

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/2/22 2000/04/0053

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.02.2001

## **Index**

L72006 Beschaffung Vergabe Steiermark;

## **Norm**

LVergG Stmk 1995 §86 Abs2;

LVergG Stmk 1995 §90 Abs3;

## **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 S GmbH in G, vertreten durch Dr. G und Dr. A, Rechtsanwälte in G, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Steiermark vom 20. Oktober 1998, Zl. VKS L 1-1998/62, betreffend Feststellung gemäß § 86 Abs. 2 Stmk. Vergabegesetz (mitbeteiligte Partei: L GMBH in A, vertreten durch Dr. W, Rechtsanwalt in A), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich der Spruchpunkte

1) und 3) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Das Land Steiermark als Rechtsträger der belangten Behörde hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,--

binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Die Beschwerdeführerin hat die Vergabe eines Niederspannungsverteilers für den Neubau des Landeskrankenhauses H im offenen Verfahren ausgeschrieben. Mit einer Mitteilung vom 17. April 1998 setzte die Beschwerdeführerin die mitbeteiligte Partei gemäß § 42 Stmk. VergG 1995 darüber in Kenntnis, dass der Zuschlag einem namentlich genannten anderen Unternehmen erteilt worden sei. Mit Schriftsatz vom 17. April 1998 erhob die mitbeteiligte Partei einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach erfolgtem Zuschlag, den sie im Wesentlichen damit begründete, die Beschwerdeführerin habe entgegen ihrer Verpflichtung im Sinne des § 42 Abs. 2 des Stmk. VergG 1995 der mitbeteiligten Partei erst verspätet mitgeteilt, dass ihr der Zuschlag nicht erteilt werde, obwohl sie dazu unmittelbar nach Abschluss des Verfahrens verpflichtet gewesen wäre. Zudem seien auch die zurückzustellenden Ausarbeitungen der mitbeteiligten Partei nicht zurückgegeben worden. Entgegen der Verpflichtung des § 42 Abs. 3 Stmk. VergG 1995 habe die Beschwerdeführerin lediglich pauschal auf nicht näher konkretisierte Kriterien und ohne Begründung auf eine Bewertung von Kriterien in Form einer Nutzwertanalyse hingewiesen, welche jedoch nicht

Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei. Den Ausschreibungsunterlagen könne auch nicht entnommen werden, nach welchen Regeln eine Nutzwertanalyse erstellt werde. Die Bewertung von Kriterien in Form einer Nutzwertanalyse sei somit an sich rechtswidrig. Vielmehr seien die Kriterien allein gemäß den Ausschreibungsunterlagen im Sinne des vorgegebenen Leistungsverzeichnisses zu bewerten. Selbst wenn man eine Nutzwertanalyse aufstellen würde, würde sich jedenfalls die mitbeteiligte Partei als Bestbieter im Sinne dieser Bewertung herausstellen. Berücksichtige man die in den Angebotsunterlagen angeführten Kriterien, so ergebe sich, dass die mitbeteiligte Partei sämtlichen Kriterien am besten entspreche, zumal sie sich auch als Billigstbieter auszeichne. Der nunmehrige Zuschlag an die Firma W GmbH durch die Beschwerdeführerin sei willkürlich und nicht nachvollziehbar vorgenommen worden. Es sei in eklatanter Weise gegen die im Stmk. VergG normierten Grundsätze sowie die im Anbot genannten Kriterien verstoßen worden. Als überganger Bestbieter stelle sie daher "den Antrag, der Vergabekontrollenat möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Steiermärkische Vergabegesetz oder der hiezu ergangenen Verordnungen nicht dem Bestbieter erteilt wurde und dass bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens die Fa. L GMBH Bestbieter ist".

