

TE Vwgh Erkenntnis 2000/3/22 2000/04/0029

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.03.2000

Index

L72001 Beschaffung Vergabe Burgenland;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

AVG §8;
AVG §9;
LVergG Bgld 1995 §103 Abs1;
LVergG Bgld 1995 §103 Abs2;
LVergG Bgld 1995 §41;
LVergG Bgld 1995 §9 Z7;
LVergG Bgld 1995 §97 Abs1;
LVergG Bgld 1995 §97 Abs4;
VwGG §34 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Stöberl, Dr. Blaschek und Dr. Baur als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Breunlich, über die Beschwerden der "D Ziviltechnikerarbeitsgemeinschaft" in G, vertreten durch H Rechtsanwaltskanzlei OEG in G, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland vom 17. Dezember 1998, Zl. K 85/06/98.003/9, betreffend Feststellung gemäß § 97 Abs. 4 Bgld. Vergabegesetz (mitbeteiligte Partei: F Verein in E, vertreten durch Mag. H, Rechtsanwalt in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt II. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Burgenland hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Spruchpunkt I. des Bescheides des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland vom 17. Dezember 1998 wurde über Antrag der Beschwerdeführer gemäß §§ 93 und 97 Abs. 4 Bgld. Vergabegesetz festgestellt, dass wegen der Verwendung unzulässiger Zuschlagskriterien und wegen der Missachtung des Gleichbehandlungsgebotes das Recht verletzt und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Die übrigen behaupteten

Rechtsverletzungen lägen nicht vor. Mit Spruchpunkt II. dieses Bescheides wurde über Antrag der mitbeteiligten Partei gemäß § 97 Abs. 4 letzter Satz Bgld. Vergabegesetz festgestellt, dass den Beschwerdeführern auch ohne die festgestellten Rechtsverletzungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre. Soweit dies für das verwaltungsgerichtliche Verfahren von Bedeutung ist, führte der unabhängige Verwaltungssenat nach Darstellung des Verfahrensganges und Darlegungen über seine Zuständigkeit zur Entscheidung in der vorliegenden Sache zur Begründung aus, in der Ausschreibung seien im Kapitel A unter Pkt. 4.4. die vom Bieter vorzulegenden Referenzen im Detail geregelt. Pkt. 4.5. enthalte die geforderten Unterlagen betreffend den Ausbau der FHE. In Pkt. 6. seien die für die Auswahl des Bestbieters maßgeblichen Kriterien samt Gewichtung wie folgt vorgesehen:

"Für den GP-Abschnitt I:

Referenzanlagen im Bereich Fachhochschulzentren

unter Berücksichtigung von Ästhetik und Funktionalität der

vorgelegten Referenzen gemäß A 4.4.1. und 4.4.2. 50 %

Raum und Funktionsprogramm ... bei bereits realisierten

bzw. in Planung befindlichen Anlagen gemäß A 4.4.3. 20 %

Umsetzen eines Gesamtkonzeptes ... gemäß A 4.5. 30 %

Für den GP-Abschnitt II:

Referenzanlagen im FHS Bereich ... gemäß A 4.4. 30 %

Verfügbarkeit der ÖBA während der Bauphase, Referenzen der

ÖBA gemäß A 4.4. 30 %

Betriebskosten gemäß A 4.5. 20 %

Einhaltung der vorgegebenen Fristen 20 %"

