

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/12/21 2003/04/0048

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.12.2005

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E06302000;  
E3L E06303000;  
E6;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL;  
62001CJ0410 Fritsch Chiari und Partner VORAB;  
62002CJ0230 Grossmann Air Service VORAB;  
AVG §1;  
AVG §56;  
BVergG 1997 §109 Abs1 Z1;  
BVergG 1997 §109 Abs7;  
BVergG 1997 §109 Abs8;  
BVergG 1997 §113 Abs2;  
BVergG 1997 §113 Abs3;  
BVergG 1997 §115 Abs1;  
BVergG 1997 §115 Abs2 Z1;  
BVergG 1997;  
BVergG 2002 §188 Abs1;  
BVergG 2002 §188 Abs2;  
BVergG 2002 §188 Abs3;

EURallg;

VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Bayjones und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse in Linz, vertreten durch Sundström/Rohrer Rechtsanwaltsgeellschaft mbH

in 1010 Wien, Schreyvogelgasse 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7. Februar 2003, GZ: 11N-72/02-84, betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz (mitbeteiligte Partei: T AG in W, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Bartensteingasse 2/7), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit Spruchpunkt IV. des angefochtenen Bescheides des Bundesvergabeamtes vom 7. Februar 2003 wurde gemäß § 115 Abs. 1 iVm § 113 Bundesvergabegesetz 1997, BGBI. I Nr. 56 in der Fassung BGBI. I Nr. 36/2001 (BVergG 1997), sowie dem 5. Teil 1. Hauptstück des Bundesvergabegesetzes 2002, BGBI. I Nr. 99/2002 (BVergG 2002), festgestellt, dass die mit Telefax der Beschwerdeführerin an die U-AG erfolgte Zuschlagserteilung vom 16. Dezember 2002, 22.39 Uhr, nichtig sei. Das darüber hinausgehende Begehren der mitbeteiligten Partei, festzustellen, dass die mit Schreiben der Beschwerdeführerin an die U-AG erfolgte Zuschlagserteilung vom 16. Dezember 2002 nichtig sei und mit diesem Schreiben kein zivilrechtlich wirksamer Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der U-AG zu Stande gekommen sei, wurde zurückgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde (nach detaillierter Darstellung des Verfahrensganges vor der belangten Behörde) im Wesentlichen aus, Leistungsschwerpunkt des gegenständlichen Auftrages sei der Erwerb von Nutzungsrechten an Datenleitungen zwischen den einzelnen Dienststellen der Beschwerdeführerin gegen Entgelt. Da Datenleitungen bewegliche, körperliche Sachen seien, sei von der Qualifikation des gegenständlichen Auftrages als Lieferauftrag auszugehen. Den geschätzten Auftragswert habe die Beschwerdeführerin mit EUR 1.017.419,68 beziffert.

Die mitbeteiligte Partei habe bei der belangten Behörde einen Nachprüfungsantrag, gerichtet auf Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung, "eines Verhandlungsverfahrens an sich" und einer Entscheidung, ein näher bezeichnetes Verhandlungsverfahren nicht zu widerrufen, eingebracht.

Im vorliegenden Fall habe die BVKK nach Erstattung einer Schlichtungseingabe (durch die mitbeteiligte Partei) eine Mitteilung gemäß § 109 Abs. 8 BVergG 1997 betreffend die Nichtdurchführung eines Schlichtungsverfahrens mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Zuschlagssperrfrist verfasst.

§ 109 Abs. 8 BVergG 1997 sei aus den zur Zuständigkeit der belangten Behörde angeführten Gründen analog anwendbar, sodass von einer Zuschlagssperrre bei dem "im § 109 Abs. 8 Z 3 vertretenen Sachverhalt" auszugehen sei. Die Mitteilung der BVKK datiere vom 3. Dezember 2002, sodass die (Zuschlagssperr)Frist gemäß § 109 Abs. 8 Z 3 BVergG 1997 am 17. Dezember 2002, 24.00 Uhr, geendet habe. Die am 16. Dezember 2002, 22.39 Uhr, per Telefax (angeblich) erfolgte Zuschlagserteilung der Beschwerdeführerin an die U-AG sei daher bereits aus diesem Grund nichtig.

