese Zuschlagserteilung im Rahmen des am 29. April 2005 eingeleiteten zweiten Vergabeverfahrens (Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) erfolgt sei. Im Übrigen wäre eine Zuschlagserteilung in diesem Verfahren gemäß § 100 Abs. 1 letzter Satz BVergG nichtig. Die tatsächlich erfolgte Direktvergabe sei gemäß § 879 Abs. 1 ABGB sittenwidrig und daher nichtig, weil für die Vertragsparteien kein rechtlich relevanter Zweifel bestehen habe können, dass unter den vorliegenden Rahmenbedingungen ein unmittelbarer Vertragsschluss nicht nur schlicht rechtswidrig, sondern offenkundig unzulässig gewesen sei. Das gesamte Verhalten der Vertragsparteien stelle ein sittenwidriges Zusammenwirken dar. Den Vertragsparteien hätte bewusst sein müssen, dass ein Vertragsschluss auf Basis des ersten Vergabeverfahrens jedenfalls unzulässig sei. Dieses Vergabeverfahren sei nämlich - wie dargestellt - durch den ex lege eingetretenen Widerruf endgültig und unwiderruflich beendet. Die Vertragsparteien könnten sich insoweit auch nicht auf eine vertretbare Rechtsansicht berufen, weil die Heranziehung der ersten Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2004 auch aus anderen Gründen offenkundig rechtswidrig gewesen sei. Diese Zuschlagsentscheidung sei durch die nachfolgende Zuschlagsentscheidung vom 27. Jänner 2005 zumindest implizit widerrufen worden. Weiters habe sich der Beschwerdeführer durch die Ausscheidung sämtlicher Angebote dahin festgelegt, dass er in diesem Vergabeverfahren den Zuschlag nicht mehr erteilen wolle. Sowohl dem Beschwerdeführer als auch der Zuschlagsempfängerin hätte jedenfalls auch bewusst sein müssen, dass im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung das zweite Vergabeverfahren noch aufrecht gewesen sei. Die Vertragsparteien seien in ihrem Vertrauen auf den rechtmäßigen Bestand des Vertrages nicht schutzwürdig. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer durch sein Verhalten der Mitbeteiligten die Ausübung ihrer im Rahmen des Rechtsschutzes europarechtlich gebotenen Rechte verunmöglich, sodass auch im Licht des europarechtlichen Effektivitätsgebotes die Zuschlagserteilung als absolut und ex tunc nichtig anzusehen sei.

Da somit eine wirksame Zuschlagserteilung noch nicht erfolgt sei, sei die belangte Behörde zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Der Antrag der mitbeteiligten Partei sei zulässig. Der Umstand, dass das Angebot der Mitbeteiligten im ersten Vergabeverfahren unbekämpft ausgeschieden worden sei, stehe der Antragslegitimation nicht entgegen, weil die gegenständliche (vermeintliche) Zuschlagserteilung nicht im Rahmen dieses Verfahrens erfolgt sei, sondern als Direktvergabe zu werten sei. Im Hinblick auf die Unzulässigkeit der

Direktvergabe sei sowohl das Interesse am Vertragsabschluss als auch ein drohender Schaden für die Mitbeteiligte offensichtlich. Die gemäß § 20 Z. 13 lit. a sublit. mm BVergG gesondert anfechtbare Entscheidung der Wahl der Direktvergabe sei daher für nichtig zu erklären gewesen.

