

TE Vwgh Erkenntnis 2009/3/18 2007/04/0095

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.03.2009

Index

E6j;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

62001CJ0249 Hackermüller VORAB;

BVergG 2006 §320 Abs1 Z2;

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

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsidenten Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) in Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27. März 2007, Zl. N/0011-BVA/03/2007-24, betreffend Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Bietergemeinschaft bestehend aus 1. I, 2. IM), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsidenten Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) in Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 27. März 2007, Zl. N/0011-BVA/03/2007-24, betreffend Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Bietergemeinschaft bestehend aus 1. römisch eins, 2. IM), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 27. März 2007 hat die belangte Behörde über Antrag der mitbeteiligten Partei die Entscheidung der Beschwerdeführerin vom 31. Jänner 2007 als Auftraggeberin im Vergabeverfahren betreffend die Planung eines

Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen Einreichprojekt und Bauprojekt (nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich betreffend Dienstleistungskategorie 12) den Zuschlag der Bietergemeinschaft S-O-D erteilen zu wollen, für nichtig erklärt (Spruchpunkt I.) und die Beschwerdeführerin zum Ersatz der von der Mitbeteiligten entrichteten Pauschalgebühren verpflichtet (Spruchpunkt II.). Mit Bescheid vom 27. März 2007 hat die belangte Behörde über Antrag der mitbeteiligten Partei die Entscheidung der Beschwerdeführerin vom 31. Jänner 2007 als Auftraggeberin im Vergabeverfahren betreffend die Planung eines Tunnels in geschlossener und offener Bauweise mit optimiertem Vortriebsverfahren für die Phasen Einreichprojekt und Bauprojekt (nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich betreffend Dienstleistungskategorie 12) den Zuschlag der Bietergemeinschaft S-O-D erteilen zu wollen, für nichtig erklärt (Spruchpunkt römisch eins.) und die Beschwerdeführerin zum Ersatz der von der Mitbeteiligten entrichteten Pauschalgebühren verpflichtet (Spruchpunkt römisch zwei.).

Zur Begründung führte die belangte Behörde aus, die mitbeteiligte Partei habe ihren Nachprüfungsantrag damit begründet, dass die Referenzen zum zweiten und dritten Zuschlagskriterium von der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin unrichtig bewertet worden seien.

Die Beschwerdeführerin habe dazu vorgebracht, dass ein in Deutschland ansässiges Mitglied der mitbeteiligten Bietergemeinschaft die nach der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung für den Nachweis der Befugnis erforderliche Dienstleistungsanzeige bis zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung (24. Oktober 2005) nicht erbracht habe. Auf diese Verordnung sei in der Vergabebekanntmachung ausdrücklich hingewiesen worden. Das Angebot der Mitbeteiligten sei daher mit einem unbehebbarer Mangel behaftet, der sich ohne Heranziehung eines Sachverständigen aus den Vergabeakten ergebe. Aus diesem Grund sei der Nachprüfungsantrag der Mitbeteiligten unzulässig.

Dazu habe die Mitbeteiligte vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin in der jährlichen Vorinformation gemäß § 38 Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99 (BVerG 2002) entgegen dem Abs. 2 dieser Bestimmung auf das allfällige Erfordernis einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung nicht hingewiesen habe. In den Ausschreibungsbedingungen sei - bestandfest - festgelegt, dass als Nachweis der Befugnis eine "Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmens oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung" genüge. Diese Nachweise seien von dem in Deutschland ansässigen Mitglied der mitbeteiligten Partei erbracht worden. Im Übrigen handle es sich beim Fehlen einer Dienstleistungsanzeige um einen behebbaren Mangel. Dazu habe die Mitbeteiligte vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin in der jährlichen Vorinformation gemäß Paragraph 38, Bundesvergabegesetz 2002, Bundesgesetzblatt, römisch eins Nr. 99 (BVerG 2002) entgegen dem Absatz 2, dieser Bestimmung auf das allfällige Erfordernis einer Bestätigung gemäß Paragraph eins, Absatz 4, EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung nicht hingewiesen habe. In den Ausschreibungsbedingungen sei - bestandfest - festgelegt, dass als Nachweis der Befugnis eine "Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmens oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung" genüge. Diese Nachweise seien von dem in Deutschland ansässigen Mitglied der mitbeteiligten Partei erbracht worden. Im Übrigen handle es sich beim Fehlen einer Dienstleistungsanzeige um einen behebbaren Mangel.

