jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2000/11/8 2000/04/0040

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 08.11.2000

Index

L72006 Beschaffung Vergabe Steiermark;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

AVG §33 Abs3;
LVergG Stmk 1995 §85 Abs3;
LVergG Stmk 1995 §86 Abs2;
LVergG Stmk 1995 §87;
LVergG Stmk 1995 §88 Abs1;
LVergG Stmk 1995 §88 Abs2;
LVergG Stmk 1995 §90 Abs3;
LVergG Stmk 1995 §91 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Gruber, Dr. Blaschek und Dr. Rigler als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Martschin, über die Beschwerde der Landeshauptstadt Graz, vertreten durch den Bürgermeister, dieser vertreten durch Dr. K und Mag. A, Rechtsanwälte in G, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Steiermark vom 2. Juli 1998, Zl. VKS O 1-1998/16, betreffend Feststellung gemäß § 86 Abs. 2 Stmk. Vergabegesetz (mitbeteiligte Partei: Firma O GmbH, W), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird 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 von 118 Mietkopiergeräten unterschiedlicher Leistungsgruppen auf Basis einer All-in-Miete auf fünf Jahre zur Vergabe im offenen Verfahren am 25. Juli 1997 ausgeschrieben. Unter Teil III wurde ein Hochleistungskopiergerät mit Endverarbeitung ausgeschrieben, wobei im Leistungsverzeichnis die technischen Mindestanforderungen wie folgt umschrieben wurden:

"Kopiergeschwindigkeit mind. 100 Kopien/min A 4 ein- und doppelseitig

Formate bis A 3

Kopiergewichte ca. 60 - 200 g/m

Vorlagenglas bis A 3

....."

Die von der mitbeteiligten Partei sowie von zwei weiteren Bietern zu diesem Teil der Ausschreibung eingebrachten Angebote wurden von der Beschwerdeführerin ausgeschieden, weil die von ihnen angebotenen Geräte die in der Ausschreibung festgelegten technischen Mindestanforderungen insofern nicht erfüllt hätten, als sie keine Geräte angeboten hätten, die sowohl A 4 als auch A 3 Formate in der vorgegebenen Geschwindigkeit von 100 A 4 Kopien pro Minute kopieren könnten. Ein weiteres Angebot der R. GmbH hätte zwar diese technischen Mindestanforderungen erfüllt, jedoch sei dieses Angebot deswegen auszuscheiden gewesen, weil unzulässige Ergänzungen des Umfanges der All-in-Miete erstellt worden seien.

Die Beschwerdeführerin setzte mit Schreiben vom 11. Februar 1998 die mitbeteiligte Partei gemäß § 42 Stmk. VergG 1995 darüber in Kenntnis, dass ihr zu Teil III abgegebenes Angebot nicht als Bestangebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu qualifizieren gewesen sei. Am 3. März 1998 erfolgte unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 93/36/EWG im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften die Vergabebekanntmachung, dass ein Verhandlungsverfahren durchgeführt worden sei, weil es sich um einen Lieferauftrag gehandelt habe, der wegen technischer Besonderheit nur von einem bestimmten Unternehmer durchzuführen sei. Als Auftragnehmer wurde in dieser Bekanntmachung die R. GmbH genannt.

Mit Schriftsatz vom 25. Februar 1998 erhob die mitbeteiligte Partei einen Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens, den sie damit begründete, sie habe am 16. Februar 1998 von der erfolgten Zuschlagserteilung Kenntnis erlangt. Auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes sei sie der Meinung, als Bestbieter übergangen worden zu sein, weshalb sie "gemäß § 85 des Stmk. Vergabegesetzes den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfeverfahrens" stelle. Laut Leistungsverzeichnis III hätte sie ein System angeboten, das nur beim Zoom-Bereich und beim Stromanschluss geringfügige Abweichungen zum Anforderungsprofil aufweise. Bei einem der wichtigsten Kriterien, der Geschwindigkeit, erfülle nur sie mit dem angebotenen Produkt die Anforderungen. Aus ihrer Marktkenntnis heraus wisse sie, dass alle angebotenen Geräte der Mitbewerber im doppelseitigen Kopiermodus an Geschwindigkeit verlieren würden. Sie sei daher eindeutig als Bestbieter anzusehen. Anlässlich der Offerteeröffnung im September des Vorjahres seien die Preise verlesen worden. Sie sei sowohl beim Haupt- als auch bei ihren Alternativangeboten Billigstbieter gewesen. Die Entscheidung des Magistrates der Stadt Graz sei nicht nachvollziehbar und völlig unverständlich. Dies und die Tatsache, dass der zuständige Referent telefonisch mitgeteilt habe, man hätte die Ausschreibung aufgehoben und eine freie Vergabe durchgeführt, ließe vermuten, dass die Vergabe zu ihrem Nachteil nicht korrekt erfolgt sei. Als übergangener Bestbieter ersuche sie "festzustellen, dass wir bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens Bestbieter für Teil III-Hochleistungskopiergerät geworden wären".