Gegen den stattgebenden Teil des Spruchpunktes I. dieses Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, ihn insoweit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts, Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Zur Begründung führt der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, dass durch die Rücknahme des Ausscheidens der Angebote der Bietergemeinschaft A-B-E der Ex-lege-Widerruf nicht als eingetreten gelte und die Zuschlagserteilung daher zu Recht auf Grund der Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2004 erfolgt sei. Anlässlich der Bekanntmachung der Zuschlagserteilung sei auch ausdrücklich auf diese Zuschlagsentscheidung Bezug genommen worden. Auf Grund der somit bereits erfolgten Zuschlagserteilung hätte die belangte Behörde kein Nichtigerklärungsverfahren, sondern nur ein Feststellungsverfahren führen dürfen. Durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, Zlen. 2005/04/0001, 0009, stehe fest, dass die Nichtigerklärung der ersten Zuschlagsentscheidung durch die belangte Behörde zu Unrecht erfolgt sei. Der Beschwerdeführer sei verpflichtet gewesen, den diesem Erkenntnis entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Dazu habe er die nur auf Grund unrichtiger Entscheidungen der belangten Behörde veranlasste Ausscheidung von Angeboten zurückgenommen und damit die ex lege eingetretene Folge des Widerrufs beseitigt. Die Rechtsfolgen der Rücknahme des Ausscheidens eines Angebots könnten nicht anders sein als jene der Nichtigerklärung einer Ausscheidung durch die Vergabekontrollbehörde. Das erste Vergabeverfahren sei daher noch offen. Das zweite Vergabeverfahren (Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) sei schon deshalb nicht mehr aufrecht, weil die einzige Auftraggeberhandlung in diesem Verfahren, nämlich die Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 29. April 2005 von der belangten Behörde für nichtig erklärt worden sei. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer sämtlichen Bietern mitgeteilt, dass dieses Verfahren nicht mehr existent sei, wodurch der Bestimmung des § 105 Abs. 5 BVergG entsprochen worden sei. Der Beschwerdeführer habe niemals eine Entscheidung getroffen, den gegenständlichen Auftrag in Form der Direktvergabe zu vergeben. Ein derartiges Verhalten dürfe ihm auch nicht unterstellt werden. Die Zuschlagserteilung sei im (ersten) Vergabeverfahren auf Grund einer infolge Aufhebung des Nichtigerklärungsbescheides der belangten Behörde durch den Verwaltungsgerichtshof noch aufrechten Zuschlagsentscheidung erfolgt. Die belangte Behörde sei überdies zur Feststellung der Nichtigkeit von Verträgen nicht zuständig. Da der Beschwerdeführer nie die Direktvergabe gewählt habe, sei die belangte Behörde auch zur Nichtigerklärung einer derartigen Entscheidung des Auftraggebers nicht zuständig. Überdies sei das Angebot der Mitbeteiligten ausgeschieden worden. Diese Entscheidung nicht sei nicht bekämpft worden. Der Mitbeteiligten sei daher keine Antragslegitimation im Verfahren vor der belangten Behörde zugekommen.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift mit dem Begehr, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Im mit Bekanntmachung vom 3. Juni 2004 eingeleiteten nicht offenen Vergabeverfahren hat der Beschwerdeführer als Auftraggeber am 15. September 2004 eine Zuschlagsentscheidung getroffen, wonach beabsichtigt sei, der Bietergemeinschaft A-B-E den Zuschlag zu erteilen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der belangten Behörde mit Bescheid vom 24. November 2004 für nichtig erklärt. Dieser Bescheid wurde insoweit mit hg. Erkenntnis vom 13. Juni 2005, Zlen. 2005/04/0001, 0009, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Damit ist das Vergabekontrollverfahren vor der belangten Behörde gemäß § 42 Abs. 3 VwGG in die Lage zurückgetreten, in der es sich vor Erlassung des Bescheides vom 24. November 2004 befunden hat. Die mit dieser Bestimmung angeordnete ex-tunc-Wirkung von aufhebenden Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes hat zur Folge, dass der Rechtszustand im Nachhinein so zu betrachten ist, als ob der aufgehobene Bescheid nie erlassen worden wäre (vgl. Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 185, und die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, 626 ff zitierte hg. Judikatur). Für die folgenden Überlegungen ist somit davon auszugehen, dass die Zuschlagsentscheidung des Beschwerdeführers vom 15. September 2004 niemals für nichtig erklärt worden ist.

2. Gemäß § 20 Z. 42 BVergG handelt es sich bei der Zuschlagsentscheidung um die nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Der Auftraggeber kann diese Erklärung daher - bis

zur Zuschlagserteilung - jederzeit ändern oder zurückzunehmen, etwa wenn er erkennt, dass er den falschen Bieter als Bestbieter ermittelt hat (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. Jänner 2006, Zl. 2005/04/0202).