Im Folgenden wird dargelegt, aus welchen Gründen der unabhängige Verwaltungssenat zum Ergebnis gelangte, dass Einzelne dieser Kriterien unzulässig seien, sodass bei den Zuschlagskriterien für den GP-Abschnitt I nur der mit 30 % bewertete Punkt "Umsetzen eines Gesamtkonzeptes" und für den GP-Abschnitt II nur der mit 20 % bewertete Punkt "Betriebskosten" als zulässige Kriterien übrig blieben. Sodann wird ausgeführt, es könne danach die Ermittlung eines Bestbieters nicht erfolgen. Denn in jedem der zu beurteilenden Abschnitte habe jeweils mehr als die Hälfte der Kriterien zu entfallen. Dass sich der Wegfall von Zuschlagskriterien in dieser Größenordnung auf die Ermittlung des Bestbieters auswirke, ergebe sich daraus automatisch, bzw. sei in diesem Fall eine gesetzeskonforme Auswahl eines Bestbieters gar nicht möglich. Aus im Folgenden näher dargestellten Gründen liege ferner eine offensichtliche Ungleichbehandlung der Bieter vor, sodass der verfahrensgegenständliche Auftrag auch unter Missachtung des Grundsatzes eines freien und lauten Wettbewerbes sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter vergeben worden sei. Zu dem von der mitbeteiligten Partei gestellten Antrag im Sinne des § 97 Abs. 4 zweiter Satz Bgld. Vergabegesetz (auf Feststellung, dass den Beschwerdeführern auch ohne die festgestellten Rechtsverletzungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre) führte der unabhängige Verwaltungssenat aus, nach Wegfall der als unzulässig erkannten Zuschlagskriterien verblieben somit im Abschnitt I und im Abschnitt II lediglich jeweils ein Kriterium. Die Beurteilungskommission habe die drei Anbote der letzten Stufe hinsichtlich des Kriteriums "Umsetzen des Gesamtkonzeptes" mit je 30 Punkten, also gleich beurteilt. Lediglich hinsichtlich des Kriteriums "Betriebskosten" finde sich eine unterschiedliche Beurteilung. Anhand lediglich eines Bestbieterkriteriums sei eine gesetzeskonforme Auswahl des "Bestbieters" - aus den im Übrigen gleichwertigen Angeboten - aber nicht möglich, setze doch das Bestbieterprinzip voraus, dass dem "technisch und wirtschaftlich günstigsten" Angebot der Zuschlag nach mehreren Kriterien erteilt werde. Die Beurteilung eines Bestbieters habe demnach anhand einer im Vorhinein festgelegten Gesamtheit von Kriterien zu erfolgen. Es könne nicht ein einzelnes (zufällig) als rechtmäßig verbleibendes Kriterium für die Auswahl ausschlaggebend sein. Es gebe hier daher keinen Bestbieter. Bei Fehlen von Bestbieterkriterien verbleibe als einziges Kriterium die Höhe des Preises, wodurch es zur Vergabe an den Billigstbieter kommen müsse. Dieser wäre auf Grund der aus dem Vergabeakt ersichtlichen Gesamtkosten Architekt S. und nicht die Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdeführer gewesen.

Nur gegen den Spruchpunkt II. erhoben die Beschwerdeführer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der die Behandlung dieser Beschwerde mit Beschluss vom 7. Juni 1999, Zl. B 213/99-3, ablehnte und mit Beschluss vom 14. Juni 1999, Zl. B 213/99-5, die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Die mitbeteiligte Partei stellte in ihrer Gegenschrift einen gleichartigen Antrag.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachten sich die Beschwerdeführer nach ihrem gesamten Vorbringen in dem Recht auf Unterbleiben der Feststellung, es wäre ihnen auch ohne die festgestellten Rechtsverletzungen der Zuschlag nicht erteilt worden, verletzt. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes machen sie unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend, dass ihnen der Inhalt des Schriftstückes, mit dem die mitbeteiligte Partei den Antrag im Sinne des § 97 Abs. 4 zweiter Satz Bgld. Vergabegesetz stellte, nicht zur Kenntnis gebracht worden, wodurch sie in ihrem Recht auf rechtliches Gehör verletzt worden seien. Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides bringen sie vor, dass (aus näher dargelegten Gründen) schon die vergebende Stelle rechtlich dazu nicht legitimiert sei, die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens zu ergänzen oder zu modifizieren oder vom Bestbieterprinzip zum Billigstbieterprinzip zu wechseln. Nichts anderes könne aber für die Nachprüfungsinstanz gelten. Die belangte Behörde habe daher schon aus diesen Überlegungen niemals rechtmäßig zu dem Schluss gelangen können, wegen der Rechtswidrigkeit der Zuschlagskriterien habe das Billigstbieterprinzip zur Anwendung zu kommen. Es wäre in dieser Situation der belangten Behörde vielmehr oblegen, zu ermitteln, welcher Kriterien sich eine vernünftige, wirtschaftlich denkende ausschreibende Stelle im konkreten Fall bedient hätte, um unter Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften den Bestbieter zu ermitteln. Es sei im Übrigen kein Grund zu sehen, weshalb ein in der Ausschreibung mit 30 % bewertetes Kriterium "Umsetzen eines Gesamtkonzeptes Fachhochschulzentrum unter Berücksichtigung der Gegebenheiten und Anforderungen" für die Ermittlung des Bestbieters für den GP-Abschnitt I nicht ausreichend sein solle. Dasselbe gelte für die Einhaltung der Betriebskostenvorgaben entsprechend der Ausschreibung. Anhand dieser Kriterien sei vielmehr die Ermittlung des Bestbieters eher möglich als anhand des niedrigsten Preises.