Mit dem angefochtenen Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Steiermark vom 2. Juli 1998 wurde über diesen Antrag wie folgt entschieden:

"Der Antrag der O. GesmbH, Wien, vom 25. Februar 1998 auf Nachprüfung lautend auf 'ersuchen wir festzustellen, dass wir bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens, Bestbieter für den Teil III-Hochleistungskopiergerät geworden wären' wird insoweit stattgegeben, dass die behauptete Rechtsverletzung der nicht korrekt erfolgten Vergabe vorliegt.

Zugleich wird gemäß § 90 Abs. 3 ausgesprochen, dass keine Gründe festgestellt wurden, nach denen der Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Steiermärkischen Vergabegesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

Der weiters gestellte Antrag, der Vergabekontrollsenat möge feststellen, dass die Antragstellerin bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vergabeverfahrens Bestbieter für den Teil III-Hochleistungskopiergerät geworden wäre, wird als unzulässig zurückgewiesen.

Für diese Entscheidung waren folgende Rechtsvorschriften maßgeblich:

§ 86 Abs. 2 in Verbindung mit § 88 Abs. 2 und § 90 Abs. 3 sowie § 22 Abs. 2, § 41 Abs. 4 und § 42 Abs. 1 des Steiermärkischen Vergabegesetzes - Stmk. VergG, LGBl. Nr. 85/1995."