Die Zurücknahme einer Zuschlagsentscheidung kann auch durch die Erlassung einer weiteren Zuschlagsentscheidung im selben Vergabeverfahren erfolgen, weil der Auftraggeber damit klar zum Ausdruck bringt, an der früheren Zuschlagsentscheidung nicht mehr festzuhalten. Der Verwaltungsgerichtshof hat daher im Beschluss vom 29. März 2006, Zl. 2004/04/0191, ausgesprochen, dass eine weitere Zuschlagsentscheidung im selben Verfahren der früheren Zuschlagsentscheidung "den Boden entzieht".

Vorliegend hat der Beschwerdeführer im mit Bekanntmachung vom 3. Juni 2004 eingeleiteten (ersten) Vergabeverfahren am 27. Jänner 2005 eine weitere Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft A-B-E getroffen, die nach der Aktenlage - anders als jene vom 15. September 2004 - ausdrücklich auf das Alternativangebot B dieser Bietergemeinschaft lautet. Diese (zweite) Zuschlagsentscheidung wurde mit Bescheid der belangen Behörde vom 7. April 2005 für nichtig erklärt. Dadurch wurde diese Entscheidung des Auftraggebers mit Wirkung ex tunc beseitigt (Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 55 zu § 174; Thienel, Anfechtung und Nichtigerklärung nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen?, RPA 2/2004, 73 (76)). Dies bedeutet, dass das Vergabeverfahren so zu beurteilen ist, als ob die (zweite) Zuschlagsentscheidung vom 27. Jänner 2005 nie erlassen worden wäre.

Schon deshalb wurde die (erste) Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2004 durch die - auf Grund des Bescheides der belangen Behörde vom 7. April 2005 als nie gesetzt zu betrachtende - (zweite) Zuschlagsentscheidung vom 27. Jänner 2005 nicht zurückgenommen.

3. Der Beschwerdeführer als Auftraggeber hat - nachdem bereits am 27. Jänner 2005 einige Angebote ausgeschieden waren - am 29. April 2005 alle verbleibenden Angebote ausgeschieden. Damit galt die Ausschreibung und damit das (erste) Vergabeverfahren gemäß § 105 Abs. 3 BVergG ex lege als widerrufen. Dies wurde den Bietern gemäß § 105 Abs. 4 BVergG bekannt gegeben und gemäß § 105 Abs. 5 leg. cit. europaweit bekannt gemacht.

Mit den an alle Bieter gerichteten Schreiben vom 8. Juli 2005 hat der Beschwerdeführer den Bieter u.a. bekannt gegeben, dass unter Beachtung des mittlerweile erlassenen hg. Erkenntnisses, Zlen. 2005/04/0001, 0009, der ex-lege-Widerruf "nicht eingetreten" sei. Der mit Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2004 als Zuschlagsempfängerin in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft A-B-E wurde überdies bekannt gegeben, dass die Ausscheidung des Hauptangebotes und des Alternativangebotes B dieser Bietergemeinschaft hiermit widerrufen werde. Der Umstand, dass der Widerruf der Ausschreibung - nach Ansicht des Beschwerdeführers - nicht eingetreten sei, wurde ebenfalls europaweit bekannt gemacht.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass mit dem genannten hg. Erkenntnis zwar - wie dargestellt - die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2004, nicht jedoch die nachfolgende, ex lege den Widerruf bewirkende Ausscheidung aller Angebote beseitigt worden ist. Durch dieses Erkenntnis wurde daher das durch den ex lege eingetretenen Widerruf beendete Vergabeverfahren nicht wieder eröffnet.

4. Es ist nunmehr zu untersuchen, ob der ex lege eintretende Widerruf der Ausschreibung unabänderbar ist, oder ob die vom Beschwerdeführer als Auftraggeber gegenüber der Bietergemeinschaft A-B-E erklärte Rücknahme (Widerruf) des Ausscheidens der Angebote dieser Bietergemeinschaft den Wegfall der Voraussetzungen für den ex lege eintretenden Widerruf der Ausschreibung und das Wiederaufleben des bereits beendeten Vergabeverfahrens bewirken konnte.