Mit dem angefochtenen Bescheid des Vergabekontrollenates des Landes Steiermark vom 20. Oktober 1998 wurde über diesen Antrag wie folgt entschieden:

"Spruch:

1) Dem Antrag der L GMBH vom 17. April 1998 auf Nachprüfung in Verbindung mit der ergänzenden Stellungnahme vom 25. Mai 1998 wegen der behaupteten Rechtsverletzung, dass 'die behauptete Nutzwertanalyse sohin im Ergebnis eine völlig unhaltbare und sachlich unrichtige Wert- und Punkteverteilung nach dem bloßen Gutdünken darstellt, um nur irgendwie den Zuschlag an den Bestbieter L GMBH verhindern zu können' wird stattgegeben und festgestellt, dass die Bewertung und Gewichtung der in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien nicht nachvollziehbar ist und damit nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter entspricht und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Gemäß § 90 Abs. 3 des Steiermärkischen Vergabegesetzes - Stmk.VergG, LGBl. Nr. 85/1995, wird ausgesprochen, dass keine Gründe vorliegen, nach denen der L GMBH, A, auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Stmk.VergG und der hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

2) Der Antrag der L GMBH vom 17. April 1998 auf Nachprüfung

- wegen der behaupteten Rechtsverletzung der im § 42 des Steiermärkischen Vergabegesetzes normierten Benachrichtigungspflichten durch die Auftraggeberin sowie der Nichtrückstellung von Ausarbeitungen,

- wegen der behaupteten Rechtsverletzung der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Bewertung von Kriterien in Form einer Nutzwertanalyse

wird abgewiesen.

3) Der weiters von der L GMBH im Begehren vom 17. April 1998 auf Nachprüfung gestellte Antrag 'Der Vergabekontrollenat möge feststellen, dass bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens die Fa. L GMBH Bestbieter ist' wird als unzulässig zurückgewiesen.

4) Über die Auferlegung der im gegenständlichen Verfahren entstandenen Auslagen in Form von Sachverständigengebühren des Baurat h.c. Dipl.-Ing. Dr. techn. P (§ 76 AVG) gegenüber den Parteien dieses Verfahrens wird in einem gesonderten Bescheid abgesprochen werden.

Für diese Entscheidung waren folgende Rechtsvorschriften

maßgeblich:

Hinsichtlich der Punkt 1 - 3:

§ 86 Abs 2 und § 90 Abs 3 iVm

§§ 9, 21 Abs 4, 39, 42 Abs 2 u 3 d

Steiermärkischen Vergabegesetzes -

Stmk. VergG, LGBI Nr 85/1995.

Hinsichtlich Punkt 5:

§ 76 iVm § 59 Allgemeines

Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 -

AVG."

