

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/12/20 2004/04/0130

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.12.2005

## Index

L72006 Beschaffung Vergabe Steiermark;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;

## Norm

LVergabenachprüfungsG Stmk 2003 §14 Abs1;  
LVergabenachprüfungsG Stmk 2003 §15 Abs2;  
VwGG §34 Abs1 impl;  
VwGG §34 Abs1;  
VwGG §63 Abs1;

## 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 L Handelsges.m.b.H. in W, vertreten durch Dr. Wolfgang Stolz, Rechtsanwalt in 5550 Radstadt, Schernbergstraße 19, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 3. Juni 2004, Zl. UVS 443.20-6/2004-52, betreffend Nachprüfung eines Vergabeverfahrens (mitbeteiligte Parteien: 1. Land Steiermark, Amt der Steiermärkischen Landesregierung, FA1B-Informationstechnik, 8011 Graz, Burggasse 2,  
2. C Handelsgesellschaft m.b.H. in Graz, vertreten durch Dr. Johannes Dörner und Dr. Alexander Singer, Rechtsanwälte in 8010 Graz, Brockmannsgasse 91/I), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Land Steiermark Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 und der zweitmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 991,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 3. Juni 2004 wurde der Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der zweitmitbeteiligten Partei abgewiesen (Spruchpunkt I) und der Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Nichtigerklärung der der beschwerdeführenden Partei am 9. März 2004 übermittelten Mitteilung, wonach eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der zweitmitbeteiligten Partei erfolgt sei, zurückgewiesen (Spruchpunkt II). Begründend wurde im

Wesentlichen ausgeführt, die erstmitbeteiligte Partei habe "Beschaffung, Betrieb und Wartung von Druckern samt Verbrauchsmaterialien auf Basis einer pauschalen Kostenabrechnung" im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben. Es seien hinsichtlich Drucker 1.150 Stück Mono-Laser "Arbeitsgruppe", 350 Stück Mono-Laser "Abteilung", 70 Stück Farblaser und 100 Stück Farbtintenstrahldrucker ausgeschrieben worden. In der Angebotslegung vom 17. Dezember 2003 hätten vier Bewerber, u. a. die beschwerdeführende Partei und die zweitmitbeteiligte Partei Angebote abgegeben. Auf Grund von Angebotsanalysen und Bieterwünschen habe es die erstmitbeteiligte Partei für erforderlich erachtet, allen Bieter bis 26. Jänner 2004 die Möglichkeit einzuräumen, ein überarbeitetes oder neues Angebot zu legen bzw. die Gültigkeit der bisher gelegten Angebote zu bestätigen. Unter anderem sei ausgeführt worden, dass in dem neuen Angebot auch neue Modelle und/oder Komponenten enthalten sein könnten, die den Angebotsbedingungen entsprechen, ebenso seien auch Preisänderungen zulässig. In der Schlussphase des Vergabeverfahrens seien schließlich drei Bieter, u.a. die beschwerdeführende Partei und die zweitmitbeteiligte Partei zur Teststellung ihrer Druckmodelle eingeladen worden. Die Endbewertung habe für die zweitmitbeteiligte Partei 88,1 Punkte, für die beschwerdeführende Partei 81,5 Punkte und für den dritten Bieter 77,9 Punkte ergeben. Mit Schreiben vom 9. März 2004 sei der beschwerdeführenden Partei mitgeteilt worden, dass das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei als Bestangebot zu bewerten sei; ein Vertragsabschluss bzw. eine definitive Zuschlagserteilung an die zweitmitbeteiligte Partei sei nicht vor dem 24. März 2004 vorgesehen. Diese Mitteilung habe nicht der Anforderung des § 100 Abs. 1 Bundesvergabegesetz entsprochen, weil sie nicht allen Bieter mitgeteilt worden sei. Sie sei daher nicht rechtswirksam geworden, sodass sie auch nicht für richtig erklärt werden könne. Der Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Nichtigerklärung dieser Mitteilung sei somit spruchgemäß zurückzuweisen gewesen.