Die erfolgte Zuschlagserteilung sei aber auch aus folgenden weiteren Gründen nichtig: So habe der Vorstand der Beschwerdeführerin am 20. März 2002 lediglich beschlossen, das Büro dürfe nach Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag an den Bestbieter erteilen. Damit sei zwar die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip beschlossen worden, nicht jedoch, welcher Unternehmer den Zuschlag erhalten solle. Weiters ergebe sich aus § 434 Abs. 1 ASVG, dass der Vorstand nur laufende Angelegenheiten im Wege einer Rechtsverordnung an das Büro der Beschwerdeführerin delegieren dürfe. Eine derartige Übertragung sei aber nicht im Internet kundgemacht worden. Auf Grund ihrer wertmäßigen Beschaffenheit (geschätzter Auftragswert über EUR 1 Mio.) sei zwingend eine Beschlussfassung des Vorstandes auch hinsichtlich der Auswahl des konkreten Vertragspartners geboten gewesen. Somit wäre der vorliegende Vorstandsbeschluss auch als Delegationsbeschluss gemäß § 434 Abs. 1 ASVG gesetzwidrig, da dem Büro mehr als nur eine laufende Angelegenheit übertragen worden sei. Eine Bevollmächtigung des Büros der Beschwerdeführerin durch die Beschwerdeführerin scheide auch deshalb aus, da dieses zwar Organ der Beschwerdeführerin sei, aber nicht rechtsfähig und sohin auch nicht privatrechtlich geschäftsfähig, was Voraussetzung für einen gewillkürten Vertreter sei. Überdies wäre eine gewillkürte Stellvertretung als Umgehung der Delegationsbeschränkungen der §§ 434 und 456a ASVG nichtig. Der Vorstand habe jedenfalls selbst keine Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a BVergG 1997 vorgenommen. Zudem hätten in einer Angelegenheit, die der

Vorstandsbeschlussfassung obliege, gemäß § 9 Abs. 1 der Satzung der Beschwerdeführerin der Obmann und der leitende Angestellte die Zuschlagsentscheidung unterfertigen müssen, um diese rechtsverbindlich zu machen. Weder Frau E. noch Herr G. würden derartige Positionen bekleiden. Weiters seien die als Zuschlagsentscheidung bezeichneten Mitteilungen von Frau E. und Herrn G. mittels e-mail ohne Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur übersandt worden. Damit seien zwingende Formerfordernisse des § 53a BVergG 1997 nicht eingehalten worden, da sowohl eine verbindliche Fertigung gefehlt habe als auch eine schriftliche Übermittlung nicht vorgelegen sei.

Zuschlagsentscheidungen würden auch keine Ausfertigungen nach § 357 Abs. 2 ASVG darstellen, sodass auch § 9 Abs. 4 der Satzung der Beschwerdeführerin zu keinem anderen Ergebnis führe. Aus diesen Gründen liege keine gültige und gültig bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung der Beschwerdeführerin gemäß § 53a BVergG 1997 vor. Mangels Bekanntgabe einer derartigen Zuschlagsentscheidung sei daher von der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung auszugehen.

Gegen Spruchpunkt IV. dieses Bescheides richtet sich - wie von der Beschwerdeführerin in ihrer gemäß 36 Abs. 8 VwGG erstatteten Äußerung vom 14. Oktober 2003 klargestellt wird - die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch Spruchpunkt IV. des angefochtenen Bescheides in ihrem "subjektiven Recht auf Nichtfeststellung der Nichtigkeit des erteilten Zuschlages bei Nichtvorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen" verletzt.