§ 97 Abs. 4 Bgld. Vergabegesetz halte fest, dass auf Antrag des Auftraggebers auszusprechen sei, ob einem übergangenen Bieter auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung der Zuschlag nicht erteilt worden wäre. Eine derartige Feststellung sei aber, wenn von der Behörde nicht der Maßstab eines vernünftigen, verständigen und den rechtlichen Werten in der Gesellschaft verbundenen vergebenden Stelle anzulegen sei, schlechthin nicht möglich. Gerade bei der Vergabe geistig, schöpferischer Dienstleistungen würden häufig subjektive Vergabekriterien mitmaßgeblich sein, rücksichtlich derer eine abschließende Entscheidung durch die Vergabekontrollinstanz nachträglich üblicherweise nicht möglich sein werde. Da der hypothetische Verlauf und die hypothetisch von einem sich rechtmäßig verhaltenden Auftraggeber verwendeten Zuschlagskriterien durch die Nachprüfungsinstanz nachträglich kaum noch nachvollzogen werden könnten, werde sowohl im Bundesvergabegesetz als auch in sämtlichen (gemeint wohl: anderen) landesvergabegesetzlichen Regelungen nur noch auf die Wahrscheinlichkeit einer Zuschlagserteilung an den Bieter abgestellt und diese offenbar als ausreichend erachtet, ein rechtswidriges Verhalten eines Auftraggebers als kausal für einen Schaden eines Bestbieters festzustellen. Denn eine andere Funktion habe der diesbezügliche Ausspruch einer Nachprüfungsinstanz im vergaberechtlichen Verfahren nicht. Die Beschwerdeführer seien daher der Auffassung, es komme auch im Geltungsbereich des § 97 Abs. 4 Bgld. Vergabegesetz nur auf die Wahrscheinlichkeit einer realistischen Chance an und diese Bestimmung sei daher einschränkend im Sinne des § 113 BVergG und der entsprechenden anderen landesgesetzlichen Bestimmungen zu interpretieren und dahin zu verstehen, dass der Ausspruch, ein übergangener Bieter hätte auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung den Zuschlag nicht erhalten, nur dann erfolgen dürfe, wenn er keine reelle Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Eine andere Auslegung des § 97 Abs. 4 Bgld. Vergabegesetz würde dazu führen, dass ein übergangener Bieter im Land Burgenland keine realistische Möglichkeit habe, den entstandenen Schaden durch Gewinnentgang etc. geltend zu machen, was im Widerspruch zum Europäischen Gemeinschaftsrecht stehe.