Mit Schreiben vom 30. März 2004 sei der beschwerdeführenden Partei von der erstmitbeteiligten Partei mitgeteilt worden, dass ein formaler Mangel bei der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 Abs. 1 Bundesvergabegesetz festgestellt worden sei. In Erfüllung der gesetzlich geforderten Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung werde daher mitgeteilt, dass der Zuschlag für das gegenständliche Vergabeverfahren an die zweitmitbeteiligte Partei erteilt werden solle. Entgegen der von der beschwerdeführenden Partei in ihrem Nachprüfungsantrag vertretenen Auffassung sei nach Auffassung der belangen Behörde die erstmitbeteiligte Partei bei der Bestbieterermittlung nicht von den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien abgewichen. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte für einen offensichtlichen Beurteilungsfehler bzw. für einen Verstoß gegen die Grundsätze der Sachlichkeit und Gleichbehandlung im Vergabeverfahren. Bei der Bestbieterermittlung in einem Verhandlungsverfahren ergebe sich naturgemäß ein größerer Spielraum für den Auftraggeber, dieser Spielraum dürfe allerdings weder willkürlich noch diskriminierend genutzt werden und müsse sich im Rahmen der grundlegenden Vergabeprinzipien halten. Im Verhandlungsverfahren dürfe über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden. Unzulässig seien allerdings Verhandlungen, die bloße Preisänderungen zum Inhalt haben. Für die Auffassung der beschwerdeführenden Partei, es seien reine Preisverhandlungen geführt worden, bestehe kein Anhaltspunkt, wie das auch aus den vorgenommenen Änderungen bezüglich des Auftragsgegenstandes ersichtlich werde. Die im Rahmen der Leistungsbeschreibung in der öffentlichen Bekanntmachung vorgenommenen Anpassungen seien weder unproportional noch unzulässig gewesen. Auch bestünden keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, es seien der Bestbieterin Wettbewerbsvorteile eingeräumt worden. Die gleichwohl festgestellten Unzulänglichkeiten bei der Bewertung der Duplexgeräte (die der zweitmitbeteiligten Partei 1,5 Punkte gebracht hätten), bei der Einbeziehung der für den Fall der Zuschlagserteilung überlassenen Testgeräte (die der zweitmitbeteiligten Partei 0,1 Punkte gebracht hätten), bei der Beurteilung der Druckgeschwindigkeit (bei der die beschwerdeführende Partei einen halben Punkt mehr als die Bestbieterin erzielt habe) und bei der Einbeziehung der Referenzen in die Bewertung, die als Eignungskriterium im Rahmen der Bestbieterermittlung nicht hätte berücksichtigt werden dürfen (auch hier habe die beschwerdeführende Partei mehr Punkte erhalten als die Bestbieterin), könnten jedoch angesichts des Punkteabstandes von 6,6 zwischen der beschwerdeführenden Partei und der zweitmitbeteiligten Partei keinen Bietersturz herbeiführen. Sie hätten daher keinen Einfluss auf die Reihung der Bieter.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligten Parteien eine Gegenschrift, in der die Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zunächst ist betreffend die von der belangten Behörde mit Rücksicht auf die am 9. Juni 2004 erfolgte Zuschlagserteilung in Zweifel gezogene Beschwerdelegitimation der beschwerdeführenden Partei darauf hinzuweisen, dass der Umstand der zwischenzeitlich erfolgten Zuschlagserteilung im Geltungsbereich des Stmk. Vergabe-Nachprüfungsgegesetzes, LGBI. Nr. 43/2003, für sich ein Rechtsschutzbedürfnis der beschwerdeführenden Partei an der Erledigung der gegen die Abweisung ihres Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung an den Verwaltungsgerichtshof erhobenen Beschwerde nicht beseitigt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 13. Juni 2005, ZI. 2004/04/0090, und die dort zitierte Judikatur).