In Ausführung des so bezeichneten Beschwerdepunktes wendet die Beschwerdeführerin zunächst Unzuständigkeit der belangten Behörde ein. Mit dem Inkrafttreten des BVergG 2002 sei das BVergG 1997 insgesamt außer Kraft getreten. Lediglich für bereits eingeleitete Vergabeverfahren, die am 1. September 2002 bei der belangten Behörde anhängig gewesen seien, habe der Gesetzgeber mit § 188 Abs. 3 BVergG 2002 eine Übergangsbestimmung vorgesehen. Für am 1. September 2002 bereits eingeleitete Vergabeverfahren, die zu diesem Zeitpunkt nicht bei der belangten Behörde anhängig gewesen seien, bestehe jedoch keine Übergangsregelung. Gemäß § 162 Abs. 2 BVergG 2002 sei die belangte Behörde ausschließlich zuständig, im Nachprüfungsverfahren zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2002 tätig zu werden. Das Bundesvergabeamt sei nicht Universalrechtsnachfolgerin des "alten" Bundesvergabeamtes. Die Ableitung der umfassenden Anwendbarkeit sämtlicher materieller und verfahrensrechtlicher Bestimmungen des BVergG 1997 aus § 188 Abs. 1 und 6 BVergG 2002 für "Alt-Vergabeverfahren", welche erst nach dem 1. September 2002 beim Bundesvergabeamt anhängig gemacht worden seien, widerspreche dem eindeutigen Gesetzeswortlaut sowie auch dem Willen des Gesetzgebers. Eine Behördenzuständigkeit könne auch nicht aus dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG, abgeleitet werden, da Fragen der Behördenzuständigkeit ausschließlich der nationalen Gesetzgebung zukommen würden, wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) mehrfach bereits festgehalten habe. Auch sei es verfehlt, aus der Rechtsprechung des VfGH eine generelle Zulässigkeit der Lückenfüllung im Bereich der sachlichen Zuständigkeit abzuleiten, da das verfassungsrechtliche Erfordernis der klaren und eindeutigen Festlegung der Behördenzuständigkeit im Gesetz einer die gesetzliche Zuständigkeit ersetzenen Interpretation eindeutig entgegenstünde. Auch aus dem Beschluss des VfGH vom 3. Jänner 2003, B 1905/02, könne mangels eines zu dieser Problematik noch nicht ergangenen Erkenntnisses die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes sowie die Anwendbarkeit der Verfahrensbestimmungen des BVergG 1997 nicht abgeleitet werden.

Weiters sei das Bundesvergabeamt zur Erlassung eines Feststellungsbescheides betreffend die Nichtigkeit der Zuschlagserteilung nicht zuständig, da die Erlassung eines Feststellungsbescheides nur im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zulässig sei und die Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung weder im BVergG 1997 noch im BVergG 2002 normiert sei.

Eine Nichtigkeit infolge Verletzung des § 109 Abs. 8 BVergG 1997 liege im vorliegenden Fall nicht vor, da die Sperrwirkung dieser Bestimmung schon auf Grund der seit 1. September 2002 nicht mehr gegebenen Zuständigkeit der BVKK nicht habe eintreten können. Gemäß § 188 Abs. 6 Z 4 BVergG 2002 sei die Zuständigkeit der BVKK samt

Schlichtungsverfahren nach dem BVergG 1997 außer Kraft getreten. Zudem habe das Bundesvergabeamt entschieden, dass auf Grund des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechtes vor § 115 Abs. 2 Z 1 BVergG 1997 die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens auch ohne vorherige Anrufung der BVKK zulässig sei. Auch die von der belangten Behörde für die Zuständigkeit der BVKK ins Treffen geführte Analogie gemäß § 7 ABGB sei im Bereich der sachlichen Zuständigkeit jedenfalls unzulässig, sodass eine aufrechte Sperrwirkung nicht habe bestehen können. Da grundsätzlich das Vergabekontrollverfahren allgemein und jenes vor der BVKK im Besonderen keine aufschiebende Wirkung auf das Vergabeverfahren habe, könne auch nicht von einer Hemmung von vergabeverfahrensrechtlichen Fristen ausgegangen werden.

