jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vfgh Erkenntnis 2005/6/6 B1376/03

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.06.2005

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
97/01 Öffentliches Auftragswesen

Norm

EMRK Art6 Abs1 / Verfahrensgarantien
AVG §39 Abs2
BundesvergabeG 2002 §163, §166, §173

Leitsatz

Keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch Abweisung eines Antrags auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Zurückweisung eines Antrags auf Nichtigerklärung eines Vergabeverfahrens; keine Gleichwertigkeit der Verständigung des Auftraggebers von der Einbringung des Nachprüfungsantrages durch Boten in diesem Fall mangels Nachweisbarkeit des Zeitpunkts der Übermittlung

Spruch

Die Beschwerdeführer sind durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden.

Die Beschwerde wird abgewiesen und dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung darüber abgetreten, ob die Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid in einem sonstigen Recht verletzt worden sind.

Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Die Beschwerdeführer beteiligten sich an einem Vergabeverfahren des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie betreffend die Erstellung einer "Verkehrsprognose Österreich 2025+". Nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, die das von den Beschwerdeführern abgegebene Projekt nicht berücksichtigte, stellten die Beschwerdeführer am 22. Juli 2003 beim Bundesvergabeamt (im Folgenden kurz: BVA) den - mit dem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbundenen - Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

2. Mit dem angefochtenen Bescheid wies das BVA den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab (Spruchpunkt I.) sowie den Nichtigerklärungsantrag zurück (Spruchpunkt II.). Während sich das BVA hinsichtlich des Entfalles der Verhandlung auf §173 Abs5 BVergG berief, begründete es die Zurückweisung unter Hinweis auf §163 Abs2

BVergG, wonach der Unternehmer spätestens gleichzeitig mit der Einbringung eines Nachprüfungsantrages den Auftraggeber elektronisch oder mittels Telefax von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nachweislich zu verständigen habe, und führte wie folgt aus:

"In einem Schreiben des Rechtsvertreters der Antragstellerin vom 22. Juli 2003 an das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, wird diesem mitgeteilt:

'Gemäß §163 BVergG 2002 informiere ich Sie, dass ich namens meiner Mandantschaft Bietergemeinschaft H/S/S/P/O/R einen Nachprüfungsantrag betreffend die Zuschlagserteilung eingebracht habe. Ich lege Ihnen eine Ablichtung des gleichzeitig beim Bundesvergabeamt eingereichten Antrages bei und können Sie dieser die geltend gemachte Rechtswidrigkeit entnehmen.'

Auf Grund dieser unklaren Darstellung über den Zeitpunkt des Einbringens der Verständigung des Auftraggebers wurde seitens des Bundesvergabeamtes der Antragstellerin der Auftrag erteilt, den genauen Nachweis wann (genaue Uhrzeit) und wie die Verständigung des Auftraggebers erfolgte.

In Beantwortung des Schreibens des Bundesvergabeamtes vom 6. August 2003, teilte die Antragstellerin am 31.8.2003 mit, dass sie sich zur Bescheinigung des Zeitpunktes der Überreichung der Verständigung der Auftraggeberin und beim Bundesvergabeamt auf die Einvernahme ihres Vertreters Dr. P G, ..., berufe.

Zur Form der Verständigung des Auftraggebers wird mitgeteilt, dass dem Auftraggeber der Nachprüfungsauftrag samt Begleitschreiben durch Überreichen in der Einlaufstelle zur Kenntnis gebracht worden sei. Der Bote der Kanzlei des Rechtsvertreters der Antragstellerin hat am Nachmittag des 22.7.2003 zuerst die Verständigung des Auftraggebers durch Überreichen in dessen Einlaufstelle durchgeführt und anschließend den Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ebenfalls in der dortigen Einlaufstelle überreicht. Die genaue Uhrzeit kann zwar nicht angegeben werden, doch steht fest, dass die Verständigung des Auftraggebers vor Überreichen des Nachprüfungsantrages beim Bundesvergabeamt erfolgt ist. Das Überreichen der Schriftstücke erfolgte etwa in der Zeit nach 15.00 Uhr.