Der Verwaltungsgerichtshof hatte zunächst die Prozessfähigkeit der in der Beschwerde als Beschwerdeführer genannten Arbeitsgemeinschaft zu prüfen. Da eine solche Arbeitsgemeinschaft weder als juristische Person noch als eine - selbstständig Prozessrechtsfähigkeit besitzende - Personengesellschaft des Handelsrechtes, sondern als

Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizieren ist, könnte ihr Prozessrechtsfähigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nur zuerkannt werden, wenn das zu Grunde liegende Materiengesetz, hier also das Bgld. Vergabegesetz, einer solchen Arbeitsgemeinschaft selbstständige, von ihren einzelnen Mitgliedern losgelöste materielle Rechte oder Verfahrensrechte einräumen würde. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 9 Z. 7 Bgld. Vergabegesetz, wonach die Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer ist, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsmäßigen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten, muss dies aber verneint werden.

Trotz dieser Rechtslage gelangte der Verwaltungsgerichtshof dennoch nicht zu einer Zurückweisung der Beschwerde, weil - gerade im Hinblick auf die in § 9 Z. 7 leg. cit. enthaltene Begriffsbestimmung - aus der in der Beschwerde gewählten Bezeichnung der beschwerdeführenden Partei gerade noch erkennbar ist, dass als Beschwerdeführer jene natürlichen Personen aufzutreten beabsichtigen, die im Rahmen der Benennung der Arbeitsgemeinschaft immerhin ihrem Familiennamen nach genannt sind.

Gemäß § 23 Abs. 4 des Bgld. Vergabegesetzes, BGBl. Nr. 1/1994, sind in der Ausschreibung die als erforderlich erachteten Nachweise sowie die Kriterien für die Wahl des Angebotes für den Zuschlag einschließlich aller Gesichtspunkte anzugeben, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden.

Gemäß § 41 leg. cit. ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot gemäß den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erteilen (Bestbieterprinzip). Die Gründe für die Vergabeentscheidung sind schriftlich, allenfalls in der Niederschrift gemäß § 38 festzuhalten.

Die Anwendung des Prinzips des niedrigsten Preises ist im Bgld. Vergabegesetz lediglich in seinem den Sektorenbereich regelnden dritten Teil vorgesehen.

Nach dem Abs. 2 des die Auftragsvergabe regelnden § 91 leg. cit. hat der Auftraggeber bei Anwendung des Bestbieterprinzips in den Auftragsunterlagen oder in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, soweit wie möglich in der Reihenfolge ihrer Bedeutung anzugeben.

Gemäß § 97 Abs. 1 leg. cit. ist eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Gesetzes oder der hiezu erlassenen Verordnungen steht und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Nach dem Abs. 4 dieser Gesetzesstelle kommt nach erfolgter Zuschlagserteilung eine Nichtigklärung nicht mehr in Betracht. Es ist jedoch festzustellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung gemäß Abs. 1 vorliegt und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter oder in Fällen des § 91 Abs. 1 Z. 2 dem Billigstbieter erteilt wurde. Auf Antrag des Auftraggebers ist dabei auch auszusprechen, ob einem übergangenen Bewerber oder Bieter auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

Gemäß § 103 Abs. 1 leg. cit. hat bei schuldhafter Verletzung dieses Gesetzes oder der dazu ergangenen Verordnungen durch Organe der Vergabestelle ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der Vergabestelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten. Ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes besteht nicht.

Nach dem Abs. 2 dieser Gesetzesstelle ist eine Schadenersatzklage nur zulässig, wenn der unabhängige Verwaltungssenat gemäß § 97 Abs. 4 zweiter Satz festgestellt hat, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter oder in Fällen des § 91 Abs. 1 Z. 2 dem Billigstbieter erteilt wurde. Kein Anspruch auf Schadenersatz besteht, wenn gemäß § 97 Abs. 4 letzter Satz festgestellt wurde, dass dem übergangenen Bewerber oder Bieter auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