Nach Darstellung des Verfahrensganges führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, das gegenständliche Vergabeverfahren betreffe den Auftragsgegenstand Vergabe eines Niederspannungsverteilers für den Neubau des Landeskrankenhauses H, der dem sachlichen Geltungsbereich des Stmk. VergG unterliege, da es sich um einen Bauauftrag handle. Die Beschwerdeführerin sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Stmk. VergG. Den dem Vergabekontrollsenat vorgelegten Unterlagen sei zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin die Vergabe des gegenständlichen Auftrages mit Angebotsöffnung am 28. November 1997 im EU-weiten offenen Verfahren ausgeschrieben habe und die mitbeteiligte Partei fristgerecht hiezu ein Angebot gelegt habe. Die mitbeteiligte Partei sei als Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren legitimiert, einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zu stellen. Der Zuschlag sei bereits erteilt worden. In der Sache selbst führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen im Wesentlichen aus, bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag sei der Auftraggeber gemäß § 39 Stmk. VergG an die von ihm selbst in der Ausschreibung festgelegten Kriterien gebunden. Im Stmk. VergG sei nicht angegeben, in welcher Weise die Bestbieterermittlung zu erfolgen habe. Eine Nutzwertanalyse stelle jedenfalls eine Möglichkeit dar, die in der Ausschreibung genannten Kriterien für die Bestbieterermittlung entsprechend zu bewerten, wobei jedoch § 9 Abs. 1 Stmk. VergG und damit vor allem der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter zu beachten sei. Eine vom Auftraggeber durchgeföhrte Bewertung der vorgegebenen Zuschlagskriterien in Form einer Nutzwertanalyse habe daher derart zu erfolgen, dass die vom Auftraggeber vorgenommene Bewertung sachlich begründet und für Fachkundige nachvollziehbar erfolge. Für diese Beurteilung sei die Heranziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen erforderlich gewesen. Nach Ansicht des Vergabekontrollsenates sei die Wahl des Angebotes für den Zuschlag gemäß § 39 Stmk. VergG auf Grund der in der Ausschreibung festgelegten Kriterien in Form einer Nutzwertanalyse dann zulässig, wenn dadurch die allgemeinen Grundsätze des Vergabefahrens (§ 9 leg. cit.), insbesondere die Gleichbehandlung aller Bieter nicht verletzt werde, was im gegenständlichen Vergabeverfahren von Sachverständigen zu beurteilen sei. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Durchführung einer Nutzwertanalyse zur Bestbieterermittlung sei somit gegeben. Im vorliegenden Fall sei jedoch die durchgeföhrte Nutzwertanalyse nicht nachvollziehbar, sie enthalte willkürliche Auswahlkriterien und weise nicht das Grundmaß an Genauigkeit auf, die es den Bieter, dem Auftraggeber und allfälligen prüfenden Stellen erlaube, bestimmten Eigenschaften von Leistungen konkrete Kriterien zuzuordnen. Der Sachverständige habe in seinem Gutachten nachvollziehbar und schlüssig aufgezeigt, dass die vorgenommene Gewichtung und Bewertung der in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien nicht einsichtig und damit auch nicht nachvollziehbar sei. Insbesondere sei die Gewichtung einzelner in der Ausschreibung vom Auftraggeber genannten Zuschlagskriterien mit Null, wie bei den Kriterien Kurzschlussberechnung, Ausführungsduer und Funktionalität nicht schlüssig. Die Ansicht der Beschwerdeführerin, dass die Gewichtung der Kriterien nach ihrem Ermessen zulässig sei und "schlussendlich" die vom Auftraggeber vorgenommene Zuordnung in Punkten zu den einzelnen Kriterien ebenfalls Ermessenssache sei, könne vom Vergabekontrollsenat nicht geteilt werden. Wenn dies zulässig wäre, wäre es den Auftraggebern auch gestattet, von den in der Ausschreibung angegebenen 17 Zuschlagskriterien 16 mit Null zu bewerten und sodann nach eigenem Gutdünken ein einziges frei gewähltes Kriterium für die Zuschlagsermittlung heranzuziehen. Im vorliegenden Fall seien Kriterien, die von allen in die Bewertung aufgenommenen Bieter nach Ansicht des Auftraggebers gleich erfüllt worden seien, entweder mit Null Punkten oder mit 25 bzw. 50 Punkten (jeweils für alle Bieter gleich) in die Bewertung aufgenommen worden, ohne dass dafür eine plausible Erklärung abgegeben worden sei. Vielmehr sei die Meinung vertreten worden, dass bei einer Bewertung eines Kriteriums, ganz gleich ob mit Null oder mit 25 Punkten,

