

TE Vwgh Erkenntnis 2013/3/6 2010/04/0037

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.03.2013

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
95/05 Normen Zeitzählung;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

BVergG 2006 §320 Abs1;
BVergG 2006 §322 Abs1 Z5;
BVergG 2006 §325 Abs1;
LVergRG Wr 2007 §20 Abs1;
LVergRG Wr 2007 §23 Abs1 Z5;
LVergRG Wr 2007 §26 Abs1;
NormenG 1971 §6 Abs6;
NormenG 1971 §6 Abs7;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwRallg;

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch Schwartz Huber-Medek & Partner Rechtsanwälte og in 1010 Wien, Stubenring 2, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates Wien vom 14. Jänner 2010 in der Fassung des Berichtigungsbescheides vom 24. Juni 2010, Zl. VKS - 8100/09, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Partei:

X GmbH in Y; weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird in den Spruchpunkten 1. und 4. (Nichtigerklärung der Anführung der ÖNORMen B 2110, Ausgabe 1. März 2002, B 2114/1996-09 und B 2063/1996-09 in den Ausschreibungsunterlagen; Verpflichtung zum Ersatz der Pauschalgebühren) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Ein Kostenersatz findet nicht statt.

Begründung

Die Beschwerdeführerin (Auftraggeberin) schrieb im August 2009 die Vergabe eines Rahmenvertrags zur Durchführung von Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten sowie von Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigungsleistungen in städtischen Wohnhausanlagen aller Wiener Bezirke in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich aus.

Dagegen erhob die Mitbeteiligte am 18. September 2009 einen Nachprüfungsantrag an die belangte Behörde und beantragte, die Ausschreibung wegen Rechtswidrigkeit zur Gänze, hilfsweise in näher angeführten Positionen des Leistungsverzeichnisses für nichtig zu erklären.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde diesem Antrag teilweise statt und erklärte unter Spruchpunkt 1. die Anführung der ÖNORMen B 2110, Ausgabe 1. März 2002, B 2114/1996-09, B 2063/1996-09 und B 2111/2000 in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig. Die weitergehenden Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen wies sie hingegen ab (Spruchpunkt 2.) und hob eine im Nachprüfungsverfahren erlassene einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung auf (Spruchpunkt 3.). Mit Spruchpunkt 4. verpflichtete die belangte Behörde die Auftraggeberin, der Mitbeteiligten die von ihr entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen. Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde diesem Antrag teilweise statt und erklärte unter Spruchpunkt 1. die Anführung der ÖNORMen B 2110, Ausgabe 1. März 2002, B 2114/1996-09, B 2063/1996-09 und B 2111 aus 2000, in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig. Die weitergehenden Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlagen wies sie hingegen ab (Spruchpunkt 2.) und hob eine im Nachprüfungsverfahren erlassene einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung auf (Spruchpunkt 3.). Mit Spruchpunkt 4. verpflichtete die belangte Behörde die Auftraggeberin, der Mitbeteiligten die von ihr entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen.

Begründend führte die belangte Behörde (u.a.) aus, die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen erweise sich im Ergebnis nur hinsichtlich eines Punktes als berechtigt. Es sei unstrittig, dass die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen schon vor der Kundmachung des gegenständlichen Vergabevorgangs durch Nachfolgebestimmungen ersetzt worden und daher nicht mehr in Geltung gestanden seien. Deshalb handle es sich bei diesen in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen nicht um "geeignete Leitlinien" im Sinne der §§ 97 Abs. 2 bzw. 99 Abs. 2 BVerG 2006, weil darunter nur jene verstanden werden könnten, die dem letztgültigen Stand entsprächen und die auch von allen interessierten Bietern ohne größeren Aufwand beschafft werden können. Gerade bei Ausschreibungen von Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich sei zu berücksichtigen, dass der Interessentenkreis den gesamten EU-Raum umfasse. Tatsächlich sei die Beschaffung nicht mehr geltender ÖNORMen für alle interessierten Bieter, also auch für inländische Bieter etwa im Wege des Internets, wesentlich erschwert; die Bieter seien vielmehr gehalten, sich direkt an das Österreichische Normungsinstitut zu wenden und sich von dort die ÖNORMen in der nicht mehr aktuellen Fassung zu beschaffen. Dass dies mit sowohl organisatorischem als auch zeitlichem Aufwand verbunden sei, liege auf der Hand. Diese Umstände könnten im Ergebnis auch dazu führen, dass