Auch die von der belangten Behörde wegen Verletzung des § 53a BVergG 1997 angeführten Nichtigkeitsgründe seien unzutreffend: So habe der Beschluss des Vorstandes der Beschwerdeführerin vom 20. März 2002 auch die Entscheidung umfasst, an den Bestbieter des Vergabeverfahrens zu vergeben ("nämlich bei Vorliegen des Bestbieters sofort den Auftrag zu vergeben"). Wenn eine Entscheidung des Vorstandes derart inhaltlich ausreichend determiniert sei, sei sie vom Büro der Beschwerdeführerin als gemäß § 8 der Satzung vorgesehener Hilfsapparat des Vorstandes unmittelbar umzusetzen. Der vorliegende Vorstandsbeschluss habe auch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung umfasst und sei entgegen der Auffassung der belangten Behörde nicht gemäß § 456a ASVG kund zu machen gewesen, da es sich um eine Weisung des Vorstandes an seinen Hilfsapparat gehandelt habe. Auch seien Akte der Privatwirtschaftsverwaltung gemäß § 456a ASVG gleich internen Weisungen des geschäftsführenden Organs eines Versicherungsträgers an das Büro generell nicht zu verlautbaren, sondern umzusetzen. Hiezu komme, dass es sich bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a BVergG 1997 um eine Wissenserklärung handle, sodass die Bestimmung des § 867 ABGB nicht herangezogen werden könne, was die Vertretung der Beschwerdeführerin betreffe.

Eine Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung wegen mangelnder verbindlicher Fertigung sei schon deshalb nicht gegeben, da gemäß § 357 Abs. 2 ASVG die Übermittlung per e-mail weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung in Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung, umso weniger für die Privatwirtschaftsverwaltung bedürfe. Auch enthalte § 53a BVergG 1997 keine Vorschriften in Bezug auf die Unterfertigung der Zuschlagsentscheidung.

Die Tatsache, dass die Zuschlagsentscheidung nicht entsprechend der Formvorschriften des § 53a Abs. 1 BVergG 1997 bekannt gegeben worden sei, sei ohne Belang, da der erfolgte Zugang der getroffenen Zuschlagsentscheidung unbestritten sei. Ausgehend vom Urteil des EuGH in der Rechtssache C-81/98, Alcatel, sei entscheidend, dass die interne Willensbildung des Auftraggebers in einer Weise bekannt gemacht werde, dass diese Entscheidung des Auftraggebers aufgehoben werden könne. Wolle man § 53a BVergG 1997 nicht gleichheitswidrig auslegen, komme man zwingend zum Schluss, dass diese Bestimmung eine nachweislich zugegangene Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfordere. Dies sei im vorliegenden Fall zweifellos geschehen, sodass § 53 Abs. 1 BVergG 1997 hinreichend entsprochen worden sei.

Darüber hinaus bringt die Beschwerde als Verfahrensmängel vor, der angefochtene Bescheid sei mangelhaft begründet, da insbesondere nicht dargelegt werde, aus welchem Grund die Erlassung eines Feststellungsbescheides im öffentlichen Interesse oder im Interesse der mitbeteiligten Partei liege. Auch habe die belangte Behörde den Unmittelbarkeitsgrundsatz nach Art. 6 EMRK verletzt, da sie der Beschwerdeführerin während der mündlichen Verhandlung zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit zur Erstattung eines mündlichen Vorbringens gewährt habe. Es sei nicht auszuschließen, dass die belangte Behörde bei Beachtung dieses Grundsatzes zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Auch habe die belangte Behörde der Beschwerdeführerin keine Akteneinsicht in den Hauptakt gewährt und sei ihr auch in der mündlichen Verhandlung eine Einsicht in die vorgelegten Urkunden der mitbeteiligten Partei verwehrt worden. Auf Grund der Akteneinsicht hätte die Beschwerdeführerin ergänzende Beweise vorgelegt und demnach ein günstigeres Ergebnis erwirkt.