wenn dies für alle drei Bieter gleich erfolge, die Nutzwertanalyse dadurch nicht beeinflusst werde. Dass dies mathematisch ein völlig anderes Ergebnis bringe, zeige das Beispiel, wenn 16 von 17 angegebenen Zuschlagskriterien einheitlich für alle Bieter mit Null bewertet würden. Wenn der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich Zuschlagskriterien nenne, dann lege er damit fest, dass bei der Bestbieterermittlung alle von ihm genannten Kriterien beachtet würden. Die Festlegung der Kriterien zur Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes stehe grundsätzlich im Ermessen des Auftraggebers. Grundsätzlich deshalb, weil es dem Auftraggeber nur frei stehe, auftragsbezogene Zuschlagskriterien festzulegen, die geeignet seien, das dem Auftraggeber zustehende Beurteilungsermessen nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben. Vom Auftraggeber festgelegte Zuschlagskriterien müssten daher bei der Bestbieterermittlung beachtet werden. Eine Bewertung eines derartigen Kriteriums mit Null entspreche nicht einer nach objektiven Gesichtspunkten erfolgten Beurteilung. Die Bewertung und Gewichtung der in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien sei somit nicht nachvollziehbar und entspreche damit nicht dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter. Im Hinblick auf § 90 Abs. 3 Stmk. VergG habe der Vergabekontrollsenat keinesfalls eine Bestbieterermittlung durchzuführen - dies bleibe Aufgabe des Auftraggebers - sondern auszusprechen, ob Gründe vorliegen würden, nach denen der Antragstellerin der Zuschlag nicht zu erteilen wäre. Derartige Gründe habe der Vergabekontrollsenat nicht feststellen können. Die von der Antragstellerin beantragte Feststellung durch den Vergabekontrollsenat, dass bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens die mitbeteiligte Partei Bestbieter sei, erfolge somit nicht. Aus diesen Erwägungen sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt. Die mitbeteiligte Partei stellt in ihrer Gegenschrift einen gleichartigen Antrag.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Antrag der mitbeteiligten Partei werde gemäß Spruchpunkt 3) des angefochtenen Bescheides abgewiesen (gemeint wohl: zurückgewiesen). Ein darüber hinausgehender weiterer Antrag, wie insbesondere ein dezidierter Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach erfolgtem Zuschlag, sei nicht gestellt worden, sodass der Vergabekontrollsenat auch keine diesbezügliche Entscheidung fällen hätte dürfen. Selbst wenn man davon ausgeinge, dass die mitbeteiligte Partei einen Antrag auf Nachprüfung wegen einer behaupteten Rechtsverletzung gestellt habe, so wäre auch dieser Antrag abzuweisen gewesen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die belangte Behörde hätte sich - aus näher dargestellten Gründen - nicht auf das von ihr eingeholte Gutachten stützen dürfen. Weiters habe die belangte Behörde den Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt mangelhaft ermittelt. Werde nämlich eine Rechtswidrigkeit festgestellt, so sei gemäß § 90 Abs. 3 Stmk. VergG auszusprechen, ob Gründe vorliegen würden, nach denen der Antragstellerin der Zuschlag nicht zu erteilen wäre. Die belangte Behörde begnüge sich mit dem Hinweis darauf, dass derartige Gründe nicht festgestellt werden könnten, übersehe aber, dass sie es verabsäumt habe, ihrer Verpflichtung zur amtswegigen Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts nachzukommen. Hätte die belangte Behörde ein nachvollziehbares schlüssiges Gutachten eingeholt, hätten sich aus diesem - ohne Bestbieterermittlung - hinreichende Gründe ergeben, warum der Zuschlag jedenfalls nicht zu erteilen gewesen wäre. Die unterlassene Einholung eines nachvollziehbaren Gutachtens stelle eine Verletzung von Verfahrensvorschriften dar, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Mit dem weiteren Beschwerdevorbringen behauptet die Beschwerdeführerin die Zulässigkeit einer Nutzwertanalyse. Aus all diesen Gründen sei daher der angefochtene Bescheid, insoweit dem Antrag der mitbeteiligten Partei stattgegeben und eine Rechtswidrigkeit festgestellt werde, sowie hinsichtlich des Ausspruches gemäß § 90 Abs. 3 Stmk. VergG mit Rechtswidrigkeit behaftet. Abschließend stellt sie den "Antrag, der Verwaltungsgerichtshof wolle in Stattgebung dieser Beschwerde den Bescheid des Vergabekontrollsenates (Land Steiermark) vom 20.10.1998, GZ: VKS L 1-1998/62, im vorerwähnten Umfang (Punkt 1 des Spruches) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit des Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften im Sinne des § 42 Abs. 2 Z. 1 und Z. 3 VwGG aufheben und der belangten Behörde den Ersatz der nachstehend verzeichneten Kosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen".

Entscheidet der Vergabekontrollsenat nach erfolgtem Zuschlag, so bestimmte § 90 Abs. 3 Stmk. VergG 1995, dass eine

Nichtigerklärung nicht mehr in Betracht kommt. Er hat jedoch festzustellen, ob eine Rechtsverletzung vorliegt und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Hat der Vergabekontrollsenat eine Rechtsverletzung festgestellt, ist überdies auszusprechen, ob dem Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

