

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/5/9 2001/04/0022

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 09.05.2001

## **Index**

L72004 Beschaffung Vergabe Oberösterreich;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## **Norm**

AVG §73 Abs2 idF 1998/I/158;  
B-VG Art132;  
LVergG OÖ 1994 §1 Z13;  
LVergG OÖ 1994 §59 Abs1 idF 2000/045;  
LVergG OÖ 1994 §59 Abs3 Z1;  
LVergG OÖ 1994 §60 Abs1;  
VwGG §27 Abs1 idF 1998/I/158;  
VwGG §27 idF 1998/I/158;  
VwGG §34 Abs1;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Gruber, Dr. Stöberl, Dr. Blaschek und Dr. Rigler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Brandtner, über die Beschwerde der Z Gesellschaft mbH in W, vertreten durch Dr. Johannes Hock sen. und Dr. Johannes Hock jun., Rechtsanwälte in 1010 Wien, Stallburggasse 4, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 30. November 2000, Zl. VwSen-550032/5/KI/Rd, betreffend Zurückweisung eines Nachprüfungsantrages und eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach dem Oö. Vergabegesetz (mitbeteiligte Partei: S GmbH, L; weitere Partei:

oberösterreichische Landesregierung), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Oberösterreich Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Aufwandersatzbegehren der mitbeteiligten Partei wird abgewiesen.

## **Begründung**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid vom 30. November 2000 hat der unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich die Anträge der Beschwerdeführerin auf Nachprüfung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der mitbeteiligten Partei betreffend Mehrzweck- bzw. Sporthalle Linz, Konstruktiver Stahlbau, gemäß §§ 58, 59, 60 und 61 des O.ö. Vergabegesetzes, LGBI. Nr. 59/1994 idF LGBI. Nr. 45/2000, zurückgewiesen.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei die Anbotseröffnung am 25. April 2000 erfolgt. Mit Schreiben der Mitbeteiligten vom 28. Juni 2000 sei die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu Gunsten der Beschwerdeführerin an die Bieter bekannt gegeben worden. Mit weiteren Schreiben vom 22. August 2000 habe die Mitbeteiligte die geänderte Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der "V" bekannt gegeben. Dieses Schreiben sei bei der Beschwerdeführerin am 25. August 2000 eingelangt. Mit Schreiben vom 4. September 2000, eingelangt am 5. September 2000, habe die Beschwerdeführerin der Mitbeteiligten die Rechtswidrigkeit der Wiedereröffnung des Angebotsverfahrens bekannt gegeben und die Beseitigung der Rechtswidrigkeit beantragt. Gleichzeitig sei ein Nachprüfungsantrag sowie ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung angekündigt worden. Die Mitbeteiligte habe am 11. September 2000 die Rechtmäßigkeit ihrer Vorgangsweise bestätigt und die Gründe dafür dargelegt.

Mit Eingabe vom 18. September 2000, beim Amt der oberösterreichischen Landesregierung eingelangt am 19. September 2000, habe die Beschwerdeführerin einen Nachprüfungsantrag, gerichtet auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung bzw. der Zuschlagserteilung, und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung des Inhalts beantragt, dass der vergebenden Stelle bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag untersagt werde, einem der Bieter den Zuschlag zu erteilen.

Gemäß § 59 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz sei ein Nachprüfungsantrag, der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtet, nur zulässig, wenn der Antragsteller eine Mitteilung gemäß § 31 Abs. 4 leg. cit. beantragt habe. Ein solcher Antrag sei innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung dieser Mitteilung einzubringen. Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag vom 18. September 2000 sei "eine Zuschlagserteilung an die V insofern als rechtswidrig" angefochten worden. Dieser Nachprüfungsantrag richte sich daher gegen eine Zuschlagsentscheidung. Die Beschwerdeführerin habe jedoch davor keine Mitteilung gemäß § 31 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz, welche eine Zulässigkeitsvoraussetzung für einen solchen Nachprüfungsantrag darstelle, beantragt. Das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 4. September 2000 stelle keinen Antrag auf Mitteilung gemäß § 31 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz dar und sei außerdem nicht innerhalb der Antragsfrist von einer Woche eingebracht worden. Der Nachprüfungsantrag sei daher infolge Fehlens einer wesentlichen Zulässigkeitsvoraussetzung unzulässig.