2. Im Beschwerdefall ist unstrittig, dass das vorliegende Vergabeverfahren von der Beschwerdeführerin vor dem 1. September 2002 eingeleitet worden war (vgl. zum Begriff der Einleitung des Vergabeverfahrens die Erläuterungen zu § 188 und § 20 Z 38 BVergG 2002 in AB 1118 BlgNR XXI. GP, 67 bzw. 26, wonach ein Vergabeverfahren dann eingeleitet ist, wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt). Ebenso ist unstrittig, dass das vorliegende Nachprüfungsverfahren zum 1. September 2002 vor der belangten Behörde nicht iS des § 188 Abs. 3 BVergG 2002 anhängig war.

Gemäß § 188 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes 2002, BGBl. I Nr. 99 (BVergG 2002), gilt dieses Bundesgesetz für die im Zeitpunkt des jeweiligen In-Kraft-Tretens des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 99/2002 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nicht.

Gemäß § 188 Abs. 3 erster Satz BVergG 2002 sind am 1. September 2002 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren vom Bundesvergabeamt grundsätzlich nach den Bestimmungen des BVergG 1997 fortzuführen.

Die belangte Behörde gründet ihre Zuständigkeit auf die Auffassung, § 188 BVergG 2002 sei so zu verstehen, dass das BVergG 2002 nur im Hinblick auf die Einrichtung und innere Organisation des Bundesvergabeamtes (im Umfang des 5. Teiles 1. Hauptstück BVergG 2002) anzuwenden sei. Dagegen seien für Vergabeverfahren wie das vorliegende, welche zum 1. September 2002 bereits eingeleitet worden waren, hinsichtlich derer zu diesem Zeitpunkt jedoch (noch) kein Verfahren beim Bundesvergabeamt anhängig war, die entsprechenden Bestimmungen des BVergG 1997 anzuwenden.

Der Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat bereits festgehalten, das Bundesvergabeamt könne die Übergangsbestimmung des § 188 BVergG 2002 in (gemeinschafts- und verfassungskonformer) Auslegung verfassungsrechtlich unbedenklich so verstehen, dass das BVergG 2002 nur im Hinblick auf die Organisation des Bundesvergabeamtes, nicht aber in nachprüfungsverfahrensrechtlicher Hinsicht zur Anwendung gelangt (vgl. das Erkenntnis des VfGH vom 28. Februar 2005, B 173/03, mit Verweis auf das Erkenntnis vom 2. Dezember 2004, B 1843/02, sowie den - zum vorliegenden Beschwerdefall auf Grund einer Parallelbeschwerde der Beschwerdeführerin ergangenen - Beschluss des VfGH vom 9. März 2004, B 475/03).

Dem schließt sich der Verwaltungsgerichtshof an.

§ 188 Abs. 1 BVergG 2002 ist nämlich dahingehend zu verstehen,

dass für bereits eingeleitete Vergabeverfahren nicht die neue Rechtslage des BVergG 2002, sondern weiterhin die bisherige Rechtslage des BVergG 1997 anzuwenden ist.

Die belangte Behörde hat daher im Beschwerdefall zu Recht angenommen, dass von ihr zur Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens die Bestimmungen des BVergG 1997 anzuwenden sind.

3. Die Beschwerde bringt weiters vor, die in § 113 Abs. 3 BVergG 1997 ausdrücklich angeführten Feststellungszuständigkeiten würden die Befugnis zur Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung nicht umfassen.