In rechtlicher Hinsicht ist hiezu anzumerken:

Während §22 Abs1 BVergG normiert, dass die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträgen, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeder sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Unternehmern, sofern der Auftraggeber, ausnahmsweise nichts anderes festlegt, wahlweise brieflich, per Fax oder elektronisch erfolgen kann, bestimmt §163 Abs2 als die für die Verständigung des Auftraggebers speziellere Norm zwingend, dass der Auftraggeber unverzüglich elektronisch oder mittels Fax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nachweislich zu verständigen ist. Wie Thienel in der RPA 2003, Seite 7ff dazu näher ausführt, hat die Verständigung des Auftraggebers zwingend elektronisch oder mittels Fax zu erfolgen, womit offenbar ein besonders rascher Zugang dieser Information sichergestellt werden soll. Für die Kommunikation derartiger rechtserheblicher Erklärungen zwischen Auftraggebern und Unternehmern gelten an sich, da es sich um eine rechtsgeschäftliche Beziehung handelt - die allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Das BVergG 2002 enthält aber in §22 eine besondere Regelung betreffend die Wege der Informationsübermittlung zwischen Auftraggeber und Unternehmern, die als lex spezialis des allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen vorgeht. §22 Abs5 verpflichtet im Übrigen Auftraggeber und Unternehmer zwingend eine Faxnummer oder eine elektronische Adresse bekannt zu geben. Damit wird ihnen die alternative Möglichkeit gegeben entweder eine Faxnummer oder eine e-mail-Adresse als Kontaktmöglichkeit anzugeben. Ausweislich der Materialien soll aus Gründen der Beschleunigung und Vereinfachung des Vergabeverfahrens eine einzige Faxnummer oder elektronische Adresse genannt werden. Dieser Bestimmung wurde seitens des Auftraggebers auch in der Ausschreibung, die im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 29. Jänner 2003 auf Seite 28 verlautbart wurde, Rechnung getragen. Für den gegebenen Zusammenhang bedeutet das, dass die Übermittlung der Verständigung nach §163 Abs2 an jene Kontaktadresse (Fax oder e-mail) zu erfolgen hat, die der Auftraggeber bekannt gegeben hat:

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass die Verständigung nachweislich erfolgen muss. Darunter ist gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 22.3.1993, 91/10/0094, 'durch Nachweis bestätigt, belegt' zu verstehen, nicht jedoch bloß 'nachweisbar'. Die Verständigung muss daher durch einen Nachweis dokumentiert werden; die Pflicht des Nachweises der gemäß §163 Abs2 BVergG 2002 erfolgten Verständigung trifft daher die Antragstellerin. Wie sich aus der Stellungnahme der Antragstellerin vom 11. August 2003 ergibt, kann seitens der Antragstellerin keine Bestätigung über den Zeitpunkt der Verständigung der Auftraggeberin vorgelegt werden, es kann lediglich über die Einvernahme ihrer

Rechtsvertreterin der Zeitpunkt der \berreichung der Verständigung nachgewiesen werden. Über die Form dieses Nachweises enthält das Gesetz keine Regelung; primär kommen bei Übermittlungen mittels Fax oder, e-mail wohl entsprechende Faxprotokolle oder Auszüge aus der Sendeliste in Betracht."

3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, in der die Anwendung verfassungswidriger Gesetze bzw. deren verfassungswidrige Auslegung gerügt, die Verletzung des Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Willkür) behauptet und die kostenpflichtige Bescheidaufhebung begehrt wird.

Unter Hinweis auf die Literatur sowie auf das Erk. VfSlg. 13.781/1994 bringen die Beschwerdeführer vor, dass §163 Abs2 BVergG - da diese Bestimmung lediglich die Verständigung des Auftraggebers auf elektronischem Wege oder mittels Telefax zulasse - entweder verfassungswidrig sei oder aber die von der belangten Behörde vorgenommene Auslegung, wonach jede andere nachweisliche Verständigung unzulässig sei, nicht verfassungskonform sei. Die Beschränkung der Information des Auftraggebers auf die Telefax- und E-Mail-Übermittlung verstoße aus den vom Verfassungsgerichtshof bereits in VfSlg. 13.781/1994 bezüglich des Meldegesetzes ins Treffen geführten Überlegungen gegen den Gleichheitsgrundsatz.