In ihrer Beschwerde erachtet sich die beschwerdeführende Partei ihrem gesamten Vorbringen zufolge durch den angefochtenen Bescheid im Recht auf Nichtigerklärung sowohl der Mitteilung vom 9. März 2004 als auch der Zuschlagsentscheidung, wie sie ihr am 30. März 2004 bekannt gegeben wurde, verletzt. Sie bringt hiezu im Wesentlichen vor, die einseitig geführten Gespräche zwischen der Bestbieterin und der Auftraggeberin seien reine Preisverhandlungen gewesen, welche nach § 96 Abs. 2 zweiter Satz Bundesvergabegesetz unzulässig seien. Schon aus den verschiedenen Alternativangeboten der Bestbieterin sei erkennbar, dass nur geringfügigste Abweichungen vorhanden seien, der Preis hingegen erheblich schwankte. Der beschwerdeführenden Partei seien überhaupt keine Änderungen, sondern nur Klarstellungen zum Auftragsgegenstand mitgeteilt worden. Tatsächlich sei lediglich zu Gunsten der Bestbieterin die Frist verlängert und eine nachträgliche Preisverhandlung ermöglicht worden. Bis zum ursprünglichen Angebotstermin habe die Bestbieterin überhaupt nur Serviceleistungen angeboten. Dies sei der beschwerdeführenden Partei erst nach Erlassung des angefochtenen Bescheides zur Kenntnis gelangt. Die Bestbieterin habe also erst innerhalb der Fristverlängerung ein vollständiges Angebot gelegt. Dies habe der Bestbieterin die beste Ausgangslage verschafft, weil sie als Letzte das Angebot stellen und die übrigen Bieter preislich leicht überbieten habe können. Die belangte Behörde habe zwar dargelegt, dass der Auftraggeber von den Bewertungsmodalitäten in der Ausschreibung nicht abgehen dürfe, tatsächlich sei aber gerade dies geschehen. Solche Mängel der Zuschlagsentscheidung seien immer wesentlich und müssten daher jedenfalls zu einer Nichtigerklärung führen. Die beschwerdeführende Partei habe bereits in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung darauf hingewiesen, dass die "Firmenbewertung" bei der Vergabeentscheidung nicht herangezogen werden dürfe. Die Berücksichtigung solcher Kriterien führe per se zur Nichtigkeit. Unrichtig sei aber auch, dass sich die Nichtberücksichtigung dieses Kriteriums auf die getroffene Reihung der Bieter nicht auswirke. Wäre nämlich die Kategorie "Firmenbewertung" in die Zuschlagskriterien überhaupt nicht aufgenommen worden, so wären die hier zu vergebenden 10 Punkte in anderen Kriterien "untergebracht" worden. Eine andere Zuordnung dieser 10 Punkte könnte allerdings leicht dazu führen, dass die beschwerdeführende Partei die Bestbieterin überhole. Auch die Bewertung der höheren Druckleistung könnte das Ergebnis, wenn auch in geringer Form, beeinflussen. In der Bewertungsklasse "höherwertige Ergonomie" sei der notwendige Platzbedarf für die jeweiligen Drucker als Kriterium gewertet worden. Es hätte daher auch der Platzbedarf berücksichtigt werden müssen, der dadurch entstehe, dass die Tonerkassetten entfernt werden müssen. Dies sei nicht geschehen, die vorgenommene Bewertung in diesem Punkt sei somit offensichtlich falsch, wobei die Bestbieterin in dieser Bewertungsklasse erheblich mehr Punkte erhalten habe als die beschwerdeführende Partei. Die Fehlerhaftigkeit bei der Duplexbewertung hätte richtigerweise bereits für sich zu einer Nichtigerklärung der Vergabeentscheidung führen müssen. Besonders auffällig sei schließlich, dass immer wieder die Frage der Bedruckbarkeit von RSa- und RSb-Kuverts im Mittelpunkt gestanden sei, obwohl in der Ausschreibung von einer Kuvertbedruckung nicht die Rede gewesen und ein solches Zuschlagskriterium nie eingeführt worden sei. Gerade dieser Umstand sei aber wesentlich verantwortlich dafür, dass die Zuschlagsentscheidung mit dem von der beschwerdeführenden Partei bekämpften Inhalt getroffen worden sei. Wäre das Kriterium der Kuvertbedruckung nicht berücksichtigt worden, so müsste schon deshalb die für die Bestbieterermittlung vergebene Punktezahl völlig neu berechnet werden. Schließlich sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die belangte Behörde der Auffassung sei, trotz des von der beschwerdeführenden Partei nachgewiesenen "Generationenwechsels bei den HP-Geräten" seien die veralteten Geräte bis sechs Monate nach Zuschlagserteilung lieferbar. Die Zuschlagsentscheidung hätte im Übrigen auch deshalb für nichtig erklärt werden müssen, weil vom Einspruch der beschwerdeführenden Partei alle und nicht nur die "übrigen" Bieter verständigt hätten werden müssen. Betreffend die Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Mitteilung vom 9. März 2004 habe die belangte Behörde zwar richtig erkannt, dass diese den Anforderungen des § 100 Abs. 1 Bundesvergabegesetz nicht entsprochen habe. Sie habe aber verkannt, dass die Bieter die Möglichkeit haben müssten, diese Mitteilung "in irgendeiner Form" anzufechten. Andernfalls stünde der beschwerdeführenden Partei kein effektives Rechtsmittel gegen eine falsche und nichtige Entscheidung zu.