Gemäß § 113 Abs. 3 BVergG 1997 ist das Bundesvergabeamt nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens zuständig, festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. In einem solchen Verfahren ist das Bundesvergabeamt ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

Der VfGH hat zu dieser Frage bereits festgehalten, dass § 113 Abs. 2 und 3 BVergG 1997 keine explizite gesetzliche Grundlage für die Erlassung eines Feststellungsbescheides über die Nichtigkeit eines entgegen dem Verbot des § 109 Abs. 8 BVergG erteilten Zuschlags enthalte und § 113 BVergG 1997 Feststellungsbescheide nur als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Schadenersatzklage nach Erteilung des Zuschlags vorsehe. Jedoch sei nach gesicherter Rechtsprechung des VfGH die Erlassung eines Feststellungsbescheides auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse liege oder für eine Partei ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung sei und insofern im Interesse einer Partei liege. Zuständig für die Erlassung eines solchen Bescheides sei dann jene Behörde, die durch die Rechtsordnung zur Gestaltung des Rechtes oder Rechtsverhältnisses berufen sei, was im Falle der Nachprüfung von Vergabeverfahren das Bundesvergabeamt sei, welches über die Einhaltung oder Verletzung der Vergabevorschriften zu entscheiden habe. Zur Klarstellung der strittigen Rechtsfrage, ob die Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber zulässig gewesen sei, liege die Erlassung eines Feststellungsbescheides im öffentlichen Interesse wie auch im Interesse der Parteien. Das Bundesvergabeamt sei daher zuständig, deklarativ festzustellen, dass die Zuschlagserteilung innerhalb der vergabegesetzlichen Sperrfrist erfolgt und sohin ex lege nichtig sei (vgl. zu allem das Erkenntnis des VfGH vom 21. Juni 2001, VfSlg. 16.221).

Dem schließt sich der Verwaltungsgerichtshof an.

Auch im Beschwerdefall ist zwischen den Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde offenkundig strittig, ob die Zuschlagserteilung der Beschwerdeführerin gemäß gemäß § 108 Abs. 9 bzw. § 53a BVergG 1997 zulässig oder ex lege nichtig war, sodass - wie in der obzitierten Rechtsprechung des VfGH angeführt - die Klarstellung dieser strittigen Rechtsfrage im öffentlichen Interesse wie auch im Interesse der Parteien des Nachprüfungsverfahrens war.

Die belange Behörde war daher zuständig, bescheidmäßig festzustellen, ob die Zuschlagserteilung der Beschwerdeführerin vom 16. Dezember 2002 nichtig sei.

4. Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die mitbeteiligte Partei gegen die Zuschlagsentscheidung der Beschwerdeführerin einen Schlichtungsantrag bei der BVKK eingebracht hat (vgl. OZ 11 der Beschwerde). Gleichfalls ist unstrittig, dass die BVKK am 3. Dezember 2002 sowohl die Beschwerdeführerin als auch die mitbeteiligte Partei davon verständigte, dass von der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens abgesehen werde (vgl. OZ 13 der Beschwerde).

Gemäß § 109 Abs. 1 Z 1 BVergG 1997 ist die BVKK bis zur Zuschlagserteilung zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten zuständig, die sich zwischen der vergebenden Stelle und einem oder mehreren Bewerbern oder Bietern bei der Vollziehung des BVergG 1997 oder der hiezu ergangenen Verordnungen ergeben.

Gemäß § 109 Abs. 7 BVergG 1997 hat die BVKK unverzüglich die vergebende Stelle von der Aufnahme ihrer Tätigkeit zu verständigen, wenn sie nicht auf Ersuchen der vergebenden Stelle tätig wird.

Gemäß § 109 Abs. 8 BVergG 1997 darf die vergebende Stelle innerhalb von vier Wochen ab der Verständigung gemäß Abs. 7 leg. cit. bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen, es sei denn, dass vor Ablauf dieser Frist die BVKK mitteilt, dass kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wird (Z 3). In den Fällen der Z 3 endet die Frist zwei Wochen nach Verständigung durch die BVKK.