Nach Darstellung des Verfahrensganges führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, das gegenständliche Vergabeverfahren betreffe den Auftragsgegenstand Lieferung von Mietkopiergeräten (Teil III-Hochleistungskopiergerät), der dem sachlichen Geltungsbereich des Stmk. VergG 1995 unterliege, da es sich um einen Lieferauftrag handle. Die Landeshauptstadt Graz sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Stmk. Vergabegesetzes. Den dem Vergabekontrollsenat vorliegenden Unterlagen sei zu entnehmen, dass die Stadt Graz die Vergabe der Lieferung von Mietkopiergeräten im EU-weiten offenen Verfahren mit Angebotsöffnung am 4. September 1997 durchgeführt und die Antragstellerin fristgerecht hiezu ein Angebot gelegt habe. Gemäß § 85 Abs. 2 Stmk. VergG 1995 könne jeder Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterliegenden Vertrages behauptet und dem durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder drohen könne, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers beim Vergabekontrollsenat beantragen. Die mitbeteiligte Partei sei daher als Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren legitimiert, einen Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zu stellen. Der Zuschlag sei erteilt worden. Gemäß § 88 Abs. 2 Stmk. VergG 1995 sei ein Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach erfolgtem Zuschlag binnen zwei Wochen ab Kenntnis des Zuschlags beim Vergabekontrollsenat einzubringen. Aus den vorgelegten Akten gehe hervor, dass mit Schreiben vom 11. Februar 1998 die mitbeteiligte Partei gemäß § 42 Stmk. VergG 1995 informiert worden sei, dass ihr Angebot nicht als Bestangebot zu qualifizieren sei und die Bekanntmachung zur Veröffentlichung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolge. Im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 3. März 1998 sei der erfolgte Zuschlag an die R. GmbH zu einem Mindestpreis von S 1.610.000,-- veröffentlicht worden. Der Antrag der mitbeteiligten Partei vom 25. Februar 1998 sei an diesem Tag zur Post gegeben und am 4. März 1998 beim Vergabekontrollsenat eingelangt. Der Antrag sei somit fristgerecht gestellt worden. Die formellen Voraussetzungen für ein Nachprüfungsverfahren seien somit erfüllt, da der Antrag rechtmäßig und rechtzeitig eingebracht worden sei. In der Sache selbst führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, aus dem Angebot und den beiden Alternativangeboten der mitbeteiligten Partei gehe hervor, dass für die angebotenen Geräte jeweils als maximales Kopierformat A 4 angegeben sei und somit die vom Auftraggeber vorgegebenen technischen Spezifikationen nicht erfüllt worden seien. Der Auftraggeber habe in seiner Äußerung zum Antrag der mitbeteiligten Partei ausgeführt, dass auch zwei weitere Bieter kein Kopiergerät angeboten hätten, welches A 4 Formate und A 3 Formate als maximales Format kopieren könnte. Diese Bieter hätten je ein Kopiergerät für A 4 Formate und ein weiteres Kopiergerät für A 3 Formate angeboten. Dies hätte nicht den technischen Spezifikationen entsprochen und seien diese Angebote daher ebenfalls auszuscheiden gewesen. Lediglich der Bieter R. GmbH habe ein Haupt- und fünf Alternativangebote abgegeben, die die technischen Voraussetzungen, die der Auftraggeber verlangt habe, erfüllten. Dieses Angebot habe aber auch ausgeschieden werden müssen, da unzulässige Ergänzungen und Reduzierungen des Umfangs der All-in-Miete erstellt worden seien. Daher sei auch dieses Angebot nicht ausschreibungskonform. Da somit keines der eingereichten Angebote den Ausschreibungsbedingungen entsprochen habe, sei die Beschwerdeführerin davon ausgegangen, dass der Teil III der Ausschreibung gemäß § 41 Abs. 3 Stmk. VergG 1995 als widerrufen gelte. Eine Verständigung der Bieter gemäß § 41 Stmk. VergG 1995 sei nicht erfolgt. Die Verständigung der mitbeteiligten Partei sei erst nach dem durchgeführten Verhandlungsverfahren und der erfolgten Auftragsvergabe an die R. GmbH gemäß § 42 Stmk. VergG 1995 erfolgt. Auch eine Neuausschreibung des Teils III sei vom Beschaffungsamt nicht durchgeführt worden. Eine Beendigung des Vergabeverfahrens mit Widerruf habe somit nicht stattgefunden. Im Vergabeakt der Beschwerdeführerin befinde sich ein Aktenvermerk über ein Telefongespräch vom 19. September 1997, wonach in diesem ein Vertreter der mitbeteiligten Partei darauf hingewiesen habe, dass seines Wissens nur die R. GmbH die geforderten Mindestanforderungen erfülle. Aus der Notiz zu einem weiteren Telefonat mit einem Vertreter der mitbeteiligten Partei gehe hervor, dass diese zwar ein Gerät habe, das sowohl A 4 als auch A 3 Formate bearbeiten könne, dieses Gerät jedoch nur 85 Kopien pro Minute leisten könne. Die von der Beschwerdeführerin vorgegebenen technischen Spezifikationen für den Hochleistungskopierer mit Endverarbeitung seien somit derart gewesen, dass lediglich ein Bieter diese technischen Spezifikationen erfüllen habe können. Gemäß § 22 Abs. 2 Stmk. VergG 1995 dürfe in der Ausschreibung die Leistung nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen würden. Wenn dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen auch nicht bekannt gewesen sei, dass die von ihm verlangten Spezifikationen nur von