es einem interessierten Bieter nicht mehr möglich sei, innerhalb der Angebotsfrist ein nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen kalkuliertes Angebot zu erstellen. Nach § 97 Abs. 2 BVergG 2006 könne ein Auftraggeber zwar in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Er habe dabei aber die Gründe für die abweichenden Festlegungen festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Eine Begründung, warum die Auftraggeberin ÖNORMen in der gültigen Fassung nicht in ihre Ausschreibungsunterlagen aufgenommen habe, sei den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Ein konkretes Vorbringen dazu sei von der Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren auch nicht erstattet worden. Im Ergebnis erweise sich deshalb die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt als berechtigt. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründe sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007. Da die Mitbeteiligte mit ihrem Antrag teilweise obsiegt habe, lägen die in Abs. 1 leg. cit. angeführten Voraussetzungen für einen Kostenzuspruch vor. Begründend führte die belangte Behörde (u.a.) aus, die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen erweise sich im Ergebnis nur hinsichtlich eines Punktes als berechtigt. Es sei unstrittig, dass die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen schon vor der Kundmachung des gegenständlichen Vergabevorgangs durch Nachfolgeb Bestimmungen ersetzt worden und daher nicht mehr in Geltung gestanden seien. Deshalb handle es sich bei diesen in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen nicht um "geeignete Leitlinien" im Sinne der Paragraphen 97, Absatz 2, bzw. 99 Absatz 2, BVergG 2006, weil darunter nur jene verstanden werden könnten, die dem letztgültigen Stand entsprächen und die auch von allen interessierten Bietern ohne größeren Aufwand beschafft werden können. Gerade bei Ausschreibungen von Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich sei zu berücksichtigen, dass der Interessentenkreis den gesamten EU-Raum umfasse. Tatsächlich sei die Beschaffung nicht mehr geltender ÖNORMen für alle interessierten Bieter, also auch für inländische Bieter etwa im Wege des Internets, wesentlich erschwert; die Bieter seien vielmehr gehalten, sich direkt an das Österreichische Normungsinstitut zu wenden und sich von dort die ÖNORMen in der nicht mehr aktuellen Fassung zu beschaffen. Dass dies mit sowohl organisatorischem als auch zeitlichem Aufwand verbunden sei, liege auf der Hand. Diese Umstände könnten im Ergebnis auch dazu führen, dass es einem interessierten Bieter nicht mehr möglich sei, innerhalb der Angebotsfrist ein nach den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen kalkuliertes Angebot zu erstellen. Nach Paragraph 97, Absatz 2, BVergG 2006 könne ein Auftraggeber zwar in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten von geeigneten Leitlinien abweichende Festlegungen treffen. Er habe dabei aber die Gründe für die abweichenden Festlegungen festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben. Eine Begründung, warum die Auftraggeberin ÖNORMen in der gültigen Fassung nicht in ihre Ausschreibungsunterlagen aufgenommen habe, sei den Vergabeakten nicht zu entnehmen. Ein konkretes Vorbringen dazu sei von der Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren auch nicht erstattet worden. Im Ergebnis erweise sich deshalb die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt als berechtigt. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründe sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007. Da die Mitbeteiligte mit ihrem Antrag teilweise obsiegt habe, lägen die in Absatz eins, leg. cit. angeführten Voraussetzungen für einen Kostenzuspruch vor.