Die belangte Behörde vertritt die Auffassung, ausgehend von der Verständigung der BVKK vom 3. Dezember 2002 habe die Sperrfrist gemäß § 109 Abs. 8 Z 3 BVergG 1997 am 17. Dezember 2002, 24.00 Uhr, geendet. Die noch innerhalb dieser Sperrfrist, am 16. Dezember 2002, 22.39 Uhr, erfolgte Zuschlagserteilung der Beschwerdeführerin sei daher bereits aus diesem Grund gemäß § 109 Abs. 8 BVergG 1997 nichtig. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung für das vorliegende Vergabeverfahren stützt die belangte Behörde im Wesentlichen auf die gleichen Argumente, die für die Anwendbarkeit des BVergG im Verfahren vor der belangten Behörde sprechen.

Gegen diese Auffassung der belangten Behörde wendet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen die selben Argumente ein, die gegen die Anwendbarkeit der Bestimmungen des BVergG 1997 durch die belangte Behörde sprechen. Mit diesem Vorbringen ist sie auch hinsichtlich § 109 Abs. 8 BVergG 1997 nicht im Recht:

Auch für das Schlichtungsverfahren vor der BVKK gilt, dass gemäß § 188 Abs. 1 BVergG 2002 für bereits eingeleitete Vergabeverfahren weiterhin die Rechtslage nach dem BVergG 1997 und sohin auch § 109 Abs. 8 BVergG 1997 anwendbar ist.

Ausgehend von dieser Rechtslage ist die Auffassung der belangten Behörde, im vorliegenden Fall sei der Zuschlag noch innerhalb der Frist des § 109 Abs. 8 letzter Satz BVergG 1997 erteilt worden und somit gemäß § 109 Abs. 8 BVergG 1997 nichtig, nicht als rechtswidrig zu erkennen.

Soweit die Beschwerde gegen die Auffassung der belangten Behörde einwendet, nach der Rechtsprechung der belangten Behörde sei die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens auf Grund des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechtes vor § 115 Abs. 2 Z 1 BVergG 1997 auch ohne vorherige Anrufung der BVKK zulässig, gelingt es ihr nicht, eine mit Gemeinschaftsrecht begründete Unanwendbarkeit des § 109 Abs. 8 BVergG 1997 darzutun:

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) widerspricht es den Beschleunigungs- und Effizienzzielen der Richtlinie 89/665/EWG, den Zugang zu den dort vorgesehenen Nachprüfungsverfahren an die vorherige Anrufung einer Schlichtungsstelle wie der BVKK zu knüpfen (vgl. das Urteil des EuGH vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Airservice, Slg. 2004, Randnr. 42, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner u. a., Slg. 2003, Seite I-6413, Randnr 31 und 34).

Dies betrifft jedoch nicht die Regelung des § 109 Abs. 8 BVerG 1997, welche als Schutznorm für rechtsschutzsuchende Bieter im Vergabeverfahren anzusehen ist und einen effektiven Rechtsschutz vor Erteilung des Zuschlags sichern soll (vgl. das zitierte Erkenntnis des VfGH vom 21. Juni 2001, VfSlg. 16.221).

Die von der belangten Behörde in Spruchpunkt IV. des angefochtenen Bescheides getroffene Feststellung ist sohin nicht als rechtswidrig zu erkennen, ohne dass auf das weitere Beschwerdevorbringen - hinsichtlich des Vorliegens einer Zuschlagsentscheidung gemäß § 53a BVerG 1997 - weiter einzugehen war.

5. Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die Bestimmungen der §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 21. Dezember 2005

### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 62002J0230 Grossmann Air Service VORAB

EuGH 62001J0410 Fritsch Chiari und Partner VORAB

### **Schlagworte**

Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage

VwRallg2Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Gemeinschaftsrecht Auslegung des Mitgliedstaatenrechtes

EURallg2Auslegung Gesetzeskonforme Auslegung von Verordnungen Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen

VwRallg3/3sachliche Zuständigkeit Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung Feststellungsbescheide

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2003040048.X00

### **Im RIS seit**

14.02.2006

### **Zuletzt aktualisiert am**

31.10.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)