Die Beschwerdeführer verkennen zunächst den normativen Gehalt der Regelung des § 97 Abs. 4 letzter Satz in Verbindung mit § 103 Abs. 2 zweiter Satz des Bgld. Vergabegesetzes, wenn sie meinen, wegen der Schwierigkeiten, aussprechen zu können, dass auch ohne die festgestellten Rechtsverletzungen der Zuschlag nicht erteilt worden wäre,

habe im Land Burgenland ein übergangener Bieter keine realistische Möglichkeit, den entstandenen Schaden geltend zu machen. Denn Voraussetzung für die Geltendmachung eines solchen Schadenersatzes ist nicht, wie die Beschwerdeführer offensichtlich meinen, ein nach § 97 Abs. 4 letzter Satz Bgld. Vergabegesetz ergangener Ausspruch. Wie sich aus § 103 Abs. 2 leg. cit. zweifelsfrei ergibt und zweifellos auch dem Zweck dieser Regelung entspricht, setzt vielmehr die Geltendmachung eines solchen Schadenersatzanspruches das Unterbleiben eines derartigen Ausspruches voraus. Die von den Beschwerdeführern angestrebte "einschränkende" Auslegung des § 97 Abs. 4 leg. cit. würde daher die Rechtsstellung des übergangenen Bieters im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Schadenersatzprozesses nicht, wie die Beschwerdeführer offenbar meinen, stärken, sondern schwächen. Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich daher auch im Lichte der teleologischen Überlegungen des Beschwerdevorbringens nicht veranlasst, der in Rede stehenden Bestimmung den von den Beschwerdeführern gewünschten Sinn beizumessen.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag sich aber auch nicht der Meinung der belangten Behörde anzuschließen, es sei entgegen der ausdrücklichen Anordnung des § 41 Bgld. Vergabegesetz nicht mehr das Bestbieterprinzip, sondern jedenfalls das Billigstbieterprinzip im Rahmen eines Ausspruches nach § 97 Abs. 4 letzter Satz leg. cit. heranzuziehen, wenn von den in der Ausschreibung enthaltenen Zuschlagskriterien einzelne als rechtswidrig erkannt würden. Es kann auch nicht in der von der belangten Behörde gewählten Allgemeinheit gesagt werden, in einer derartigen Situation könne eine gesetzeskonforme Auswahl des Bestbieters nicht mehr erfolgen. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall nach dem Inhalt und der Bedeutung des jeweils als rechtswidrig erkannten Zuschlagskriteriums zu beurteilen, ob mit der für einen Ausspruch nach § 97 Abs. 4 letzter Satz leg. cit. erforderlichen Sicherheit gesagt werden kann, dass der Zuschlag unter Anwendung der verbliebenen Zuschlagskriterien auch dann nicht an den betreffenden übergangenen Bieter erteilt worden wäre, wenn das rechtswidrige Zuschlagskriterium von vornherein in der Ausschreibung nicht enthalten gewesen wären.

Es war daher schon aus diesem Grund verfehlt, wenn die belangte Behörde den im Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides enthaltenen Ausspruch allein darauf stützte, dass die Beschwerdeführer nicht Billigstbieter waren.

Dazu kommt noch, dass sich die belangte Behörde mit den Auswirkungen des von ihr festgestellten, bei Vergabe des Auftrages unterlaufenen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Auftragsvergabe an die Beschwerdeführer nicht auseinander gesetzt und bei der im Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides getroffenen Feststellung darauf in keiner Weise Bedacht genommen hat.

Aus diesen Gründen belastete die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Er war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

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

Wien, am 22. März 2000

Schlagworte

Handlungsfähigkeit Prozeßfähigkeit Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteienrechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren Mangelnde Rechtsverletzung Beschwerdelegitimation verneint keine BESCHWERDELEGITIMATION Parteibegriff - Parteienrechte Allgemein diverse Interessen Rechtspersönlichkeit Verfahrensrecht AVG

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2000:2000040029.X00

Im RIS seit

02.07.2001

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at