einem Bieter erfüllt werden könnten, sei ihm dieser Sachverhalt jedenfalls nach Vorliegen der Angebote bekannt gewesen. Dies gehe aus dem Protokoll vom 29. Dezember 1997 betreffend das Verhandlungsverfahren mit der R. GmbH hervor. Hier heiße es, dass der Vertreter der Beschwerdeführerin bezweifle, dass die Preise der R. GmbH äußerst knapp kalkuliert seien. In Klammer sei hier angeführt "Monopol". Auch in der Äußerung zum Nachprüfungsantrag werde als Begründung für die Wahl des Vergabeverfahrens festgestellt, dass der Auftrag wegen seiner Besonderheit nur von einem Unternehmen erfüllt werden könne. Der Vergabekontrollsenat komme auf Grund des Ermittlungsverfahrens zu dem Ergebnis, dass die vom Auftraggeber verlangten Anforderungen betreffend die technischen Spezifikationen, wie insbesondere die Kopiergeschwindigkeit von mindestens 100 Kopien/Minute A 4 ein- und doppelseitig und das Kopierformat bis A 3 auf einem Gerät, technisch begründet und auch durchaus wünschenswert seien. Diese Mindestanforderungen könnten jedoch nur von einem Unternehmen erfüllt werden, sodass dieses Unternehmen dann ohne Konkurrenz sei. Wenn die technischen Spezifikationen als Mindestanforderung so festgelegt würden, dass diese auch von mehreren Bietern erfüllt werden könnten, werde ein echter Wettbewerb möglich. Wie den im Akt befindlichen Niederschriften des Auftraggebers zu entnehmen sei, wäre dies bei einer Herabsetzung der Kopiergeschwindigkeit von 100 auf 85 Kopien/Minute, aber auch bei Zulassen von A 3 Kopien auf einem Zweitgerät bereits gegeben. Als Zuschlagskriterien hätten die tatsächlich angebotene Kopiergeschwindigkeit und auch die Möglichkeit bis zum Format A 3 Kopien auf einem Gerät zu erstellen, in der Ausschreibung festgelegt und bei der Angebotsbewertung entsprechend berücksichtigt werden können. Bestbieter sei dann der Bieter, welcher mit seinem Angebot den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien, wobei der Preis auch ein Zuschlagskriterium zu sein habe, am besten entspreche. Der Auftraggeber habe somit den Preis mit den technischen Spezifikationen abzuwägen. Nach dem Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist betreffend Teil III-Hochleistungskopiergerät wäre somit eine Neuausschreibung im offenen Verfahren erforderlich gewesen, bei der die technischen Spezifikationen so festzulegen gewesen wären, dass sie einerseits in angemessener Form den Erfordernissen des Auftraggebers entsprechen und andererseits von mehreren Bietern auch tatsächlich erfüllt werden könnten, wobei die entsprechenden Zuschlagskriterien anzuführen gewesen wären. Die Durchführung des Verhandlungsverfahrens nur mit einem Unternehmer ohne öffentliche Vergabebekanntmachung sei jedenfalls rechtswidrig gewesen, da das durchgeführte offene Verfahren nicht mit einem Widerruf der Ausschreibung gemäß § 41 Abs. 4 Stmk. VergG 1995 beendet worden sei und der Auftraggeber erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens seine Handlungsfreiheit wieder gewinne und ein neues Vergabeverfahren beginnen dürfe. Aus der Veröffentlichung des vergebenen Auftrags im Amtsblatt S 43/44 vom 3. März 1998 gehe hervor, dass sich die Begründung für die Einleitung des Verhandlungsverfahrens auf Art. 6 Abs. 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG stütze. Selbst unter der Annahme, dass Art. 6 dieser Richtlinie anwendbar wäre, käme hier die Regelung des Abs. 2 in Frage, worin festgelegt sei, dass zu einem Verhandlungsverfahren - sofern keine Vergabebekanntmachung erfolge - alle Unternehmer einzuladen seien, die die Kriterien der Art. 20 bis 24 erfüllten, diese also geeignet seien und im Laufe des vorangegangenen offenen Verfahrens Angebote unterbreitet hätten, die den formalen Voraussetzungen für das Angebotsverfahren entsprechen. Die Antragstellerin sei daher zu diesem Verhandlungsverfahren auch einzuladen gewesen, wobei im Verhandlungsverfahren der gesamte Auftragsinhalt, also nicht nur der Umfang der All-in-Miete, sondern auch die technischen Spezifikationen Verhandlungsgegenstand sein könnten. Art. 6 Abs. 3 lit. a der genannten Richtlinie sei nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der Kommission ein Bericht vorgelegt werde. Ein solcher Bericht sei dem Vergabeakt nicht zu entnehmen und sei auch nach Aussage des Vertreters des Auftraggebers bei der mündlichen Verhandlung nicht verfasst worden. Die Durchführung des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer gestützt auf Art. 6 Abs. 3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG sei somit rechtswidrig. Wenn der Vergabekontrollsenat eine Rechtsverletzung festgestellt habe und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, dann habe der Vergabekontrollsenat gemäß § 90 Abs. 3 Stmk. VergG 1995 überdies auszusprechen, ob der Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des Stmk. Vergabegesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre. Hiebei habe der Vergabekontrollsenat keinesfalls eine Bestbieterermittlung durchzuführen - dies bleibe Aufgabe des Auftraggebers - sondern auszusprechen, ob Gründe vorliegen, nach denen der Antragstellerin der Zuschlag nicht zu erteilen wäre. Derartige Gründe habe der Vergabekontrollsenat nicht festgestellt. Andererseits werde vom Vergabekontrollsenat nicht festgestellt, wie von der Antragstellerin begehrt, wer Bestbieter geworden wäre. Zusammenfassend sei daher festzustellen, dass die Leistung in der Ausschreibung rechtswidrig so umschrieben worden sei, dass ein Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genossen habe (§ 22 Abs. 2 Stmk. VergG). Die erfolgte Vergabe auf Grundlage eines Verhandlungsverfahrens mit lediglich einem Bieter sei rechtswidrig, ein Widerruf der

Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist habe nicht stattgefunden. Ein Grund, dass der Antragstellerin bei Einhaltung der Bestimmungen des Stmk. Vergabegesetzes der Zuschlag nicht zu erteilen gewesen wäre, sei nicht festgestellt worden. Wer Bestbieter geworden wäre, werde vom Vergabekontrollsenat nicht festgestellt. Es 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 hat sich am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin nach ihrem gesamten Vorbringen in dem Recht auf Unterbleiben der Feststellung, dass eine Rechtsverletzung der erfolgten Vergabe vorliege, verletzt. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes macht sie geltend, die Bestimmung des § 41 Stmk. VergG 1995 regle den Widerruf der Ausschreibung nach Ablauf der Angebotsfrist. Nach § 41 Abs. 3 gelte die Ausschreibung als widerrufen, wenn kein oder nur ein Angebot eingelangt sei. Nach der Prüfung des Angebots durch die Beschwerdeführerin im Sinne des § 33 Stmk. VergG 1995 in Verbindung mit § 38 leg. cit. seien sämtliche zum Teil III der Ausschreibung vorliegenden Angebote auszuscheiden gewesen, weil sie den Ausschreibungsbedingungen nicht entsprochen hätten. Drei der vorliegenden Angebote hätten in technischer Hinsicht nicht den Kriterien entsprochen, weil anstelle des ausgeschriebenen einen Hochleistungskopiergerätes mehrere Kopiergeräte angeboten worden seien, die zudem nicht die Ausschreibungsbedingung erfüllt hätten, sowohl für A 4 als auch für A 3 Formate einsetzbar zu sein. Eines der Anbote, nämlich jenes der Firma R. hätte die Ausschreibungsbedingung des Einsatzes für A 3 und A 4 Formate erfüllt und auch hinsichtlich der Kopiergeschwindigkeit der Ausschreibungsbedingung von 100 Kopien/Minute entsprochen. Dieses Anbot sei jedoch auszuscheiden gewesen, weil die Preisauszeichnung nicht der Ausschreibung entsprochen habe. Auf Grund dieses Umstandes sei die Legalfiktion des § 41 Abs. 3 Stmk. VergG 1995 in Kraft getreten, ohne dass es noch einer schriftlichen Verständigung bedurft hätte. Die Bestimmung des § 41 Abs. 4 Stmk. VergG 1995 sehe zwar eine Verständigung der Bieter vom Widerruf vor, diese Verständigung sei aber an keine Formerfordernisse gebunden. Eine telefonische Verständigung der Bieter vom Widerruf der Ausschreibung sei aber erfolgt, zudem sei der Widerruf auch im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden, sodass davon ausgegangen werden müsse, dass die Bieter vom Widerruf der Ausschreibung Kenntnis erlangt hätten. Demgegenüber gehe die belangte Behörde davon aus, dass eine schriftliche Verständigung hätte erfolgten müssen, damit das Vergabeverfahren im Sinne des § 42 zum Abschluss komme. Die Bestimmung des § 41 Abs. 4 Stmk. VergG 1995 beziehe sich auf den Widerruf der Ausschreibung, während § 42 Abs. 2 leg. cit. die Verständigung jener Bieter in Schriftform vorsehe, denen der Zuschlag nicht erteilt worden sei. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 42 Abs. 2 leg. cit. setze diese Bestimmung voraus, dass im Rahmen der Vergabeverfahrens ein Zuschlag erteilt worden sei. Diese Bestimmung beziehe sich somit nicht auf jene Fälle, in denen ein Widerruf der Ausschreibung erfolgt oder die Legalfiktion des § 41 Abs. 3 eingetreten sei. In diesem Fall gelte die Verständigungsbestimmung des § 41 Abs. 4 Stmk. VergG 1995. Dies habe aber die belangte Behörde nicht erkannt, sondern sie sehe in der unterbliebenen schriftlichen Verständigung des Antragstellers vor Einleitung des Verhandlungsverfahrens einen Verstoß gegen § 42 Stmk. VergG 1995. Diese Auffassung sei jedenfalls rechtswidrig, weil § 41 Abs. 3 und 4 Stmk. VergG 1995 ansonsten der Anwendungsbereich entzogen wäre. Die belangte Behörde vertrete die Auffassung, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen sei, ein neues offenes Verfahren auszuschreiben, in welchem die Ausschreibungskriterien derart zu modifizieren gewesen wären, dass mehrere Bieter hätten teilnehmen können. Eine nachvollziehbare Begründung bleibe die belangte Behörde dafür schuldig. Die Bestimmung des § 55 Abs. 4 Stmk. VergG 1995 sehe vor, dass unter der Voraussetzung, dass der Auftraggeber die Vergabe öffentlich bekannt gemacht habe, ein Verhandlungsverfahren erlaubt sei, wenn ein durchgeführtes offenes Verfahren nur ein oder kein Angebot erbracht habe und die ursprünglichen Bedingungen für den Lieferauftrag nicht grundlegend geändert worden seien. Voraussetzung für ein Verhandlungsverfahren im Sinne des § 55 Abs. 4 sei daher, dass bereits ein durchgeführtes offenes Verfahren ergebnislos geblieben sei und die ursprünglichen Bedingungen für den Lieferauftrag nicht grundlegend geändert worden seien. Unter diesen Voraussetzungen könne jedenfalls ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden, wobei allerdings der Auftraggeber die Vergabe öffentlich bekannt machen müsse. Eine Ausnahme von der öffentlichen Bekanntmachung sehe § 55 Abs. 5 Z. 3 Stmk. VergG 1995 vor. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung würden nach den Ergebnissen des offenen Verfahrens vorliegen. Die