Gegen die Spruchpunkte 1. und 4. des angeführten Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, den angefochtenen Bescheid im Anfechtungsumfang wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes bzw. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor, erstattete eine Gegenschrift und beantragte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die Mitbeteiligte nahm am verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht teil.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerde zieht nicht in Zweifel, dass die strittigen ÖNORMen im Zeitpunkt der Kundmachung der Ausschreibung nicht mehr in Geltung gestanden sind. Sie macht jedoch geltend, zur Verwendung der bereits durch andere ÖNORMen ersetzten Regelungen - aus näher dargestellten Gründen - berechtigt gewesen zu sein. Ob dieses Vorbringen im Lichte der §§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2 BVergG 2006 zutrifft, braucht im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens nicht geklärt zu werden. 1. Die Beschwerde zieht nicht in Zweifel, dass die strittigen ÖNORMen im Zeitpunkt der Kundmachung der Ausschreibung nicht mehr in Geltung gestanden sind. Sie macht jedoch geltend,

zur Verwendung der bereits durch andere ÖNORMen ersetzten Regelungen - aus näher dargestellten Gründen - berechtigt gewesen zu sein. Ob dieses Vorbringen im Lichte der Paragraphen 97, Absatz 2 und 99 Absatz 2, BVergG 2006 zutrifft, braucht im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens nicht geklärt zu werden.

2. Der Beschwerde ist nämlich schon mit ihrem weiteren Vorbringen, es hätte im gegenständlichen Verfahren mangels "individueller Betroffenheit der mitbeteiligten Partei" zu keiner Nichtigerklärung der umstrittenen Festlegungen in der Ausschreibung kommen dürfen, im Ergebnis im Recht:

2.1. In diesem Zusammenhang führt die Beschwerde aus, im Nachprüfungsverfahren gehe es nicht um die Prüfung der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens bzw. der Ausschreibungsunterlagen schlechthin, sondern darum, die subjektiven Rechte der Nachprüfungswerberin gegenüber der Auftraggeberin durchzusetzen. Die Mitbeteiligte habe weder in ihrem Nachprüfungsantrag noch in ihren weiteren Ausführungen auch nur im Ansatz begründen können, dass bzw. inwieweit sie durch die gerügten Rechtswidrigkeiten persönlich in Rechten verletzt worden sei. Vielmehr habe sie sich nur auf ihr vermeintliches Recht, dass das Vergabeverfahren unter Beachtung der Bestimmungen des Vergaberechts durchgeführt werde, berufen. Damit habe sie aber keine Verletzung von subjektiven Rechten behauptet, sondern nur eine (nach Ansicht der Auftraggeberin nur vermeintliche) objektive Rechtswidrigkeit der Ausschreibung gerügt. Abgesehen davon, dass die Mitbeteiligte gar nicht in der Lage gewesen sei, eine subjektive Betroffenheit darzulegen, zeige eine - näher ausgeführte - Überprüfung der Ausschreibungsfestlegungen, dass die Mitbeteiligte nach Rechtsansicht der Auftraggeberin nicht einmal theoretisch in subjektiven Rechten verletzt sein konnte. Der angefochtene Bescheid treffe zur Frage der individuellen Betroffenheit der Mitbeteiligten durch die monierten "alten" ÖNORMen keine näheren Aussagen und sei daher mit Rechtswidrigkeit belastet. Aber auch die allgemeinen Überlegungen der belangten Behörde zu möglichen Nachteilen durch die Verwendung nicht mehr gültiger ÖNORMen für die Bieter seien unrichtig und widersprüchlich: Wenn die belangte Behörde darauf hinweise, dass die Beschaffung von nicht mehr geltenden ÖNORMen im Wege des Internets wesentlich erschwert sei und die Bieter deshalb gehalten seien, sich direkt an das Österreichische Normungsinstitut zu wenden, um sich ÖNORMen in der nicht mehr aktuellen Fassung zu beschaffen, übersehe sie, dass ÖNORMen insgesamt - und zwar gleichgültig in welcher Fassung - nicht allgemein zugänglich publiziert würden. Sie müssten immer und kostenpflichtig vom österreichischen Normungsinstitut bezogen werden. ÖNORMen seien somit ausnahmslos immer nur kostenpflichtig erhältlich, könnten aber über den Online-Shop des Österreichischen Normungsinstituts bezogen werden. In der Begründung der belangten Behörde würden auch Bedenken mitschwingen, dass bei unionsweiten Ausschreibungen Bieter aus dem EU-Ausland gegenüber österreichischen Bietern benachteiligt sein könnten. Es müsse darauf hingewiesen werden, dass die Mitbeteiligte ganz unstrittig kein Unternehmen aus dem EU-Ausland, sondern ein Wiener Unternehmen sei. Schon aus diesem Grund käme die von der belangten Behörde angenommene Diskriminierung für die Mitbeteiligte gar nicht in Betracht. Im Übrigen gelte - und zwar kraft gesetzlicher Anordnung - die eingeschränkte Bezugsmöglichkeit von ÖNORMen ausschließlich beim Österreichischen Normungsinstitut unterschiedslos und uneingeschränkt für alle Bieter, also sowohl für Österreichische Unternehmer als auch für Unternehmer aus dem Ausland.