Gemäß § 103 Abs. 1 BVergG endet das Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung.

Gemäß § 104 Abs. 4 letzter Satz (für den Widerruf während der Angebotsfrist) und § 105 Abs. 6 leg. cit. (für den Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist) gewinnen sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter mit ordnungsgemäßer Bekanntmachung des Widerrufs bzw. mit Verständigung der Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Die Bieter sind damit nicht mehr an ihre Angebote gebunden.

Nach Ansicht von Schramm/Öhler/Stickler (in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 10 zu §§ 104-105) kommt eine Rücknahme des Widerrufs durch den Auftraggeber nicht in Betracht; die Leistungen, die Gegenstand des Verfahrens waren, können nur in einem neuen Vergabeverfahren

beschafft werden. Dieser Auffassung pflichtet der Verwaltungsgerichtshof bei. Die Bestimmungen des BVergG - insbesondere jene über die Fristen für die einzelnen Verfahrensschritte - bezwecken u.a. die Dauer von Vergabeverfahren auf die für deren Durchführung notwendige Zeitspanne zu begrenzen. Dem würde die dem Auftraggeber - unbegrenzt - eingeräumte Möglichkeit, ein bereits beendetes Vergabeverfahren durch Rücknahme des Widerrufs wieder zu eröffnen, widersprechen. Abgesehen davon wäre es denkbar, dass es ein Bieter im Vertrauen auf die durch Widerruf bewirkte Beendigung des Vergabeverfahrens unterlässt, eine sonst für die Wahrung seiner Chance auf Zuschlagserteilung notwendige Handlung zu setzen. Es würde der Führung eines fairen Vergabeverfahrens widersprechen, hätte es der Auftraggeber in einem derartigen Fall in der Hand, das Vergabeverfahren durch Rücknahme des Widerrufs jederzeit fortzusetzen.

Dass nach dem System des BVergG das Vergabeverfahren nach Widerruf der Ausschreibung endgültig beendet sein soll, ergibt sich auch aus § 162 Abs. 5 BVergG, wonach das Bundesvergabeamt nach Widerruf einer Ausschreibung nur mehr zuständig ist, festzustellen, ob der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz rechtswidrig war.

Der Umstand, dass das Europarecht die Nachprüfbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren zu widerrufen fordert (vgl. die bei Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, 475 ff, dargestellte Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften), führt nicht dazu, dass der Auftraggeber selbst den Widerruf einer Ausschreibung - jederzeit - zurücknehmen kann.

Diese Argumente gelten in gleicher Weise auch für den auf Grund der Ausscheidung aller Angebote durch den Auftraggeber gemäß § 105 Abs. 3 BVergG ex lege eintretenden Widerruf. Auch dieser beendet das Vergabeverfahren daher endgültig. Gerade in einem solchen Fall könnten Bieter im Vertrauen auf die Beendigung des Vergabeverfahrens und die damit bestehende Chance, den Auftrag in einem weiteren Vergabeverfahren zu erhalten, auf die in diesem Ausnahmefall gesondert mögliche (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2004, Zl. 2003/04/0134) Anfechtung der Ausscheidung ihres Angebots verzichten. Der Auftraggeber könnte die Ausscheidung eines beliebigen Bieters widerrufen und diesem - für die bereits bestandfest ausgeschiedenen Bieter unanfechtbar - den Zuschlag erteilen.

Der Auftraggeber kann somit nicht durch Rücknahme der Ausscheidung eines oder mehrerer Bieter die ex lege eingetretene Wirkung des Widerrufs beseitigen. Gegen die Ansicht der belannten Behörde, es sei einem Auftraggeber nicht möglich, die durch Widerruf eingetretene Beendigung des Vergabeverfahrens willkürlich zu beseitigen, bestehen daher keine Bedenken.