Demgegenüber habe die oberösterreichische Landesregierung angenommen, dass sich der Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin vom 18. September 2000 nicht gegen die Zuschlagsentscheidung richtet. Diesfalls komme § 59 Abs. 1 erster und zweiter Satz O.ö. Vergabegesetz zur Anwendung, wonach der Nachprüfungsantrag erst binnen weiterer zwei Wochen nach Ende der Frist zur Beseitigung der behaupteten Rechtswidrigkeit einzubringen sei. Die Beschwerdeführerin habe die Mitbeteiligte mit dem am 5. September 2000 eingelangten Schreiben über die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung und die beabsichtigte Stellung eines Nachprüfungsantrages unterrichtet. Die Mitbeteiligte hätte danach zwei Wochen, also bis zum 19. September 2000 Zeit gehabt, die behauptete Rechtswidrigkeit zu beseitigen. Der Nachprüfungsantrag hätte daher erst ab 20. September 2000 eingebracht werden dürfen. Der bereits am 19. September 2000 eingebrachte Nachprüfungsantrag sei daher wegen Nichteinhaltung einer Zulässigkeitsvoraussetzung als unzulässig zurückzuweisen. Gleichermaßen gelte für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, welcher gemäß § 60 Abs. 1 erster Halbsatz O.ö. Vergabegesetz nur während der Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrages eingebracht werden könne.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, inhaltliche Rechtswidrigkeit geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn aufzuheben.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf Entscheidung über den Antrag vom 18. September 2000 verletzt. Sie bringt im Wesentlichen vor, dass dieser Antrag die Nachprüfung des Ausschreibungsverfahrens und nicht der erst nach Einbringung des Antrages erfolgten Zuschlagserteilung zum

Gegenstand gehabt habe. Die 14-tägige Frist gemäß § 59 Abs. 1 erster Satz O.ö. Vergabegesetz sei durch das Schreiben vom 4. September 2000 ausgelöst worden. Innerhalb dieser Frist habe die ausschreibende Stelle durch das Schreiben vom 11. September 2000 klargestellt, dass sie die behauptete Rechtswidrigkeit nicht beseitigen werde. Ein weiteres Zuwarten bis zum Ablauf der Frist wäre daher sinnlos gewesen. Eine Verpflichtung zu einer derart sinnlosen Vorgangsweise könne dem Gesetz nicht unterstellt werden.

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des O.ö. Vergabegesetzes, LGBI. Nr. 59/1994 idF der O.ö. Vergabegesetz-Novelle 2000, LGBI. Nr. 45/2000, haben folgenden Wortlaut:

"§ 1.

...

13. Ausschreibung ist die nach den in diesem Landesgesetz vorgegebenen Regeln an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Aufforderung, im Wettbewerb Angebote zur Erbringung einer bestimmten Leistung einzureichen. Die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises ist keine Ausschreibung.

...

16a. Zuschlagsscheidung ist die vorläufige nicht bindende Entscheidung der vergebenden Stelle, welcher Bieter für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt.

17. Zuschlag bzw. Zuschlagserteilung ist die an den Bieter gerichtete schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen.

...

§ 59.

(1) Sofern nicht die Zuschlagsentscheidung bekämpft wird, ist ein Nachprüfungsantrag vor erfolgter Zuschlagserteilung nur zulässig, wenn der betreffende Unternehmer den Auftraggeber von der behaupteten Rechtswidrigkeit und der beabsichtigten Antragstellung nachweislich unterrichtet hat und der Auftraggeber nicht innerhalb von zwei Wochen die behauptete Rechtswidrigkeit beseitigt hat. Der Nachprüfungsantrag ist binnen weiterer zwei Wochen nach Ende dieser Frist einzubringen. Ein Nachprüfungsantrag, der sich gegen die Zuschlagsentscheidung richtet, ist nur zulässig, wenn der Antragsteller eine Mitteilung gemäß § 31 Abs. 4 beantragt hat und ist innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Mitteilung einzubringen.