2.2. Dem hält die belangte Behörde in der Gegenschrift entgegen, die umfangreichen, in die Tiefe gehenden Ausführungen der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Beschwerde hätten zweckmäßiger Weise bereits im Nachprüfungsverfahren erstattet werden sollen. Da dies nicht geschehen sei, habe sich die belangte Behörde auch nicht veranlasst gesehen, dieses Problem eingehender, als dies in der Begründung des Bescheides geschehen sei, zu behandeln. Jedenfalls vertrete die belangte Behörde weiterhin die Ansicht, dass dann, wenn von einem Auftraggeber entsprechende ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen seinen Ausschreibungsbedingungen zu Grunde gelegt würden, es sich jeweils um Normen in der letztgültigen Fassung handeln müsse. Die belangte Behörde halte die Beschwerde somit grundsätzlich nicht für berechtigt. Lediglich zur Anführung der ÖNORM B 2111 habe die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde vorgebracht, dass einzelne Bestimmungen dieser Norm für die Mitbeteiligte günstiger wären als die im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung geltenden Normen. Diesem Umstand habe die belangte Behörde insoweit Rechnung getragen, als sie in der Begründung ihrer Entscheidung ausgeführt habe, dass der Nachprüfungsantrag in diesem Punkt nicht berechtigt sei. Wenn dennoch im Spruch des angefochtenen Bescheides die Anführung der ÖNORM B 2111 in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt worden sei, handle es sich um ein offenes Versehen der belangten Behörde, das aus Anlass der Beschwerde im Sinne des § 62 Abs. 4 AVG einer Berichtigung zugeführt worden sei.

Diesbezüglich verwies die belangte Behörde auf ihren der Gegenschrift angeschlossenen Bescheid vom 24. Juni 2010, mit dem Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides dahingehend berichtigt worden sei, dass die dortige Anführung der "ÖNORM B 2111/2000" zu entfallen habe. Zusammenfassend hielt die belangte Behörde schließlich in ihrer Gegenschrift fest, es sei ihr mangels eines entsprechenden Vorbringens nicht möglich gewesen zu prüfen, ob durch die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen eine Verletzung der Mitbeteiligten in ihren persönlichen Rechten gegeben sein konnte. Die subjektive Beeinträchtigung durch die angefochtene Ausschreibung habe die Mitbeteiligte nach Auffassung der belangten Behörde unter Punkt 4. ihres einleitenden Schriftsatzes ausreichend dargelegt. 2.2. Dem hält die belangte Behörde in der Gegenschrift entgegen, die umfangreichen, in die Tiefe gehenden Ausführungen der Beschwerdeführerin in der vorliegenden Beschwerde hätten zweckmäßiger Weise bereits im Nachprüfungsverfahren erstattet werden sollen. Da dies nicht geschehen sei, habe sich die belangte Behörde auch nicht veranlasst gesehen, dieses Problem eingehender, als dies in der Begründung des Bescheides geschehen sei, zu behandeln. Jedenfalls vertrete die belangte Behörde weiterhin die Ansicht, dass dann, wenn von einem Auftraggeber entsprechende ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen seinen Ausschreibungsbedingungen zu Grunde gelegt würden, es sich jeweils um Normen in der letztgültigen Fassung handeln müsse. Die belangte Behörde halte die Beschwerde somit grundsätzlich nicht für berechtigt. Lediglich zur Anführung der ÖNORM B 2111 habe die Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde vorgebracht, dass einzelne Bestimmungen dieser Norm für die Mitbeteiligte günstiger wären als die im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung geltenden Normen. Diesem Umstand habe die belangte Behörde insoweit Rechnung getragen, als sie in der Begründung ihrer Entscheidung ausgeführt habe, dass der Nachprüfungsantrag in diesem Punkt nicht berechtigt sei. Wenn dennoch im Spruch des angefochtenen Bescheides die Anführung der ÖNORM B 2111 in den Ausschreibungsunterlagen für nichtig erklärt worden sei, handle es sich um ein offenkundiges Versehen der belangten Behörde, das aus Anlass der Beschwerde im Sinne des Paragraph 62, Absatz 4, AVG einer Berichtigung zugeführt worden sei. Diesbezüglich verwies die belangte Behörde auf ihren der Gegenschrift angeschlossenen Bescheid vom 24. Juni 2010, mit dem Spruchpunkt 1. des angefochtenen Bescheides dahingehend berichtigt worden sei, dass die dortige Anführung der "ÖNORM B 2111/2000" zu entfallen habe. Zusammenfassend hielt die belangte Behörde schließlich in ihrer Gegenschrift fest, es sei ihr mangels eines entsprechenden Vorbringens nicht möglich gewesen zu prüfen, ob durch die in den Ausschreibungsunterlagen angeführten ÖNORMen eine Verletzung der Mitbeteiligten in ihren persönlichen Rechten gegeben sein konnte. Die subjektive Beeinträchtigung durch die angefochtene Ausschreibung habe die Mitbeteiligte nach Auffassung der belangten Behörde unter Punkt 4. ihres einleitenden Schriftsatzes ausreichend dargelegt.