Hinzu komme, dass eine derartige Beschränkung für den eigentlichen Antrag bei der belangten Behörde nicht gelte: Es sei nun überhaupt nicht ersichtlich, weshalb für die Verständigung des Auftraggebers andere Kriterien als für das Einbringen des eigentlichen Nachprüfungsantrages gelten sollten.

Außerdem sei eine Beschränkung auf Übermittlungsarten, die nicht jedermann zur Verfügung stehen, verfassungswidrig. Dazu führen die Beschwerdeführer aus:

"Nachdem es vor der Anbringung des Überprüfungsauftrages in der Kanzlei unseres Rechtsvertreters teilweise zu Störungen des Faxgerätes gekommen ist, wurde für die Verständigung die Form der persönlichen Überreichung und des Anbringens der Einlaufstampiglie auf der Verständigung gewählt. Durch diese Vorgangsweise war jedenfalls gesichert, daß ein Mitarbeiter (eine Mitarbeiterin) des Auftraggebers im Moment des Überreichens der Eingabe Kenntnis von unserem beabsichtigten Antrag hatte, welche Kenntnis im Wege der Übermittlung mittels Telefax oder E-Mails häufig nicht so schnell erreicht wird, da nicht ununterbrochen Mitarbeiter eines Auftraggebers neben dem Faxgerät stehen oder das Einlangen elektronischer Post überprüfen. Die Beschränkung der Verständigung des Auftraggebers auf die Übermittlungsarbeiten von Telefax oder E-Mail ist sohin verfassungswidrig bzw. ist die Auslegung der belangten Behörde, daß durch die Gesetzesbestimmung jede andere Art der Verständigung ausgeschlossen ist, verfassungs- bzw. gesetzwidrig."

Die gerügte Verfassungswidrigkeit von §173 (offenkundig: Abs5) BVergG, wonach das BVA - wenn es einen verfahrensrechtlichen Bescheid zu erlassen hat - unter gewissen Voraussetzungen von einer Verhandlung absehen kann, begründen die Beschwerdeführer damit, dass die EMRK nicht zwischen formalrechtlichen und materiell-rechtlichen Argumenten unterscheide.

Ferner führen die Beschwerdeführer aus:

"Obwohl die Ausführungen im bekämpften Bescheid betreffend die Nachweislichkeit der Verständigung im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof nicht von Relevanz scheinen, verweisen wir hiezu darauf, daß auf unserer Verständigung der Auftraggeberin deren Einlaufstampiglie aufscheint und dieser Nachweis jedenfalls den Tag der Verständigung enthält. Das Wort 'nachweislich' im §163 Abs2 ZPO erfordert nicht, daß der Nachweis einer bestimmten Uhrzeit auch erbracht wird, sondern stellt nur auf den Nachweis der Zustellung ab. Die Angabe der genauen Uhrzeit ist nicht erforderlich und hat Thienel im schon zitierten Aufsatz über ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren RPA 2003 auf Seite 20 zu diesem Problem folgendes festgehalten:

'Die Verständigung nach §163 Abs2 muß 'nachweislich' erfolgen. 'Nachweislich' bedeutet nach der Rechtsprechung des VwGH 'durch Nachweis bestätigt, belegt', nicht bloß nachweisbar. Die Übermittlung muß also in einem Nachweis dokumentiert werden. Diese Dokumentationspflicht trifft den antragstellenden Unternehmer. Über die Form dieses Nachweises enthält das Gesetz keine Regelung; primär kommen bei Übermittlung mittels Fax oder E-Mail wohl entsprechende Faxprotokolle oder Auszüge aus den Sendelisten in Betracht. Grundsätzlich sind aber auch andere Nachweise nicht ausgeschlossen; denkbar wären z.B. Niederschriften, die von Mitarbeitern oder unbeteiligten Zeugen

unterschrieben werden. Folgt man der hier vertretenen Meinung, daß im Falle der Unmöglichkeit elektronischer Übermittlungen auch andere Wege der Übermittlung der Verständigung offen stehen (oben 2.), kommen insbesondere auch postalische Aufgabebelege in Betracht.'