Die vorliegende Beschwerde wurde "gegen den am 21. Oktober 1998 zugestellten Bescheid" der belangten Behörde vom 20. Oktober 1998 eingebracht. Wenn im Zuge des Beschwerdevorbringens und der Antragstellung ausgeführt wird, dass sich die Beschwerde nur gegen Spruchpunkt 1) des Bescheides richtet, kann dies nicht bewirken, dass Spruchpunkt 3) des Bescheides unangefochten bleibt, weil dieser mit dem Spruchpunkt 1) eine notwendige Einheit bildet. Dies deshalb, weil die belangte Behörde sowohl unter Spruchpunkt 1) als auch unter Spruchpunkt 3) - wie sich hinsichtlich des Spruchpunktes 3) insbesondere auch aus der oben wiedergegebenen Begründung des angefochtenen Bescheides ergibt - in Anwendung des § 90 Abs. 3 dritter Satz Stmk. VergG 1995 über den von der mitbeteiligten Partei gestellten Nachprüfungsantrag abgesprochen hat. Die Beschränkung der Beschwerde auf die Bekämpfung des Spruchpunktes 1) ist jedoch als Bezeichnung des Rechtes, in dem die Beschwerdeführerin verletzt zu sein behauptet, im Sinne des § 28 Abs. 1 Z. 4 VwGG zu werten. Im Rahmen dieses Beschwerdepunktes hat der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 41 Abs. 1 VwGG den angefochtenen Bescheid zu überprüfen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 25. Jänner 1996, ZI. 95/06/0019, und vom 28. Februar 1996, ZI. 93/03/0053, sowie Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 106).

Insoweit die Beschwerdeführerin die Auffassung vertritt, die mitbeteiligte Partei habe keinen Antrag gestellt, über den die belangte Behörde nach dem Inhalt des Spruches absprechen hätte dürfen, ist ihr zu entgegnen, dass die mitbeteiligte Partei in ihrem Antrag vom 17. April 1998 ausdrücklich einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach erfolgtem Zuschlag gestellt hat, mit dem sie eine dem Gesetz entsprechende Feststellung einer Rechtsverletzung begehrt hat.

Der angefochtene Bescheid erweist sich jedoch schon aus folgenden Erwägungen als rechtswidrig:

Wie der Verwaltungsgerichtshof zur hier noch anzuwendenden Rechtslage zum Stmk. VergG 1995 ausgesprochen hat, trifft den Vergabekontrollsenat die Verpflichtung, konkret zu prüfen, ob dem Antragsteller bei Durchführung eines rechtmäßigen Vergabeverfahrens der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Entgegen der Auffassung der belangten Behörde genügt es daher nicht, bloß abstrakt zu prüfen, ob Gründe vorliegen, die einem Zuschlag an den Antragsteller entgegenstehen. Es muss vielmehr - in Gegenüberstellung mit den anderen zulässigen Anboten - geprüft werden, ob bei Einhaltung aller gesetzlichen Vorgaben, der Zuschlag richtigerweise an den Antragsteller zu erteilen gewesen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 8. November 2000, ZI. 2000/04/0040).

Indem es die belangte Behörde infolge ihrer unrichtigen Rechtsauffassung unterlassen hat, konkret festzustellen, ob dem Antragsteller bei Durchführung eines rechtmäßigen Vergabeverfahrens der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, hat sie den angefochtenen Bescheid mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit belastet.

Eine teilweise Aufhebung des von der Beschwerdeführerin in Beschwerde gezogenen Spruchpunktes 1) des angefochtenen Bescheides kam auch deshalb nicht in Betracht, weil eine alleinige Aufhebung dieses Spruchpunktes dazu führen würde, dass die belangte Behörde zwar bei Erlassung ihres Ersatzbescheides den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen hätte, indem sie die oben dargestellte Prüfung im Sinne des § 90 Abs. 3 Stmk. VergG 1995 vorzunehmen hätte, gleichzeitig aber durch Spruchpunkt 3) der angefochtenen Bescheides rechtskräftig ausgesprochen würde, dass der darauf abzielende Antrag der mitbeteiligten Partei zurückgewiesen werde.

Der Bescheid war daher schon aus diesem Grund gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG in dem im Spruch genannten Umfang aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. Nr. 416/1994.

Wien, am 22. Februar 2001

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2001:2000040053.X00

**Im RIS seit**

23.04.2001

**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)