

# TE Vfgh Erkenntnis 2002/6/10 B1353/99

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.06.2002

## Index

97 Vergabewesen

97/01 Vergabewesen

## Norm

B-VG Art83 Abs2

B-VG Art133 Z4

B-VG Art144 Abs3

StGG Art5

BundesvergabeG §113 ff

BundesvergabeG §43

BundesvergabeG 1997 §115 Abs4

BundesvergabeG 1997 §128 Abs2

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 Art2

## Leitsatz

Keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch Zurückweisung eines Feststellungsantrages hinsichtlich einer Zuschlagserteilung als verspätet; Abweisung des Antrags auf Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof; Zuständigkeit des VwGH auch aus unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht nicht abzuleiten

## Spruch

I . Die beschwerdeführenden Gesellschaften sind durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Die beschwerdeführenden Gesellschaften sind zur ungeteilten Hand schuldig, der beteiligten Partei zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit € 1.962,-- bestimmten Prozeßkosten binnen vierzehn Tagen bei Exekution zu bezahlen.

II. Der Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaften auf Abtretung der Beschwerde gemäß Art144 Abs3 B-VG an den Verwaltungsgerichtshof wird abgewiesen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. a) Mit Bekanntmachung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 18. Oktober 1995 hat die Österreichische Staatsdruckerei die Errichtung der haustechnischen Anlagen für das Druckzentrum II/ Müllendorf zur Vergabe ausgeschrieben. Die Ausschreibung wurde am 9. November 1995 in derselben Publikation widerrufen. Mit Schreiben vom selben Tag teilte das mit der Abwicklung der genannten Ausschreibung betraute Planungsbüro den Beteiligten mit, daß die Ausschreibung nunmehr im Namen und auf Rechnung der S Rotationsdruck GmbH, an der die Österreichische Staatsdruckerei 100 % der Anteile hält, durchgeführt werde. Eine solche Ausschreibung wurde schließlich am 7. Dezember 1995 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung publiziert. Die Angebotsöffnung fand am 12. Jänner 1996 statt; am 19. Jänner 1996 wurde der gegenständliche Auftrag an einen anderen Bieter vergeben; von der erfolgten Zuschlagserteilung wurden die beschwerdeführenden Gesellschaften mit Schreiben vom 5. Februar 1996 verständigt.

Am 1. Februar 1996 übermittelte der Auftraggeber gemäß Anhang V/E zum Bundesvergabegesetz 1993 (BVerG 1993) dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG die für das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bestimmte Bekanntmachung, in der unter anderem Name und Anschrift des beauftragten Bieters sowie der Preis der Leistung angegeben wurde. Diese Bekanntmachung erschien am 10. Februar 1996.

Am 22. Dezember 1998 stellten die beschwerdeführenden Gesellschaften beim Bundesvergabeamt (in der Folge: BVA) den Antrag festzustellen, daß der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren aufgrund mehrerer Verstöße "gegen das Bundesvergabegesetz" nicht dem Bestbieter erteilt worden sei.

b) Mit Bescheid vom 16. Juli 1999, Z F-30/98-10, wies das BVA diesen Antrag zurück: Gemäß §115 Abs4 Bundesvergabegesetz 1997 (BVerG) sei ein Antrag gemäß §113 Abs3 BVerG unzulässig, wenn er nicht spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages gestellt werde.

Nach der Spruchpraxis des BVA hätte die Kenntnis des Zuschlages im Sinne des §115 Abs4 BVerG die Kenntnis vom Zuschlagsempfänger zu umfassen, da ein Bieter nur dadurch in den Stand versetzt werde, im Vergleich mit seinem eigenen Angebot beurteilen zu können, ob die rechtlichen und sachlichen Voraussetzungen für einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegeben seien. Infolge der Bekanntgabe der Auftragsvergabe, des Zuschlagsempfängers sowie des Preises im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 10. Februar 1996 hätten sich die beschwerdeführenden Gesellschaften Kenntnis verschaffen können, da das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften öffentlich zugänglich sei und es den Bietern freistehe, sich mittels desselben über die Vergabe von Aufträgen zu informieren. Mit der Veröffentlichung des Zuschlages im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften am 10. Februar 1996 sei daher die Frist des §115 Abs4 BVerG ausgelöst worden, weshalb der gegenständliche Antrag vom 23. Dezember 1998 als nicht rechtzeitig im Sinne des §115 Abs4 BVerG zurückzuweisen gewesen sei.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, in der die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Unverletzlichkeit des Eigentums gemäß Art5 StGG sowie auf Gleichheit vor dem Gesetz gemäß Art7 B-VG und Art2 StGG behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des Bescheides begehrt wird.