Gerade das Zulassen auch postalischer Aufgabebelege bedeutet, daß der Nachweis einer bestimmten Uhrzeit nicht erforderlich ist, da ein postalischer Aufgabebeleg ja lediglich die Aufgabezeit nicht aber das Einlangen einer Verständigung nachzuweisen vermag. Wir haben durch die Erklärung unseres Vertreters, daß die Verständigung des Auftraggebers durch den Boten auf seinem Weg zum Bundesvergabeamt vor Überreichen des Antrages erfolgt ist, im Zusammenhang mit den beiden Einlaufstampiglien erbracht und hat die Auftraggeberin die Verständigung jedenfalls am gleichen Tag erhalten, an dem wir den Antrag auf Nachprüfung bei der belangten Behörde eingereicht haben. Thienel führt zu dieser Frage im schon mehrfach zitierten Artikel auf Seite 18 aus, daß die Verständigung dem Auftraggeber rechtzeitig Kenntnis vom Nachprüfungsantrag verschaffen soll und dieser Zweck auch dann erreicht ist, wenn die Verständigung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages, aber erst kurz nach diesem abgesendet wird. Unsere Verständigung ist am gleichen Tag wie der Nachprüfungsantrag eingelangt und beweisen dies die beiden Einlaufstempel. Ob die Verständigung einige Minuten vorher oder nachher erfolgte, ist sohin rechtlich bedeutungslos. Außerdem ist zu beachten, daß es nach den Materialien auch ausreichend ist, wenn die Verständigung durch Beischluß einer Kopie des Nachprüfungsantrages erfolgt. Wir haben die Auftraggeberin durch Übermittlung einer Ablichtung unseres bei der belangten Behörde eingebrachten Antrages verständigt und damit unsere Benachrichtigungspflicht in ausreichender Weise erfüllt."

4. Das BVA legte als belangte Behörde die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie den Ausführungen in der Beschwerde entgegentritt und deren Abweisung beantragt.

II. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige - Beschwerde erwogen:

1. Die von den Beschwerdeführern behauptete Verfassungswidrigkeit des von der belangten Behörde hinsichtlich des Entfalles der mündlichen Verhandlung angezogenen §173 Abs5 BVergG ist insofern nicht nachvollziehbar, als diese Regelung anordnet, dass die Verhandlung entfallen kann, weshalb bereits aus diesem Grund eine dem (darüber hinaus in dieser Bestimmung sogar ausdrücklich genannten) Art6 EMRK konforme Handhabung möglich ist (zu §39 Abs2 AVG vgl. VfSlg. 16.402/2001; VfGH 10.6.2002, B488/99).

2. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des §163 Abs1 und Abs2 sowie §166 Abs2 BVergG, BGBl. I Nr. 99/2002, lauten folgendermaßen:

"§163. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) Ist ein Unternehmer der Ansicht, dass eine vom Auftraggeber getroffene Entscheidung gegen die Bestimmung dieses Gesetzes verstößt, so hat er den Auftraggeber unverzüglich elektronisch oder mittels Telefax von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nachweislich zu verständigen. In dieser Verständigung ist die geltend gemachte Rechtswidrigkeit zu bezeichnen. Die Verständigung hat spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages gemäß Abs1 zu erfolgen.

...

§166. (1) ...

...

(2) Der Antrag ist in folgenden Fällen unzulässig:

1.

...

3.