2.3. Unter Punkt 4. des Nachprüfungsantrages der Mitbeteiligten hatte diese im Wesentlichen ausgeführt, aufgrund der rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen gezwungen gewesen zu sein, am Vergabeverfahren "überhaupt nicht teilzunehmen oder sich an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren zu beteiligen". Bei einer nicht rechtswidrigen Ausschreibung wäre die Mitbeteiligte "aufgrund ihrer Berechtigung und Befähigung jedenfalls durchaus und mit einer realistischen Chance ausgestattet" gewesen, "ein Angebot zu legen und auch einen Auftrag zu erhalten".

Überdies führte die Mitbeteiligte in ihrem Nachprüfungsantrag aus, die Ausschreibungsbedingungen seien - entgegen der Verpflichtung der Auftraggeberin - rechtswidrig gestaltet gewesen. Damit seien "die Bedingungen des § 20 Abs 1 WVRG erfüllt". Die Mitbeteiligte habe ein Recht, dass das Vergabeverfahren unter Beachtung der Bestimmungen des Vergaberechts erfolge. Durch die Rechtswidrigkeit der Ausformulierung der Ausschreibungsunterlagen werde dieses Recht verletzt. Überdies führte die Mitbeteiligte in ihrem Nachprüfungsantrag aus, die Ausschreibungsbedingungen seien - entgegen der Verpflichtung der Auftraggeberin - rechtswidrig gestaltet gewesen. Damit seien "die Bedingungen des Paragraph 20, Absatz eins, WVRG erfüllt". Die Mitbeteiligte habe ein Recht, dass das Vergabeverfahren unter Beachtung der Bestimmungen des Vergaberechts erfolge. Durch die Rechtswidrigkeit der Ausformulierung der Ausschreibungsunterlagen werde dieses Recht verletzt.

3. Gemäß § 20 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007, LGBl. Nr. 65/2006 in der hier maßgeblichen Fassung LGBl. Nr. 18/2009 (WVRG 2007), kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z. 16 lit. a des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17) des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. 3.

Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007, Landesgesetzblatt Nr. 65 aus 2006, in der hier maßgeblichen Fassung Landesgesetzblatt Nr. 18 aus 2009, (WVRG 2007), kann ein Unternehmer oder eine Unternehmerin, der oder die ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, des Bundesvergabegesetzes 2006, Bundesgesetzblatt , I Nr. 17) des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

In seinem Antrag an die Nachprüfungsbehörde hat der Antragsteller u.a. das Recht bestimmt zu bezeichnen, in dem sich der Antragsteller oder die Antragstellerin als verletzt erachtet (§ 23 Abs. 1 Z. 5 WVRG 2007). In seinem Antrag an die Nachprüfungsbehörde hat der Antragsteller u.a. das Recht bestimmt zu bezeichnen, in dem sich der Antragsteller oder die Antragstellerin als verletzt erachtet (Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5, WVRG 2007).