Das BVA hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der es den Beschwerdebehauptungen entgegentrat.

Der dem Verfahren als mitbeteiligte Partei beigezogene Auftraggeber erstattete ebenfalls eine Äußerung, in der er beantragte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und ihm die Kosten seiner Äußerung zu ersetzen.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige - Beschwerde erwogen:

1. Die beschwerdeführenden Gesellschaften werfen dem BVA unter anderem den unmöglichen Auslegung des §115 Abs4 BVerG vor:

"Der bekämpfte Bescheid steht im Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes: §56 (2) BVerG [Anm.: Die im folgenden von den beschwerdeführenden Gesellschaften zitierten gesetzlichen Bestimmungen beziehen sich offensichtlich auf das BVerG 1997] trägt dem öffentlichen Auftraggeber ausdrücklich auf, jene Bieter, denen der Zuschlag nicht erteilt wurde, unmittelbar nach Abschluß des Verfahrens schriftlich zu verständigen. Die dem

Auftraggeber gemäß §56 (2) BVergG obliegende Verständigung des Bieters vom Ausgang des Vergabeverfahrens hat aber auch die Mitteilung des Zuschlagsempfängers zu umfassen (vgl: BVA 21.03.1996, F-14/96; BVA 23.04.1998, F-26/97).

Die von der belangten Behörde vertretene Rechtsansicht, wonach eine Veröffentlichung des Zuschlagsempfängers im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften der gesetzlich geforderten schriftlichen Verständigung gleichzuhalten sei, mißt dem Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften die Bedeutung eines mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Buches zu. Gleichzeitig erlegt die belangte Behörde Bietern die Verpflichtung auf, regelmäßig in das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Einsicht zu nehmen, um nicht Gefahr zu laufen, wichtige an die 'Kenntnis des Zuschlages' geknüpfte Fristen zu versäumen.

Die von der belangten Behörde vorgenommene - mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der zu dieser Frage ergangenen Judikatur in Widerspruch stehende - Auslegung des Begriffes 'Kenntnis des Zuschlages' führt jedenfalls dazu, daß die belangte Behörde §115 (4) BVergG kraß denkunmöglich angewandt und den Antrag der Beschwerdeführer als verspätet eingebracht zurückgewiesen hat.

Zufolge der Bestimmung des §125 (2) BVergG ist es den Beschwerdeführern nunmehr verwehrt, zivilrechtliche Schadenersatzansprüche geltend zu machen, weshalb der angefochtene Bescheid direkt in vermögenswerte Privatrechte der Beschwerdeführer eingreift und die Beschwerdeführer durch denkunmögliche Gesetzesanwendung sohin in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums verletzt.

[...]

Die von der belangten Behörde im Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffes 'Kenntnis vom Zuschlag' vertretene Rechtsansicht kann [...] nur als gehäufte Verkennung der Rechtslage angesehen werden und führt letztlich zu einer kraß denkunmöglichen Anwendung des §115 (4) BVergG, die nur als Willkür der belangten Behörde bezeichnet werden kann."

2. a) Das BVA ist diesem Vorbringen entgegengetreten. Auf das in Rede stehende Vergabeverfahren sei das Bundesvergabegesetz 1993, BGBl. 462/1993, anzuwenden gewesen. Der Auftraggeber habe die beschwerdeführende Gesellschaft mit Einschreiben vom 5. Februar 1996 von der Erteilung des Zuschlages verständigt, die Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei mit Nennung des Zuschlagsempfängers am 10. Februar 1996 erfolgt. Es könne nicht im Belieben des antragstellenden Bieters stehen, sich "willkürlich auf unbeschränkte Zeit die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens offenzuhalten". Bei einer bieterfreundlichen teleologischen Interpretation des Wortes "Zuschlag" sei daher davon auszugehen, daß einem nicht zum Zuge gekommenen Bieter, welcher ein Interesse an einem Nachprüfungsverfahren hat, zumutbare Mitwirkungspflichten an der Erlangung der Kenntnis vom Zuschlagsempfänger zukommen müßten. Die Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften sei geeignet, die Frist des (hier maßgeblichen) §92 Abs3 BVergG 1993 auszulösen. Da die Bekanntgabe dem Amt für amtliche Veröffentlichungen in der Europäischen Gemeinschaft spätestens 48 Tage nach Vergabe des Auftrages zu übermitteln war, sei daher der Zeitraum, währenddessen einem Bieter die Einschau in das Supplement zugemutet wird, vertretbar, abgesehen von der Tatsache, daß der Bieter vom Auftraggeber ohnehin auch die Nennung des Zuschlagsempfängers verlangen könne (§59 Abs2 BVergG 1993).