In der mündlichen Verhandlung vom 8. März 2007 habe die Mitbeteiligte über entsprechende Frage zugestanden, den Antrag gemäß § 1 Abs. 4 EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung bei der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten erst am 28. Februar 2007 eingebracht zu haben. In der mündlichen Verhandlung vom 8. März 2007 habe die Mitbeteiligte über entsprechende Frage zugestanden, den Antrag gemäß Paragraph eins, Absatz 4, EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung bei der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten erst am 28. Februar 2007 eingebracht zu haben.

Die belangte Behörde ging von folgenden - für das verwaltungsgerichtliche Verfahren wesentlichen - Feststellungen aus:

Die Mitbeteiligte habe im Vergabeverfahren rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt. Nach Öffnung der Teilnahmeanträge am 24. Oktober 2005 sei sie neben vier weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in der zweiten Stufe eingeladen worden. Am 12. Mai 2006 seien die Angebote geöffnet worden. Nach dem Vergabebericht vom 24. Jänner 2007 sei die Mitbeteiligte mit 90,05 Punkten an zweiter Stelle gereiht worden. Dieses Angebot sei von der Beschwerdeführerin nicht gemäß § 98 Z. 12 BVerG 2002 mangels Bestätigung nach der EWR-

Ingenieurkonsulentenverordnung ausgeschieden worden. Am 31. Jänner 2007 sei den Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft S-O-D bekannt gegeben worden. Die Mitbeteiligte habe im Vergabeverfahren rechtzeitig einen Teilnahmeantrag gestellt. Nach Öffnung der Teilnahmeanträge am 24. Oktober 2005 sei sie neben vier weiteren Bewerbern zur Angebotsabgabe in der zweiten Stufe eingeladen worden. Am 12. Mai 2006 seien die Angebote geöffnet worden. Nach dem Vergabebericht vom 24. Jänner 2007 sei die Mitbeteiligte mit 90,05 Punkten an zweiter Stelle gereiht worden. Dieses Angebot sei von der Beschwerdeführerin nicht gemäß Paragraph 98, Ziffer 12, BVergG 2002 mangels Bestätigung nach der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung ausgeschieden worden. Am 31. Jänner 2007 sei den Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft S-O-D bekannt gegeben worden.

In Punkt III.3.1) der Vergabebekanntmachung, abgesendet am 14. September 2005 zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, sei zur Frage, ob die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten sei, angeführt: In Punkt römisch drei.3.1) der Vergabebekanntmachung, abgesendet am 14. September 2005 zur Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, sei zur Frage, ob die Dienstleistungserbringung einem besonderen Berufsstand vorbehalten sei, angeführt:

"Ziviltechnikergesetz 1993 - ZPG; EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung BGBl. Nr. 695/1995".

Im Teil 3 der Ausschreibungsbestimmungen sei auf Seite 3 Folgendes festgelegt:

"Nachweis der Befugnis (§ 52 BVergG 2002)" Nachweis der Befugnis (Paragraph 52, BVergG 2002)

Abschrift des Berufs- oder Handelsregisters des Herkunftslandes des Unternehmers oder die dort vorgesehene Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung".

Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17, das gegenständliche Vergabeverfahren bereits anhängig gewesen sei. Gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 iVm § 16 Abs. 3 BVergG 2002 seien daher der erste Teil des BVergG 2002 und die in § 16 Abs. 3 genannten Bestimmungen dieses Gesetzes sowie der 4., 5. und 6. Teil des BVergG 2006 anzuwenden. Zur rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt, römisch eins Nr. 17, das gegenständliche Vergabeverfahren bereits anhängig gewesen sei. Gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 in Verbindung mit Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2002 seien daher der erste Teil des BVergG 2002 und die in Paragraph 16, Absatz 3, genannten Bestimmungen dieses Gesetzes sowie der 4., 5. und 6. Teil des BVergG 2006 anzuwenden.

Die in § 1 Abs. 4 der EWG-Ingenieurkonsulentenverordnung, auf die bereits in der Bekanntmachung hingewiesen worden sei, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit geforderte Dienstleistungsanzeige sei von dem in Deutschland ansässigen Mitglied der mitbeteiligten Partei bei Ablauf der Angebotsfrist unstrittig nicht erbracht worden. Die in Paragraph eins, Absatz 4, der EWG-Ingenieurkonsulentenverordnung, auf die bereits in der Bekanntmachung hingewiesen worden sei, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit geforderte Dienstleistungsanzeige sei von dem in Deutschland ansässigen Mitglied der mitbeteiligten Partei bei Ablauf der Angebotsfrist unstrittig nicht erbracht worden.