Der Vergabekontrollsenat hat gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2007 eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers oder einer Auftraggeberin mit Bescheid als nichtig zu erklären, wenn die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller oder die Antragstellerin in dem geltend gemachten Recht verletzt und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach Abs. 2 leg. cit. kommt als Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Der Vergabekontrollsenat hat gemäß Paragraph 26, Absatz eins, WVRG 2007 eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers oder einer Auftraggeberin mit Bescheid als nichtig zu erklären, wenn die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller oder die Antragstellerin in dem geltend gemachten Recht verletzt und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Nach Absatz 2, leg. cit. kommt als Nichtigkeitserklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

4. Die Beschwerde verweist zutreffend darauf, dass es im Nachprüfungsverfahren nach den obgenannten Vorschriften, die den im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmungen der §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 Z. 5 und 325 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 nachgebildet sind, nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Nachprüfungswerberin gegenüber der Auftraggeberin geht und nicht aus Anlass eines Nachprüfungsantrages die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen ist (vgl. Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar² (2012), § 312 Rz. 100ff, mwN). Antragslegitimiert ist nur ein Antragsteller, dem durch die behauptete Rechtswidrigkeit - wie sich aus § 20 Abs. 1 WVRG 2007 ergibt - ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung kommt im Folgenden gemäß § 26 WVRG 2007 nur insoweit in Betracht, als der Nachprüfungswerber durch die angefochtene Entscheidung in dem geltend gemachten Recht verletzt worden und dies für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. 4. Die Beschwerde verweist zutreffend darauf, dass es im Nachprüfungsverfahren nach den obgenannten Vorschriften, die den im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmungen der Paragraphen 320, Absatz eins, 322, Absatz eins, Ziffer 5 und 325 Absatz eins und 2 BVergG 2006 nachgebildet sind, nur um die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Nachprüfungswerberin gegenüber der Auftraggeberin geht und nicht aus Anlass eines Nachprüfungsantrages die objektive Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schlechthin zu prüfen ist vergleiche , Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar² (2012), Paragraph 312, Rz. 100ff, mwN). Antragslegitimiert ist nur ein Antragsteller, dem durch die behauptete Rechtswidrigkeit - wie sich aus Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 ergibt - ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung kommt im Folgenden gemäß Paragraph 26, WVRG 2007 nur insoweit in Betracht, als der Nachprüfungswerber durch die angefochtene Entscheidung in dem geltend gemachten Recht verletzt worden und dies für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

5. Es kann im gegenständlichen Fall dahingestellt bleiben, ob die Mitbeteiligte mit ihrem Vorbringen überhaupt hinreichend dargelegt hat, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu

entstehen droht und sie deshalb zur Geltendmachung des strittigen Vergaberechtsverstoßes iSd § 20 Abs. 1 WVRG 2007 aktivlegitimiert war (vgl. zu den Anforderungen betreffend die Aktivlegitimation das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128, mwN). 5. Es kann im gegenständlichen Fall dahingestellt bleiben, ob die Mitbeteiligte mit ihrem Vorbringen überhaupt hinreichend dargelegt hat, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht und sie deshalb zur Geltendmachung des strittigen Vergaberechtsverstoßes iSd Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 aktivlegitimiert war vergleiche , zu den Anforderungen betreffend die Aktivlegitimation das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128, mwN).

6. In jedem Fall setzte die Nichtigserklärung der strittigen Festlegungen in der Ausschreibung nämlich voraus, dass ein allfälliger - hier nicht näher zu untersuchender - Verstoß der Auftraggeberin gegen die §§ 97 Abs. 2 bzw. 99 Abs. 2 BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nur Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, eine Nichtigserklärung einer Entscheidung des Auftraggebers rechtfertigen (vgl. in diesem Sinne auch die Regierungsvorlage zum BVergG 2006, 1171 BlgNR 22. GP, S. 141). Es muss zumindest die Möglichkeit bestehen, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist (vgl. dazu H. Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar (2009), § 325 Rz. 12). 6. In jedem Fall setzte die Nichtigserklärung der strittigen Festlegungen in der Ausschreibung nämlich voraus, dass ein allfälliger - hier nicht näher zu untersuchender - Verstoß der Auftraggeberin gegen die Paragraphen 97, Absatz 2, bzw. 99 Absatz 2, BVergG 2006 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass nur Rechtsverstöße, die ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken können, eine Nichtigserklärung einer Entscheidung des Auftraggebers rechtfertigen vergleiche , in diesem Sinne auch die Regierungsvorlage zum BVergG 2006, 1171 BlgNR 22. GP, S. 141). Es muss zumindest die Möglichkeit bestehen, dass bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist vergleiche , dazu H. Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar (2009), Paragraph 325, Rz. 12).