b) Nach Ansicht der mitbeteiligten Partei könne Kenntnis vom Zuschlag auch durch seine Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erlangt werden. Die erfolgte Vergabe sei den beschwerdeführenden Gesellschaften ohnehin bekannt gewesen und hätte daher bei Wahrung der kaufmännischen Sorgfalt Anlaß bestanden, in das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Einsicht zu nehmen ("oder aber um Bekanntgabe gemäß §43 Abs3 BVergG 1993 aufzufordern"). Dem angefochtenen Bescheid könne daher keinesfalls eine Verletzung der beschwerdeführenden Gesellschaften in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten angelastet werden.

3. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen:

a) Eine Verletzung des Grundrechts auf Unversehrtheit des Eigentums läge nach der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.356/1985, 10.482/1985, 11.650/1988) dann vor, wenn der sie bewirkende, in das Eigentumsrecht eingreifende Bescheid ohne jede Rechtsgrundlage ergangen wäre oder auf einer verfassungswidrigen

Rechtsgrundlage beruhte, oder wenn die Behörde bei Erlassung des Bescheides eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglicher Weise angewendet hätte, ein Fall, der dann vorläge, wenn die Behörde einen so schweren Fehler begangen hätte, daß dieser mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen wäre.

Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.413/1985, 11.682/1988) nur vorliegen, 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 Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat.

Ein willkürliches Verhalten kann der Behörde unter anderem dann vorgeworfen werden, wenn sie den Beschwerdeführer aus unsachlichen Gründen benachteiligt hat oder aber, wenn der angefochtene Bescheid wegen gehäuften Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch steht (zB VfSlg. 10.337/1985, 11.436/1987).

b) Zunächst ist festzuhalten, daß auf das zugrundeliegende Vergabeverfahren, dessen Bekanntmachung am 7. Dezember 1995 erfolgte, die materiell(vergabeverfahrens-)rechtlichen Bestimmungen des BVergG 1993, BGBl. 462/1993, anzuwenden sind. Aufgrund der Regelung des §128 Abs2 BVergG 1997, BGBl. I 56, sind hingegen für das Nachprüfungsverfahren, das mit Antrag der beschwerdeführenden Gesellschaften vom 23. Dezember 1998 angestrengt wurde, die einschlägigen (Rechtsschutz-)Bestimmungen des BVergG 1997 maßgeblich.

c) Der sohin anzuwendende §115 Abs4 BVergG 1997 bestimmt, daß ein Feststellungsantrag nach Zuschlagserteilung unzulässig ist, wenn er nicht spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages gestellt wird. Zutreffend hat das BVA ausgeführt, daß für den nicht zum Zuge gekommenen Bieter die Kenntnis des Zuschlagsempfängers wesentlich sein kann, da er als potentieller Antragsteller nur so die rechtlichen und sachlichen Voraussetzungen, aber auch die Erfolgsaussichten eines etwaigen Nachprüfungsantrags beurteilen könne.

Im vorliegenden Fall haben sowohl das BVA (in seiner Gegenschrift) als auch der Auftraggeber (in seiner Äußerung) unwidersprochen darauf hingewiesen, daß die beschwerdeführenden Gesellschaften (mit Schreiben vom 5. Februar 1996) von der erfolgten Zuschlagserteilung unterrichtet worden waren. Mit dieser Unterrichtung hat der Auftraggeber der ihm obliegenden gesetzlichen Verständigungspflicht gegenüber erfolglosen Bietern (§43 Abs2 BVergG 1993) Genüge getan. Bloß auf deren ausdrückliches Verlangen hin sah das BVergG 1993 für im offenen Verfahren vergebene Aufträge darüber hinausgehende Mitteilungspflichten des Auftraggebers vor: So normierte §43 Abs3 ein Auskunftsrecht jedes Bieters dahin, daß ihm "der Name des Auftragnehmers samt Vergabesumme und die Gründe dafür, daß [ihm] der Zuschlag nicht erteilt wurde, bekanntzugeben" war. Von dieser Möglichkeit haben die beschwerdeführenden Gesellschaften offensichtlich nicht Gebrauch gemacht.

Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber überdies entsprechend seiner gesetzlichen Pflicht (§62 BVergG 1993) auch dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft die Bekanntmachung des vergebenen Bauauftrags übermittelt.