Gemäß § 96 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2002 darf während eines Verhandlungsverfahrens - diese Art des Vergabeverfahrens war im vorliegenden Fall unbestrittenmaßen gewählt worden - mit einem oder mehreren Bietern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden. Verhandlungen, die bloß Preisänderungen zum Inhalt haben, sind unzulässig.

Die belangte Behörde hat zum Vorwurf der beschwerdeführenden Partei, es seien entgegen dieser Bestimmung bloße Preisverhandlungen geführt worden, festgestellt, dass im Nachprüfungsverfahren keine Anhaltspunkte hervorgekommen seien, die dafür sprächen, es seien "reine Preisverhandlungen" geführt worden. Dies ist auch vor dem Hintergrund des Beschwerdevorbringens nicht als unzutreffend zu erkennen. Denn weder sind Umstände ersichtlich, die es nahe legen anzunehmen, es seien Verhandlungen geführt worden, die bloß Preisänderungen zum Inhalt gehabt hätten, noch hat die beschwerdeführende Partei selbst konkrete Umstände vorgebracht, die den Vorwurf "bloßer Preisverhandlungen" gerechtfertigt erscheinen lassen. Vielmehr spricht ihr Vorbringen, das - letztlich zum Zug gekommene - Angebot der zweitmitbeteiligten Partei sei erstmals im Zuge der verlängerten Angebotsfrist (bei der zweiten Angebotsrunde) abgegeben worden, selbst gegen ihre Auffassung, es hätten sich lediglich die (ursprünglichen) Preise verändert.

Gründe für die Annahme, die Abgabe eines Angebots innerhalb der verlängerten Angebotsfrist sei unzulässig, sind nicht ersichtlich. Die Auffassung, dass derjenige, der als Letzter ein Angebot stelle, preislich "die übrigen Bieter leicht überbieten" könne, beruht offensichtlich auf der Annahme, dem letzten Bieter seien die Preise der übrigen Bieter unzulässigerweise vor Abgabe seines Angebots bekannt gegeben worden; für diese Annahme fehlt im vorliegenden Fall jedoch jeder Anhaltspunkt.