Zur Feststellung, ob die für die Beurteilung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit relevanten Voraussetzungen vorliegen, sei jedoch nur der Auftraggeber berufen. Dem Bundesvergabeamt komme insofern keine Zuständigkeit zu. Aus keiner gesetzlichen Bestimmung lasse sich ableiten, dass das Bundesvergabeamt eine nicht vollständig abgeschlossene oder fehlerhaft durchgeführte Angebotsprüfung abschließen oder durchführen dürfe. Es sei vielmehr nur zur Nachprüfung von Auftraggeberentscheidungen berufen. Eine derartige Nachprüfung setze voraus, dass zuvor geprüft worden sei. Da im vorliegenden Fall der Ausschlussgrund der mangelnden Dienstleistungsanzeige von der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin nicht aufgegriffen worden sei, sei es auch der Vergabekontrollbehörde verwehrt, diesen Ausschlussgrund aufzugreifen. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass der Auftraggeber Angebote gar nicht oder nur sehr eingeschränkt prüfen müsse, weil im Streitfall ohnehin eine ordnungsgemäße Prüfung durch die Vergabekontrollbehörde vorgenommen werden müsse.

Zur weiteren Begründung findet sich im angefochtenen Bescheid folgender Satz:

"Kommt nun der Auftraggeber, wie im gegenständlichen Fall, nach einer unvollständig bzw. fehlerhaft durchgeführten

Angebotsprüfung - was vom Auftraggeber in der zur gleichen gesondert anfechtbaren Entscheidung eines weiteren Unternehmers durchgeführten mündlichen Verhandlung am 14.3.2007 auch nachweislich vorgebracht hat (N/0013-BVA/0372007-24 und -25) - erst aufgrund einer im Zuge des Nachprüfungsverfahrens im Sinne der Bestimmungen des BVergG durchgeführten Prüfung der Angebote zu dem Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden wäre und es dieser daher an der Antragslegitimation mangle, wäre dies ohne entsprechende Ausscheidensentscheidung durch den Auftraggeber im Falle einer Anfechtung vom Bundesvergabeamt zu prüfen und mittels Bescheid darüber abzusprechen, sodass damit allenfalls nicht nur die Unzulässigkeit einer Verkürzung des dem BVergG immanenten Rechtsschutzes gegen Auftraggeberentscheidungen verbunden ist, sondern auch die Tatsache, dass das Bundesvergabeamt im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens eine vom Auftraggeber entgegen den Bestimmungen des BVergG nicht vollständig und ordnungsgemäß durchgeführte Angebotsprüfung vorzunehmen hat, obwohl es sich bei dieser Handlung um Akte des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren handelt, für deren Setzung der Vergabekontrollbehörde im Nachprüfungsverfahren keine Zuständigkeit zukommt (VwGH 7.11.2005, Zl. 2005/04/0061-8)."

Die Beschwerdeführerin als Auftraggeberin habe sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob vom in Deutschland ansässigen Teil der antragstellenden mitbeteiligten Partei die Dienstleistungsanzeige im Sinn der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung in Verbindung mit § 30 Abs. 4 BVergG 2002 eingebracht worden sei. Da die Zuschlagsentscheidung eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung bedinge, was jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht geschehen sei, sehe die belangte Behörde "keine Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, sodass spruchgemäß zu entscheiden war". Die Beschwerdeführerin als Auftraggeberin habe sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob vom in Deutschland ansässigen Teil der antragstellenden mitbeteiligten Partei die Dienstleistungsanzeige im Sinn der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 4, BVergG 2002 eingebracht worden sei. Da die Zuschlagsentscheidung eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung bedinge, was jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht geschehen sei, sehe die belangte Behörde "keine Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, sodass spruchgemäß zu entscheiden war".