Dem stehen die Ausführungen im bereits zitierten hg. Erkenntnis, Zl. 2003/04/0134, nicht entgegen. Wie ausgeführt, ist nach diesem Erkenntnis die nicht zu den gemäß § 20 Z. 13 lit. a BVergG gesondert anfechtbaren Entscheidungen zählende Ausscheidung eines Angebots im Fall des deshalb ex lege eingetretenen Widerrufs der Ausschreibung aus europarechtlichen Gründen ausnahmsweise gesondert anfechtbar. In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof auch ausgesprochen, dass die Nichtigerklärung der Entscheidung über das Ausscheiden zur Folge hätte, dass der Tatbestand des § 105 Abs. 3 BVergG nicht "zum Tragen kommt". Dies ergibt sich daraus, dass die Nichtigerklärung - wie dargestellt - ex tunc wirkt und daher das Vergabeverfahren so zu beurteilen ist, als ob das Angebot nie ausgeschieden worden wäre. Diesfalls hätte aber die Ausschreibung nie gemäß § 105 Abs. 3 BVergG ex lege als widerrufen gegolten. Der hier vertretenen Auffassung, dass der einmal ex lege eingetretene Widerruf vom Auftraggeber nicht durch Rücknahme der Ausscheidung von Angeboten rückgängig gemacht werden kann, steht dieses Erkenntnis nicht entgegen.

Die Wirkungen des (ex lege eingetretenen) Widerrufs können somit zwar nicht durch den Auftraggeber, wohl aber durch die Nichtigerklärung von Auftraggeberentscheidungen durch die Vergabekontrollbehörde rückgängig gemacht werden.

5. Der Beschwerdeführer hat mit den an alle Bieter gerichteten Schreiben jeweils vom 29. April 2005 ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 25 Abs. 6 Z. 1 BVergG eingeleitet. Mit den Schreiben vom 8. Juli 2005 hat der Beschwerdeführer allen Bietern mitgeteilt, dass dieses Verfahren "nicht mehr existent" sei. Damit hat der Beschwerdeführer jedenfalls deutlich zum Ausdruck gebracht, dieses Verfahren nicht mehr fortzusetzen. Es handelt sich somit um eine Widerrufserklärung, durch die das Verfahren gemäß § 103 Abs. 1 BVergG beendet wurde.

6. Am 12. Juli 2005 hat der Beschwerdeführer der Bietergemeinschaft A-B-E auf deren im ersten Vergabeverfahren gelegtes Alternativangebot B den Zuschlag erteilt. Nach der Aktenlage hat der Beschwerdeführer in der

- europaweiten - Bekanntmachung dieser Zuschlagserteilung auf das nicht offene Vergabeverfahren mit Bekanntmachung Bezug genommen.

Diese Zuschlagserteilung erfolgte nach den obigen Ausführungen zu einem Zeitpunkt, in dem weder das (erste) mit Bekanntmachung vom 3. Juni 2004 eingeleitete nicht offene Vergabeverfahren (die diesbezügliche Ausschreibung war, wie dargestellt, endgültig widerrufen) noch das (zweite) am 29. April 2005 eingeleitete Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung (auch diese Ausschreibung war nach dem Gesagten widerrufen) noch offen waren. Es handelt sich somit um eine freihändige Auftragsvergabe außerhalb eines förmliches Vergabeverfahrens. Dies ist - ungeachtet des Willens des Auftraggebers, den Auftrag im seiner Ansicht nach noch anhängigen ersten Vergabeverfahren zu erteilen

- als Direktvergabe im Sinn von § 23 Abs. 7 BVergG zu verstehen (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 10 zu § 23).

Die Direktvergabe ist nur im Unterschwellenbereich bei Vorliegen einer der in § 27 Abs. 1 BVergG taxativ aufgezählten Voraussetzungen zulässig. Diese Vergabeart war daher - unstrittig -

für die gegenständliche Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich nicht zulässig.