...

(3) Der Antrag hat mindestens zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen Entscheidung;

...

§ 60.

(1) Während der Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrages (§ 59 Abs. 1), spätestens jedoch gleichzeitig mit dem Nachprüfungsantrag, kann bei der Nachprüfungsbehörde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt werden. ..."

Den bei der oberösterreichischen Landesregierung am 19. September 2000 eingebrachten Antrag vom 18. September 2000 auf "Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens" und "Erlassung einer einstweiligen Verfügung" hat die Beschwerdeführerin im Wesentlichen wie folgt begründet:

Auf Grund der Anbotsprüfung sei die Beschwerdeführerin als Bestbieterin ermittelt worden. Den Biatern sei daher mit Schreiben vom 28. Juni 2000 die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin bekannt gegeben worden. Nach der Angebotseröffnung habe die "V" offenbar darüber Beschwerde geführt, dass sie für ein Alternativangebot benötigte Informationen nicht erhalten hätte. Auf Grund dieser Intervention seien die Bieter, welche Alternativen vorgeschlagen hätten, von der Mitbeteiligten eingeladen worden, ihre Alternativangebote zu überarbeiten und neu einzureichen. Dies habe die "V" dazu benutzt, das auf Grund der Angebotseröffnung bereits bekannte Anbot der Beschwerdeführerin geringfügig zu unterbieten. Diese Vorgangsweise verletzte daher den Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Einspruch der "V" gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin sei völlig unberechtigt gewesen, weil Alternativangebote jederzeit gestellt werden könnten. Jedem

Bieter stehe es frei, die technischen Annahmen der Ausschreibung zu überprüfen. Informationen für Alternativangebote seien für die Kalkulation der Bieter zu den Hauptangeboten nicht von Bedeutung. Hinzu komme, dass sämtliche Bieter dieselben Informationen betreffend die Ausschreibungsgrundlagen erhalten hätten. Die Berücksichtigung des Einspruches der "V" gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin sei daher rechtswidrig und widerspreche dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Überdies wäre die "V" auf Grund des ursprünglich unzureichenden Alternativangebotes auszuscheiden gewesen. Ohne die überarbeiteten Alternativangebote der "V" wäre die Beschwerdeführerin Billigst- und Bestbieter. Aber auch unter Berücksichtigung des nachgebesserten Angebotes sei die Einschreiterin Billigstbieterin, weil der Entfall einer bestimmten Position aus ihrem Angebot schon am 15. Juni 2000 vereinbart worden sei.

Den abschließenden Antrag hat die Beschwerdeführerin wie folgt formuliert:

"Da sich eine Zuschlagserteilung an die V insofern als

rechtswidrig erweist

beantragt

die Z & Co GmbH die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der oben

bezeichneten Ausschreibung."

Der Antrag der Beschwerdeführerin vom 18. September 2000 ist somit auf die Nachprüfung einer "Ausschreibung", also einer Aufforderung, im Wettbewerb Angebote zur Erbringung einer bestimmten Leistung einzureichen (§ 1 Z. 13 O.ö. Vergabegesetz), gerichtet. Aus der Begründung dieses Antrages ergibt sich eindeutig, dass die Beschwerdeführerin die mit Schreiben vom 11. Juli 2000 erfolgte Aufforderung der Mitbeteiligten an die Bieter, die Alternativangebote gestellt hatten, neuerlich solche Alternativangebote einzubringen, bekämpft. Dass sie die Nachprüfung dieses Vorganges begehrte, hat die Beschwerdeführerin durch den Hinweis auf die "oben bezeichnete" Ausschreibung klargestellt. Damit hat die Beschwerdeführerin die angefochtene Entscheidung gemäß § 59 Abs. 3 Z. 1 O.ö. Vergabegesetz "genau bezeichnet". Mit der einleitenden Wortfolge "da sich eine Zuschlagserteilung an die V insofern als rechtswidrig erweist" hat die Beschwerdeführerin hingegen keineswegs (auch) die mit Schreiben vom 22. August 2000 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung als angefochtene Entscheidung bezeichnet. Dieser Einleitungssatz stellt vielmehr nur einen Hinweis darauf dar, dass auf Grund der nach Meinung der Beschwerdeführerin rechtswidrigen Vorgänge bei der genannten Ausschreibung auch eine darauf basierende Zuschlagserteilung rechtswidrig wäre.