Wenn keine Verständigung gemäß §163 Abs2 erfolgt ist;"

3. Ein die Vergabeentscheidung bekämpfender Unternehmer hat also gemäß dem zweiten Absatz des

§163 BVergG - bei sonstiger Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages - den Auftraggeber "spätestens gleichzeitig" mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages elektronisch oder mittels Telefax nachweislich von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zu verständigen. Der Zweck dieser Verständigungspflicht besteht darin, dass der Auftraggeber von der Stellung eines Nachprüfungsantrages Kenntnis erlangen soll (VwGH 19.11.2003, 2003/04/0129; 1.3.2005, 2004/04/0235). Was die Übermittlung der Verständigung an den Auftraggeber anbelangt, sieht §163 Abs2 erster Satz BVergG vor, dass diese "unverzüglich elektronisch oder mittels Telefax" zu erfolgen hat.

Der Verfassungsgerichtshof teilt die Auffassung der belangten Behörde in ihrer Gegenschrift, dass der Gesetzgeber eine möglichst beschleunigte Übermittlung der Informationen im Auge gehabt hat: Die Zeitspanne zwischen der Absendung der Verständigung und dessen Erhalt durch den Auftraggeber sollte - angesichts der dem Vergaberechtsschutzverfahren inhärenten kurzen Fristen - möglichst gering gehalten werden. Überhaupt sollte der Zeitraum, in dem der Antragsteller den Entschluss fasst, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, davon den Auftraggeber verständigt und schließlich das Verfahren tatsächlich einleitet, möglichst kurz bleiben.

Es wäre jedoch unsachlich, eine andere Übermittlung - wie hier per Boten - gesetzlich auszuschließen, wenn damit in gleicher Weise, wie mittels Telefax oder E-Mail, eine rasche und verlässliche Informationsübermittlung bewerkstelligt wird (vgl. Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren, RPA 2003, 7 [19]). Das Fehlen eines sachlichen Grundes für eine derartige Regelung wird auch verdeutlicht, wenn die Übermittlung per Telefax bzw. E-Mail durch Störungen vorübergehend unmöglich ist und durch die persönliche Überreichung eine unverzügliche Verständigung gewährleistet werden kann. Das Regelungsziel des §163 Abs2 BVergG schließt nicht aus, dass die Verständigung auf einem anderen als im Gesetz ausdrücklich genannten Weg übermittelt wird, sofern diese Übermittlungsart jenen im Gesetz aufgezählten gleichzuhalten ist und adäquat vorgenommen wird.

Die durch den Gesetzgeber festgelegte Übermittlungsart hat aber auch den Zweck, eindeutig die Zeit der Übermittlung festzuhalten, um leicht feststellen zu können, ob die Verständigung "spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages" erfolgte.

4. Die Beschwerdeführer waren, wie das Verfahren zeigt, nicht in der Lage, den Zeitpunkt der Übermittlungen durch Urkunden, etwa durch mit Uhrzeit versehene Eingangsstampiglien, nachzuweisen, und beantragten die Einvernahme eines Zeugen. Damit war aber die Übermittlung im konkreten Fall durch Boten nicht der Übermittlung durch Telefax oder E-Mail gleichwertig. In einem Verfahren, für das - aus Gründen der Eilbedürftigkeit der Sache - besonders kurze Fristen vorgesehen sind, kann der Gesetzgeber Übermittlungsarten vorsehen, bei denen der relevante Zeitpunkt der Übermittlung eindeutig und leicht und nicht erst durch Zeugeneinvernahme festzustellen ist. Als gleichwertig sind aber dann nur Übermittlungen anzusehen, die den selben Zweck erfüllen.

Die Beschwerdeführer sind daher durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht noch wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt worden.

III.1. Aus den oben genannten Gründen war die Beschwerde abzuweisen und antragsgemäß dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung darüber abzutreten, ob die Beschwerdeführer in sonstigen Rechten verletzt wurden.

2. Diese Entscheidung konnte - da der für die Entscheidung relevante Sachverhalt geklärt war und auch keine komplexe Rechtsfrage zu erörtern war - gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

Schlagworte

Rechtsschutz, Vergabewesen, Verwaltungsverfahren, Ermittlungsverfahren, Öffentlichkeitsprinzip, Verhandlung mündliche

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VFGH:2005:B1376.2003

Dokumentnummer

JFT_09949394_03B01376_00

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, http://www.vfgh.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at