7. Zu Prüfen ist nun, ob die belangte Behörde diese Rechtswidrigkeit durch Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe aufgreifen durfte oder (bloß) durch Feststellung der Rechtswidrigkeit:

Nach dem System des BVergG richtet sich die Anfechtbarkeit von Auftraggeberentscheidungen danach, welches Verfahren vom Auftraggeber tatsächlich gewählt und durchgeführt wird. Dies zeigt sich daran, dass auch die fehlerhafte Wahl des Vergabeverfahrens selbst angefochten werden kann; bleibt die falsche Wahl unangefochten, wird diese Entscheidung bestandskräftig, der weitere Ablauf des Verfahrens hat sich dann nach dieser (nicht mehr angreifbaren) Wahl zu richten (Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002, Rz 146 zu § 162).

Gemäß § 17 Abs. 3 BVergG gelten für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber im Wege einer Direktvergabe allein die Bestimmungen des ersten, fünften und des sechsten Teiles sowie die §§ 21, 23 Abs. 7, 27, 36, 52 Abs. 5 und 106 Abs. 2 leg. cit. Der im dritten Teil des BVergG enthaltene § 100, nach dem die Zuschlagserteilung bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und bei Zuschlagserteilung innerhalb der Stillhaltefrist nichtig ist, ist somit vorliegend nicht anzuwenden.

Gemäß § 20 Z. 13 lit. a sublit. mm BVergG ist bei der Direktvergabe nur die Wahl des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber gesondert anfechtbar. Gemäß § 162 Abs. 4 leg. cit. ist das Bundesvergabeamt bei Direktvergabe nach Zuschlagserteilung nur mehr zuständig festzustellen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgte.

Gemäß § 20 Z. 41 BVergG handelt es sich beim Zuschlag (der Zuschlagserteilung) um die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen.

Es kann dahinstehen, ob eine Zuschlagserteilung im Sinn des BVergG, nach der die Vergabekontrollbehörde die Unzulässigkeit der Wahl der Direktvergabe nur mehr feststellen kann, nur bei einem zivilrechtlich wirksamen Vertragsschluss vorliegt. Im vorliegenden Fall ist der Vertrag zwischen dem Beschwerdeführer als Auftraggeber und der Zuschlagsempfängerin entgegen der Ansicht der belangten Behörde nämlich aus folgenden Gründen ohnehin wirksam zustande gekommen:

Die belangte Behörde vertrat die Auffassung, dass der Vertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Zuschlagsempfängerin sittenwidrig und daher gemäß § 879 Abs. 1 ABGB ex tunc nichtig sei. Beiden Vertragsparteien habe bewusst sein müssen, dass die Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2004 durch die nachfolgende Zuschlagsentscheidung vom 27. Jänner 2005 widerrufen worden sei, dass das mit Bekanntmachung vom 3. Juni 2004 eingeleitete (erste) Vergabeverfahren ex lege und endgültig widerrufen worden sei sowie dass das am 29. April 2005 eingeleitete (zweite) Vergabeverfahren im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch aufrecht gewesen sei. Die Vertragsparteien könnten sich nicht auf eine vertretbare Rechtsauffassung berufen. Die Unzulässigkeit der Direktvergabe sei offenkundig und hätte den Parteien bewusst sein müssen. Es liege somit nicht nur ein schlicht rechtswidriger Vertragsschluss, sondern ein sittenwidriges Zusammenwirken der Vertragsparteien vor.

Nach der von der belangten Behörde zitierten Judikatur des Obersten Gerichtshofes (Urteil vom 20. September 2000, 3 Ob 13/99d) ist ein Geschäft dann sittenwidrig, wenn es ohne gegen ein positives Gesetz zu verstößen, offenbar rechtswidrig ist, also ungeschriebenes Recht - insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze - verletzt. Dies

ist unter Berücksichtigung aller Umstände anhand der von der Gesamtrechtsordnung geschützten Interessen zu beurteilen, wobei es auf Inhalt, Zweck und Beweggrund des Geschäfts, also auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung ankommt. Gegen die guten Sitten verstößt, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, d.h. aller billig und gerecht Denkenden, widerspricht.