Angesichts dessen ist dem BVA nicht entgegenzutreten, wenn es davon ausgeht, daß es einem übergangenen Bieter, der die Rechtswidrigkeit einer ihm mitgeteilten Zuschlagserteilung vermutet, zumutbar ist, entweder von seinem Auskunftsrecht iSd §43 Abs3 BVergG 1993 Gebrauch zu machen oder zwecks Erlangung entsprechender Information über die Person des Zuschlagsempfängers in das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Einsicht zu nehmen. Das BVA hat daher durch den bekämpften Bescheid, der auf der Rechtsansicht beruht, daß sich die sechswöchige Antragsfrist des §115 Abs4 BVergG nach dem Datum der Veröffentlichung in diesem Publikationsorgan richtet, die beschwerdeführende Gesellschaft weder in den von ihr geltend gemachten noch in anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt.

d) Dabei kann es dahinstehen, ob der angefochtene Bescheid überhaupt in das Grundrecht der Unversehrtheit des Eigentums eingreift, was man allenfalls bejahen könnte, wenn man bedenkt, daß das Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung der Sache nach Teil einer schadenersatzrechtlichen Sanktion für ein Fehlverhalten eines öffentlichen Auftraggebers ist (vgl. VfSlg. 15.106/1998). Daß bei einer solchen Sicht der Dinge nach der Praxis der Zivilgerichte die Entscheidung als Abweisung zu deuten wäre (vgl. SZ 26/136, OGH v. 10.11.1992, 4 Ob 546/92), spielt verfassungsrechtlich keine Rolle, da eine allfällige (bloße) Fehlbezeichnung eines Bescheides das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter nicht verletzt (vgl. etwa VfSlg. 11.017/1986 und

12.040/1989).

Auch kann es der Verfassungsgerichtshof dahingestellt sein lassen, ob bereits der Tag der Veröffentlichung des Zuschlages im Amtsblatt den Lauf der Präklusivfrist des §115 Abs4 BVergG auszulösen vermag; denn angesichts einer am 22. Dezember 1998 - und sohin über 34 Monate nach dieser Bekanntgabe - erfolgten und damit eindeutig verfristeten Antragstellung kann der Behandlung des Antrags als verspätet keinesfalls entgegengetreten werden.

e) Die Beschwerde war sohin abzuweisen.

4. Der Antrag, die Beschwerde im Fall ihrer Abweisung "oder Ablehnung" an den Verwaltungsgerichtshof abzutreten, ist mangels gesetzlicher Grundlage abzuweisen: Diesbezüglich ist darauf zu verweisen, daß es sich beim BVA um eine Kollegialbehörde richterlichen Einschlags gemäß Art133 Z4 B-VG handelt, deren Entscheidungen nicht der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof unterliegen.

Die beschwerdeführenden Gesellschaften scheinen aber dem Gemeinschaftsrecht eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs entnehmen zu wollen, wenn sie meinen, daß ein Rechtszug aufgrund der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG (RM-RL) zum Verwaltungsgerichtshof möglich sein müsse.

Damit sind sie jedoch nicht im Recht:

Gemäß Art2 Abs1 RM-RL haben die Mitgliedstaaten die Einrichtung eines effektiven Vergaberechtsschutzes sicherzustellen und vorzusehen, daß den zur Durchführung der Nachprüfungsverfahren zuständigen Instanzen gemeinschaftsrechtlich gebotene Befugnisse (Nichtigerklärung vergaberechtlicher Entscheidungen, Erlassung einstweiliger Verfügungen) eingeräumt werden. Nun ist nicht zu bezweifeln, daß das BVA selbst als "Gericht" im Sinne des Art2 Abs8 RM-RL zu qualifizieren ist, das gemäß §§113 ff. BVergG bereits in erster und auch letzter Instanz über alle erforderlichen Kompetenzen verfügt (vgl. auch EuGH, Rs. C-103/97, Köllensperger, Slg. 1999 I-0551). Über die Zulässigkeit des dem hier angefochtenen Bescheid zugrundeliegenden Nachprüfungsantrags hat sohin eine den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechende Behörde entschieden. Eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes läßt sich (anders als etwa in dem mit VfSlg. 15.427/1999 entschiedenen Verfahren) daher weder mit Argumenten gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation noch auch aus unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht ableiten.

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

In den der beteiligten Partei zugesprochenen Kosten ist Umsatzsteuer in Höhe von € 327,-- enthalten.

#### **Schlagworte**

EU-Recht Richtlinie, Übergangsbestimmung, Kollegialbehörde, Vergabewesen, Verwaltungsgerichtshof Zuständigkeit, Fristen, VfGH / Abtretung

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

ECLI:AT:VFGH:2002:B1353.1999

#### **Dokumentnummer**

JFT\_09979390\_99B01353\_00

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

© 2026 JUSLINE

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

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