Beschwerdeführerin wisse aus dem offenen Verfahren, dass lediglich ein einziger Unternehmer in der Lage gewesen sei, in technischer Hinsicht die Ausschreibungsbedingungen zu erfüllen. Nur dieser einzige Anbieter könne nämlich ein einziges Hochleistungskopiergerät anbieten, das sowohl A 4 als auch A 3 Formate in der erforderlichen Geschwindigkeit kopieren könne. Dem gegenüber hätten sämtliche anderen Anbote Geräte beinhaltet, die entweder nur A 4 oder nur A 3 Kopien erstellen könnten. Ganz abgesehen davon, dass durch die Aufstellung zweier Kopiergeräte der organisatorische Ablauf in der Hausdruckerei erheblich geändert hätte werden müssen, womit auch ein personeller Mehraufwand verbunden gewesen wäre, hätten auf Grund der gegebenen örtlichen Verhältnisse zwei Kopiergeräte räumlich nicht untergebracht werden können. Dies sei auch der Grund gewesen, ein Hochleistungskopiergerät auszuschreiben. Zudem habe sich zum Zeitpunkt der Ausschreibung das Vorgängergerät desselben Herstellers in Verwendung in der Hausdruckerei befunden, welches sich im Wesentlichen auch hinsichtlich der technischen Daten bewährt habe. Es hätte daher ein bereits bestehendes Gerät lediglich auf Grund der Überalterung ausgetauscht werden sollen, ohne dass technische Einbussen hinzunehmen gewesen wären. Wäre die Beschwerdeführerin auf die von den Mitbewerbern angebotenen Varianten zur Ausschreibung eingegangen, so hätte dies nicht zuletzt ein Minus in technischer Hinsicht bedeutet, die auf Grund der organisatorischen Verhältnisse unverhältnismäßige Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich gebracht hätten. Es würden daher auch die Voraussetzungen des § 55 Abs. 5 Z. 5 Stmk. VergG 1995 vorliegen. All diese hätte dazu geführt, dass sich die Beschwerdeführerin nach Abschluss des Ausschreibungsverfahrens gemäß § 41 Abs. 3 leg. cit. gesetzeskonform zu einer Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Veröffentlichung entschlossen habe. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die belangte Behörde selbst festgestellt habe, dass der Antragsteller die Ausschreibungsbedingung nicht erfüllen könne. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bereits aus dem offenen Verfahren Kenntnis darüber gehabt habe, dass lediglich ein einziger Anbieter in der Lage sei, die technischen Mindesterfordernisse der Ausschreibung zu erfüllen. Für diese technischen Mindestanforderungen gebe es auf Grund der vorhandenen Örtlichkeiten, der Personalkostensituation und der Kostenfaktoren sachliche Gründe, die keinesfalls willkürlich zur Bevorzugung eines einzigen Anbieters erstellt worden seien. Es sei daher nicht nachvollziehbar, worin ein Verstoß gegen § 22 Stmk. VergG 1995 liegen solle. Der Vergabekontrollsenat habe in seinem Bescheid keine Gründe angeführt, warum unter Verringerung des technischen Anforderungsprofils zweckmäßiger Weise nochmals ein offenes Verfahren hätte durchgeführt werden müssen, um eine technisch nicht zufrieden stellende Lösung durch allenfalls andere Anbieter zu ermöglichen. Dies könne weder den Bestimmungen des Stmk. Vergabegesetzes noch der diesem Gesetz zu Grunde liegenden Lieferkoordinierungsrichtlinie entnommen werden. Die Bestimmungen über das Verhandlungsverfahren würden sich gerade auf jene Fälle beziehen, in denen ein zuvor durchgeführtes offenes Verfahren aus welchen Gründen auch immer ergebnislos geblieben sei. Die Feststellung der belangte Behörde, wonach die durchgeführte Vergabe rechtswidrig erfolgt sei, sei daher inhaltlich unrichtig. Die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin befassen sich mit der Frage der Anwendbarkeit der Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG. Diese Richtlinie sei auf die gegenständliche Vergabe nicht anwendbar, weil ihre Umsetzung erst mit dem Stmk. Vergabegesetz 1997 erfolgt sei. Auch sei die Richtlinie nicht unmittelbar anwendbar, weil Richtlinien nach Art. 189 Abs. 3 EGV für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet seien, nur hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich seien, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlasse. Die belangte Behörde sei daher insoweit, als gesetzliche Regelungen im innerstaatlichen Recht bestünden, an diese gebunden und habe keine Kompetenz zur Überprüfung, ob Gesetze der Richtlinie entsprechen. Vielmehr hätte sie durch geeignete Interpretationsmethoden dafür zu sorgen, dass die innerstaatlichen Vorschriften richtlinienkonform interpretiert würden. Schließlich führt die Beschwerdeführerin zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages der mitbeteiligten Partei aus, aus der Niederschrift über das Prüfungsergebnis der Angebote betreffend die Ausschreibung im offenen Verfahren ergebe sich, dass der mitbeteiligten Partei bereits im Oktober 1997 mitgeteilt worden sei, dass das Anbot wegen Nichtentsprechung der technischen Leistungsfähigkeit auszuscheiden und daher die Ausschreibung zu widerrufen gewesen sei. Spätestens mit dieser Verständigung sei der mitbeteiligten Partei bekannt gewesen, dass eine Vergabe im Rahmen der Ausschreibung nicht erfolgen werde, weshalb sie das Vorverfahren gemäß § 87 Stmk. VergG 1995 einzuleiten gehabt hätte. Ein Nachprüfungsverfahren im Sinne des 88 Abs. 1 leg. cit. könne überhaupt nur eingeleitet werden, wenn ein Vorverfahren nach § 87 Stmk. VergG 1995 durchgeführt worden und außerdem binnen zwei Wochen ab Kenntnis des Zuschlages erfolgt sei. Die mitbeteiligte Partei hätte aber bereits im Dezember 1997 Kenntnis davon gehabt, dass eine Vergabe im Rahmen des Verhandlungsverfahrens an die Firma R. erfolgen würde. Es seien daher schon die formalen Voraussetzungen für die

Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nicht erfüllt. Zudem hätte die belangte Behörde nach der Bestimmung des § 66 AVG im Nachprüfungsverfahren selbst ermitteln müssen und dazu auch alle geeigneten Maßnahmen von Amts wegen durchzuführen gehabt. Die belangte Behörde vertrete die Auffassung, dass ein in technischer Hinsicht schlechteres Ausschreibungsprofil hätte erstellt werden müssen, um sämtlichen Teilnehmern am ersten Ausschreibungsverfahren die Bewerbung bei einem allfälligen weiteren Ausschreibungsverfahren zu ermöglichen. Sie berücksichtige aber in keiner Weise, dass die von der mitbeteiligten Partei vorgelegten Anbote in keiner Weise der ursprünglichen Ausschreibung entsprochen hätten. Diesbezüglich hätte die belangte Behörde auch einen Amtsachverständigen heranziehen müssen, welcher beurteilen hätte müssen, ob und aus welchen Gründen die von der Beschwerdeführerin gestellten Kriterien sachgerecht seien oder ein einzelnes Unternehmen begünstigen würden. Dies sei unterblieben, obwohl die Bestimmung des § 91 Stmk. VergG 1995 ausdrücklich auf das Verfahren nach dem AVG verweise. Schließlich hätte zur Aufklärung der technischen Voraussetzungen auch der Leiter der Amtsdruckerei befragt werden müssen. Darüber hinaus hätte die belangte Behörde aber auch jenem Unternehmen, welches letztlich den Zuschlag erhalten habe, Parteistellung im Nachprüfungsverfahren einräumen müssen, weil jedenfalls von der Entscheidung des Vergabekontrollsenates auch dieses Unternehmen unmittelbar betroffen sei. Durch die Nichteinbeziehung dieses Unternehmens sei das Verfahren mangelhaft geblieben.