Im Fall der unzulässigen Direktvergabe liegt Sittenwidrigkeit daher nur bei schwerem Missbrauch vor, wenn also die Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von der offensichtlichen völligen Missachtung des Vergaberechts wussten bzw. wissen mussten (vgl. Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in Sachs, Schwerpunkte zum BVergG 2002, 287 (334 f); Katary, Schlupfloch Direktvergabe? in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht, 59 (77 ff); Thienel a.a.O., Rz 225). In diesem Sinn normiert das am 1. Februar 2006 in Kraft getretene und daher auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbare Bundesvergabegesetz 2006 in seinem § 132 Abs. 3, dass eine Direktvergabe nur im Fall der offenkundigen Unzulässigkeit durch rechtskräftige Feststellung dieses Umstandes durch die Vergabekontrollbehörde richtig wird.

Wie dargestellt, wurde die erste Zuschlagsentscheidung des Beschwerdeführers vom 15. September 2004 durch die zweite Zuschlagsentscheidung vom 27. Jänner 2005, die mit Wirkung ex tunc für nichtig erklärt worden ist, - entgegen der Ansicht der belangten Behörde - nicht beseitigt. Anders als die belangte Behörde meint, wurde das am 29. April 2005 eingeleitete zweite Vergabeverfahren widerrufen, sodass es im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht mehr aufrecht war. Der Umstand, dass die gegenständliche Vergabe nicht auf Grundlage der Zuschlagsentscheidung vom 15. September 2004 ergehen konnte, sondern als unzulässige Direktvergabe zu werten ist, ist somit ausschließlich darauf zurückzuführen, dass es dem Auftraggeber - wie oben 4. gezeigt - nicht möglich ist, den infolge Ausscheidung aller Angebote ex lege eintretenden Widerruf durch die Rücknahme von Ausscheidungen zu beseitigen.

Die Ausscheidung eines Angebotes kann als privatwirtschaftliches Handeln des Auftraggebers grundsätzlich - etwa im Rahmen einer "gütlichen Einigung" im Zug eines Schlichtungsverfahrens gemäß § 161 BVergG - zurückgenommen werden, womit das betreffende Angebot weiter am Vergabeverfahren teilnimmt. Im Hinblick darauf kann die vom Beschwerdeführer vertretene Ansicht, dass er auch die Ausscheidung von Angeboten, die ex lege zum Widerruf der Ausschreibung geführt haben, zurücknehmen und dadurch die Rechtsfolge des Widerrufs beseitigen könne, nicht als unvertretbare Rechtsansicht angesehen werden, zumal es dazu bisher keine höchstgerichtliche Judikatur gibt.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes beruht die unzulässige Direktvergabe daher vorliegend nicht auf einem die Nichtigkeit des Vertragsschlusses wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 879 Abs. 1 ABGB bewirkenden schweren und offensichtlichen Rechtsmissbrauch.

8. Da sich das Direktvergabeverfahren somit jedenfalls bereits im Stadium nach Zuschlagserteilung befand, hätte die belangte Behörde gemäß § 162 Abs. 4 BVergG nur mehr feststellen dürfen, ob die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht erfolgte. Die Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens war hingegen nicht mehr zulässig.

Dieses Ergebnis steht mit der Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) im Einklang, weil es diese in ihrem Art. 2 Abs. 6 den Mitgliedstaaten freistellt vorzusehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadenersatz zuzuerkennen (vgl. Thienel, a.a.O., Rz 224).

Da der Bescheid der belangten Behörde im allein angefochtenen stattgebenden Teil seines Spruchpunktes I. somit auf einer Verkennung der Rechtslage beruht, war er in diesem Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufzuheben.

9. Der Antrag des obsiegenden Beschwerdeführers auf Zuspruch von Aufwandersatz war abzuweisen, weil der Beschwerdeführer zugleich Rechtsträger der belangten Behörde ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 13. Juni 2005, Zi. 2005/04/0048).

Wien, am 26. April 2007

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung FeststellungsbescheideIndividuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch

Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2007:2005040222.X00

Im RIS seit

07.06.2007

Zuletzt aktualisiert am

31.03.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at