Die belangte Behörde erblickte den wesentlichen Einfluss der Verwendung nicht mehr in Geltung stehender ÖNORMen für das Ergebnis des Vergabeverfahrens nach der Begründung des angefochtenen Bescheides nur darin, dass deren Beschaffung (im Vergleich zu aktuellen ÖNORMen) wesentlich erschwert sei, weil sie nicht im Wege des Internets, sondern nur direkt beim Österreichischen Normungsinstitut erhältlich seien. Dem hält die Beschwerde zutreffend entgegen, dass hinsichtlich der Zugänglichkeit von ÖNORMen - unabhängig davon, ob sie in Geltung stehen oder nicht - nach den einschlägigen Vorschriften (vgl. die §§ 6 Abs. 6 und 7 Normengesetz 1971) keine Unterschiede auszumachen sind. Die belangte Behörde erblickte den wesentlichen Einfluss der Verwendung nicht mehr in Geltung stehender ÖNORMen für das Ergebnis des Vergabeverfahrens nach der Begründung des angefochtenen Bescheides nur darin, dass deren Beschaffung (im Vergleich zu aktuellen ÖNORMen) wesentlich erschwert sei, weil sie nicht im Wege des Internets, sondern nur direkt beim Österreichischen Normungsinstitut erhältlich seien. Dem hält die Beschwerde zutreffend entgegen, dass hinsichtlich der Zugänglichkeit von ÖNORMen - unabhängig davon, ob sie in Geltung stehen oder nicht - nach den einschlägigen Vorschriften vergleiche , die Paragraphen 6, Absatz 6 und 7 Normengesetz 1971) keine Unterschiede auszumachen sind.

Ausgehend davon bieten die Feststellungen und Erwägungen im angefochtenen Bescheid aber keine Grundlage dafür, die Voraussetzungen für die Nichtigserklärung der strittigen Ausschreibungsbedingungen infolge eines wesentlichen Einflusses auf den Ausgang des Vergabeverfahrens anzunehmen.

Derartige lässt sich - entgegen den Ausführungen der belangten Behörde in der Gegensehrift - auch nicht aus dem allgemein gehaltenen, die strittige Frage nicht näher behandelnden Vorbringen der Mitbeteiligten unter Punkt 4. ihres Nachprüfungsantrages ableiten.

7. Da die belangte Behörde die Voraussetzungen für die Nichtigserklärung der strittigen Festlegungen in der Ausschreibung entgegen dem bisher Gesagten für gegeben ansah, hat sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet. Er war daher schon deshalb im Umfang seiner Anfechtung gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben. 7. Da die belangte Behörde die Voraussetzungen für die Nichtigserklärung der strittigen Festlegungen in der Ausschreibung entgegen dem bisher Gesagten für gegeben ansah, hat sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet. Er war daher schon deshalb im Umfang seiner Anfechtung gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.

8. Ein Kostenzuspruch an die Beschwerdeführerin kommt wegen Identität des Rechtsträgers, dem der Kostenersatz aufzuerlegen wäre, mit jenem Rechtsträger, dem er zuzusprechen wäre, nicht in Betracht (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128). 8. Ein Kostenzuspruch an die Beschwerdeführerin kommt wegen Identität des Rechtsträgers, dem der Kostenersatz aufzuerlegen wäre, mit jenem Rechtsträger, dem er zuzusprechen wäre, nicht in Betracht vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128).

Wien, am 6. März 2013

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2010040037.X00

Im RIS seit

15.04.2013

Zuletzt aktualisiert am

13.05.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at