Da dem Nachprüfungsantrag stattgegeben worden sei, sei die Beschwerdeführerin auch zum Ersatz der Pauschalgebühren zu verpflichten gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, sah jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift ab.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Da das gegenständliche Vergabeverfahren im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 mit 1. Februar 2006 bereits eingeleitet war, gelten gemäß § 345 Abs. 2 dieses Gesetzes dessen erster bis dritter Teil nicht. Daher sind vorliegend die materiellen Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden. Da es sich bei der ausgeschriebenen Leistung unstrittig um eine prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12 des Anhangs III zum BVergG 2002 handelt, sind - worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist - Da das gegenständliche Vergabeverfahren im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2006 mit 1. Februar 2006 bereits eingeleitet war, gelten gemäß Paragraph 345, Absatz 2, dieses Gesetzes dessen erster bis dritter Teil nicht. Daher sind vorliegend die materiellen Bestimmungen des BVergG 2002 anzuwenden. Da es sich bei der ausgeschriebenen Leistung unstrittig um eine prioritäre Dienstleistung der Kategorie 12 des Anhangs römisch drei zum BVergG 2002 handelt, sind - worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hinweist -

entgegen der Ansicht der belangten Behörde im hier vorliegenden Oberschwellenbereich nicht nur die in § 16 Abs. 3 BVergG 2002 genannten Bestimmungen dieses Gesetzes anzuwenden. entgegen der Ansicht der belangten Behörde im hier vorliegenden Oberschwellenbereich nicht nur die in Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2002 genannten Bestimmungen dieses Gesetzes anzuwenden.

Die belangte Behörde vertrat im Ergebnis die Ansicht, die Zuschlagsentscheidung zugunsten der von der Beschwerdeführerin an erster Stelle gereihten Bietergemeinschaft S-O-D sei schon deshalb für nichtig zu erklären gewesen, weil die Beschwerdeführerin als Auftraggeberin nicht geprüft habe, ob hinsichtlich der an zweiter Stelle

gereichten mitbeteiligten Bietergemeinschaft (Antragstellerin vor der belangten Behörde) ein Ausscheidensgrund vorliege.

Selbst ausgehend von der Ansicht der belangten Behörde, sie dürfe einen vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund nicht heranziehen, ist diese Auffassung verfehlt. Dürfte die Nachprüfungsbehörde nämlich nicht berücksichtigen, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), so hätte das nur zur Folge, dass sie den Antrag nicht wegen Fehlens eines entstandenen oder drohenden Schadens gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 zurückweisen dürfte. Diesfalls hätte sie - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - inhaltlich über den Antrag zu entscheiden. Die belangte Behörde hat sich jedoch vorliegend mit dem Inhalt des Antrages (unrichtige Bewertung von Referenzen) gar nicht auseinandergesetzt. Selbst ausgehend von der Ansicht der belangten Behörde, sie dürfe einen vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschlussgrund nicht heranziehen, ist diese Auffassung verfehlt. Dürfte die Nachprüfungsbehörde nämlich nicht berücksichtigen, dass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), so hätte das nur zur Folge, dass sie den Antrag nicht wegen Fehlens eines entstandenen oder drohenden Schadens gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zurückweisen dürfte. Diesfalls hätte sie - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - inhaltlich über den Antrag zu entscheiden. Die belangte Behörde hat sich jedoch vorliegend mit dem Inhalt des Antrages (unrichtige Bewertung von Referenzen) gar nicht auseinandergesetzt.

Schon deshalb belastete sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

Für das fortgesetzte Verfahren sei Folgendes festgehalten:

Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich nicht veranlasst, von seiner ständigen Judikatur abzugehen, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt - und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß § 320 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre (vgl. zum BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 28. Mai 2008, Zlen. 2007/04/0232 und 0233, mwN). Der Umstand, dass der Vergabekontrollbehörde - wie der Verwaltungsgerichtshof im von der belangten Behörde zitierten Beschluss vom 7. November 2005, Zl. 2005/04/0061, ausgesprochen hat - keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass die Behörde die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat. Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich nicht veranlasst, von seiner ständigen Judikatur abzugehen, wonach die Nachprüfungsbehörde befugt - und gerade bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei auch verpflichtet - ist, bei der Überprüfung, ob dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht und sein Antrag daher gemäß Paragraph 320, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zulässig ist, auch zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre vergleiche zum BVergG 2006 das hg. Erkenntnis vom 28. Mai 2008, Zlen. 2007/04/0232 und 0233, mwN). Der Umstand, dass der Vergabekontrollbehörde - wie der Verwaltungsgerichtshof im von der belangten Behörde zitierten Beschluss vom 7. November 2005, Zl. 2005/04/0061, ausgesprochen hat - keine Zuständigkeit zukommt, Angebote auszuschneiden, ändert nichts daran, dass die Behörde die Zulässigkeit von Anträgen zu prüfen hat.