Nach § 88 Abs. 1 Stmk. VergG 1995 ist ein Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung nur zulässig, wenn der Unternehmer den Auftraggeber im Sinne des § 87 Abs. 1 unterrichtet hat und der Auftraggeber ihm nicht innerhalb von zwei Wochen ab der Unterrichtung die Behebung der Rechtswidrigkeit mitgeteilt hat.

Gemäß § 88 Abs. 2 Stmk. VergG 1995 ist ein Antrag auf Durchführung des Nachprüfungsverfahrens nach erfolgtem Zuschlag binnen zwei Wochen ab Kenntnis des Zuschlages beim Vergabekontrollsenat einzubringen. Nach Ablauf von sechs Monaten ab erfolgtem Zuschlag ist ein Antrag keinesfalls mehr zulässig.

Entscheidet der Vergabekontrollsenat nach erfolgtem Zuschlag, kommt gemäß § 90 Abs. 3 Stmk. VergG 1995 eine Nichtigerklärung nicht mehr in Betracht. 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.

Insoweit die Beschwerdeführerin die Rechtzeitigkeit des von der mitbeteiligten Partei gestellten Antrags auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Stmk. Vergabegesetz bestreitet, ist sie darauf zu verweisen, dass nach dem Inhalt der vorliegenden Verwaltungsakten die mitbeteiligte Partei mit Schreiben des Magistrates der Stadt Graz vom 11. Februar 1998 gem. § 42 Stmk. VergG 1995 davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ihr Angebot nicht als Bestangebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu qualifizieren gewesen sei. Im Hinblick auf die am 16. Februar 1998 erfolgte Zustellung dieses Schreibens an die mitbeteiligte Partei, ist der von ihr am 25. Februar 1998 zur Post gegebene Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens jedenfalls rechtzeitig im Sinne des § 88 Abs. 2 Stmk. VergG 1995 erhoben worden. Wenn die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass es auf den Zeitpunkt des Einlangens des Antrages auf Nachprüfung beim Vergabekontrollsenat ankommt, ist sie darauf zu verweisen, dass gemäß § 91 Abs. 1 Stmk. VergG 1995 für das Verfahren vor dem Vergabekontrollsenat die Bestimmungen des AVG, soweit nichts anderes bestimmt ist, gelten. Da im Stmk. VergG 1995 eine von § 33 Abs. 3 AVG abweichende Regelung nicht normiert ist, werden gemäß dieser Bestimmung die Tage des Postenlaufes in die Frist nicht eingerechnet.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die mitbeteiligte Partei hätte das Vorverfahren im Sinne des § 87 Stmk. VergG 1995 einzuleiten gehabt, um einen zulässigen Nachprüfungsantrag gemäß § 88 Abs. 1 Stmk. VergG 1995 stellen zu können, geht schon deshalb ins Leere, weil die mitbeteiligte Partei einen Nachprüfungsantrag gemäß § 88 Abs. 2 leg. cit. nach erfolgtem Zuschlag gestellt hat, und es nach dieser Bestimmung nicht darauf ankommt, dass ein Vorverfahren im Sinne des § 87 Stmk. VergG 1995 durchgeführt wurde. Ein Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach erfolgtem Zuschlag ist nämlich ohne Rücksicht darauf zulässig, dass der Antragsteller den in seinem Nachprüfungsantrag gerügten Mangel auch bereits in einem Vorverfahren nach § 87 leg. cit.

hätte geltend machen können, dies aber nicht getan hat.

Die Beschwerde erweist sich jedoch aus folgenden Erwägungen

als berechtigt:

Nach dem diesbezüglich eindeutigen Wortlaut des § 90

Abs. 3 Stmk. VergG 1995 hat der Vergabekontrollsenat im Falle der Feststellung einer Rechtsverletzung überdies auszusprechen, ob dem Antragsteller auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre. Demnach 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. zur Rechtslage nach dem NÖ VergG das hg. Erkenntnis vom 31. Mai 2000, Zl. 2000/04/0015).

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 Rechtwidrigkeit belastet.

Der Bescheid war daher schon aus diesem Grund gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

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

Wien, am 8. November 2000

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2000:2000040040.X00

Im RIS seit

21.03.2001

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at