Die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages vom 18. September 2000 mit der Begründung, dass es sich hiebei um einen trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen hiefür eingebrachten Antrag auf Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung handelt, beruht daher auf einer Verkennung der Rechtslage.

Dadurch wurde die Beschwerdeführerin jedoch nicht in Rechten verletzt, hat die belangte Behörde doch die Zurückweisung des Antrages vom 18. September 2000 alternativ auch damit begründet, dass sich dieser Antrag gegen die erwähnte Ausschreibung richtete und zu früh eingebracht worden sei. Sie ging dabei - ebenso wie die Beschwerdeführerin - davon aus, dass die dem Auftraggeber eingeräumte 14-tägige Frist zur Beseitigung der behaupteten Rechtswidrigkeit gemäß § 59 Abs. 1 erster Satz O.ö. Vergabegesetz durch das unstrittig am 5. September 2000 eingelangte Schreiben der Beschwerdeführerin vom 4. September 2000 ausgelöst wurde. Diese Frist endete daher mit Ablauf des 19. September 2000. Während dieses Zeitraumes hat die Auftraggeberin die von der Beschwerdeführerin behauptete Rechtswidrigkeit nicht beseitigt. (Nach dem beim Akt erliegenden Schreiben der Mitbeteiligten vom 5. Oktober 2000 wurde der Zuschlag nach dem 2. Oktober 2000 unverzüglich der "V" erteilt.) Die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages begann daher gemäß § 59 Abs. 1 zweiter Satz O.ö. Vergabegesetz am 20. September 2000 zu laufen. Gemäß § 60 Abs. 1 erster Satz leg. cit. kann während dieser Frist auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt werden.

Die Beschwerdeführerin hat die Anträge auf Nachprüfung des Ausschreibung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bereits am 19. September 2000, also einen Tag vor Beginn der hiefür eingeräumten Frist eingebracht. Da diese Anträge somit nicht innerhalb der gesetzlich hiefür vorgesehenen Frist eingebracht wurden, mangelt es ihnen an einer Zulässigkeitsvoraussetzung (vgl. hiezu etwa die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren I2, E 155 ff zu § 73 AVG wiedergegebene hg. Judikatur zum Devolutionsantrag und die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit3, Seite 234

wiedergegebene hg. Judikatur zur Säumnisbeschwerde gemäß § 27 VwGG). Der Umstand, dass die mitbeteiligte Partei mit Schreiben vom 11. September 2000 der Beschwerdeführerin in Beantwortung des Schreibens vom 4. September 2000 mitgeteilt hat, dass die behauptete Rechtswidrigkeit ihrer Meinung nach nicht vorliege, kann daran nichts ändern, stand es der Mitbeteiligten doch ungeachtet dieses Schreibens frei, die behauptete Rechtswidrigkeit fristgemäß zu beseitigen. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass eine vor Fristablauf eingebrachte Säumnisbeschwerde selbst dann zurückzuweisen ist, wenn die Behörde bereits vor Fristablauf zu erkennen gegeben hat, dass sie eine Entscheidung zu treffen nicht beabsichtige (vgl. die bei Dolp, a.a.O. wiedergegebene hg. Judikatur).

Die belangte Behörde hat die zu früh gestellten Anträge der Beschwerdeführerin auf Nachprüfung der Ausschreibung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung daher zu Recht zurückgewiesen.

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

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Die Abweisung des Aufwandersatzbegehrens der nicht anwaltlich vertretenen mitbeteiligten Partei stützt sich auf § 49 Abs. 1 letzter Satz VwGG. Wien, am 9. Mai 2001

#### **Schlagworte**

Offenbare Unzuständigkeit des VwGH Diverses Verletzung der Entscheidungspflicht Diverses Zurückweisung - Einstellung

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

ECLI:AT:VWGH:2001:2001040022.X00

#### **Im RIS seit**

26.09.2001

**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)