Soweit die belangte Behörde darin eine "Verkürzung des ... Rechtsschutzes" erblickt, ist sie darauf zu verweisen, dass dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren vor dem Verneinen seiner Antragslegitimation Gelegenheit geboten werden muss, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde als Grund für die Zurückweisung des Antrages herangezogenen Ausschlussgrundes anzuzweifeln (vgl. etwa das Erkenntnis vom 1. Oktober 2008, Zl. 2005/04/0233, und den dortigen Verweis auf die Judikatur des EuGH). Soweit die belangte Behörde darin eine "Verkürzung des ... Rechtsschutzes" erblickt, ist sie darauf zu verweisen, dass dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren vor dem Verneinen seiner Antragslegitimation Gelegenheit geboten werden muss, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde als Grund für die Zurückweisung des Antrages herangezogenen Ausschlussgrundes anzuzweifeln vergleiche etwa das Erkenntnis vom 1. Oktober 2008, Zl. 2005/04/0233, und den dortigen Verweis auf die Judikatur des EuGH).

Von der Nachprüfungsbehörde kann jedoch nicht verlangt werden, fiktiv zu prüfen, wie sich der Antragsteller als Bieter im Vergabeverfahren verhalten hätte. Ist daher das Angebot des Antragstellers mit einem behebbaren Mangel behaftet, so hat die Nachprüfungsbehörde (die selber insoweit keinen Mängelbehebungsauftrag erteilen kann) nicht zu beurteilen, ob ein solcher Auftrag rechtzeitig erfüllt worden wäre. Der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein

mangelhaftes Angebot gelegt hat, kann daher nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Die Verpflichtung der Behörde, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschließungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, mit Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319, und die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausschließungsgründe aufzugreifen, die für sie nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Im Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0199, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde ist, bei der Prüfung der Antragslegitimation die - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre. Von der Nachprüfungsbehörde kann jedoch nicht verlangt werden, fiktiv zu prüfen, wie sich der Antragsteller als Bieter im Vergabeverfahren verhalten hätte. Ist daher das Angebot des Antragstellers mit einem behebbaren Mangel behaftet, so hat die Nachprüfungsbehörde (die selber insoweit keinen Mängelbehebungsauftrag erteilen kann) nicht zu beurteilen, ob ein solcher Auftrag rechtzeitig erfüllt worden wäre. Der Nachprüfungsantrag eines Bieters, der ein mangelhaftes Angebot gelegt hat, kann daher nur dann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn der Mangel unbehebbar ist oder trotz eines vom Auftraggeber erteilten Verbesserungsauftrages nicht behoben worden ist. Die Verpflichtung der Behörde, bei Prüfung der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages einen von ihr erkannten und vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Ausschließungsgrund heranzuziehen, dient der Sicherung eines wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahrens vergleiche insbesondere das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, mit Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319, und die Ausführungen in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache). Diesem Zweck würde es zuwiderlaufen, wenn die Nachprüfungsbehörde verpflichtet wäre, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausschließungsgründe aufzugreifen, die für sie nicht schon auf Grund der Akten des Vergabeverfahrens ersichtlich sind. Im Erkenntnis vom 1. März 2005, Zl. 2003/04/0199, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass es nicht Aufgabe der Vergabekontrollbehörde ist, bei der Prüfung der Antragslegitimation die - vom Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht bezweifelte - Plausibilität von Bieterangaben zu prüfen, wenn dazu die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich wäre.

Die Vergabekontrollbehörde hat also - auch auf Grund eines entsprechenden Vorbringens des Auftraggebers, der den Antragsteller selbst nicht ausgeschieden hat - Anträge von Bietern (nur dann) als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich aus der der Behörde vorliegenden Aktenlage des Vergabeverfahrens ergibt, dass der Bieter auszuscheiden gewesen wäre.

Auf Grund der dargestellten Verkennung der Rechtslage durch die belangte Behörde war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit eines Inhaltes aufzuheben. Auf Grund der dargestellten Verkennung der Rechtslage durch die belangte Behörde war der angefochtene Bescheid gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit eines Inhaltes aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,.

Wien, am 18. März 2009

Gerichtsentscheidung

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2007040095.X00

Im RIS seit

29.04.2009

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2013

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at