Gemäß § 14 Abs. 1 Stmk. Vergabe-Nachprüfungsgegesetz ist eine Auftraggeberentscheidung für nichtig zu erklären, wenn sie im Widerspruch zu den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Vergabewesens steht und für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Im Gegensatz zur Auffassung der beschwerdeführenden Partei ist die Entscheidung eines Auftraggebers, die mit einem vergaberechtlichen Mangel behaftet ist, nicht jedenfalls für nichtig zu erklären, sondern nur soweit dies für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Ein Mangel der Zuschlagsentscheidung, der nicht geeignet ist, zu einer Änderung in der Reihung der Bieter zu führen, ermächtigt die Nachprüfungsbehörde daher nicht, diese Entscheidung für nichtig zu erklären.

Dem angefochtenen Bescheid liegt die Auffassung zu Grunde, die - im Einzelnen genannten - Verfahrensmängel hätten wegen der Punktedifferenz zwischen der zweitmitbeteiligten Partei und der beschwerdeführenden Partei weder für sich noch insgesamt zu einer Änderung in der Reihung geführt. Dies bestreitet die beschwerdeführende Partei nicht; die Beschwerde bringt auch nicht konkret vor, dass angesichts des Punkteabstandes zwischen dem Angebot der zweitmitbeteiligten Partei und ihrem Angebot eine Vermeidung der festgestellten Mängel eine Umreihung der Angebote zur Folge gehabt hätte.

Das Vorbringen, die für die "Firmenbewertung" zu Unrecht, weil wegen eines Eignungskriteriums vergebenen 10 Punkte könnten eine Änderung der Reihung bewirken, weil diese Punkte in anderen Kriterien "untergebracht" worden wären, übersieht, dass eine solche "Unterbringung" im vorliegenden Fall - anders als bei einer prozentuellen Gewichtung - keineswegs notwendig ist, und daher der Beurteilung, ob die unterlaufene Rechtswidrigkeit auf die vorgenommene Reihung von Einfluss war, nicht entgegensteht. Was aber den nach Auffassung der beschwerdeführenden Partei bei der Bewertung nicht ausreichend berücksichtigten Platzbedarf und weiters das Kriterium der "Kuvertbedruckung" angeht, hat zum einen die beschwerdeführende Partei beim Kriterium "Platzbedarf und Verarbeitungsqualität" insgesamt 1 Punkt erhalten, die Bestbieterin 3 Punkte. Selbst wenn daher Mängel bei der Bewertung dieses Kriteriums unterlaufen wären, hätten diese angesichts des unbestrittenen Punkteabstandes zwischen der beschwerdeführenden Partei und der Bestbieterin keinen Einfluss auf die Reihung. Zum anderen ist der Auffassung der belangten Behörde, es sei das Kriterium des knitterfreien Bedruckens von RSa- und RSb-Kuverts, zwar nicht ausdrücklich bei den Ausschreibungsbedingungen angegeben, der vorliegenden Ausschreibung jedoch erkennbar immanent gewesen, beizupflichten.

Aus welchen Gründen die Auffassung der belangten Behörde, die von der zweitmitbeteiligten Partei angebotenen Geräte seien entsprechend ihrer Zusage lieferbar, "nicht nachvollziehbar" sein sollte, bleibt ebenso wie die Grundlage der der beschwerdeführenden Partei offenbar vor Augen stehenden Vorschrift, ein von ihr erhobener

Nachprüfungsantrag müsse nicht nur den übrigen Bieter, sondern auch ihr selbst zur Kenntnis gebracht werden, unerfindlich. Eine zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides führende Rechtswidrigkeit wird mit diesem Vorbringen nicht aufgezeigt.

Was schließlich Spruchpunkt II des angefochtenen Bescheides anlangt, so wurde - wie dargelegt - die Zuschlagsentscheidung der erstmitbeteiligten Partei zunächst im Wege der Mitteilung vom 9. März 2004 bekannt gemacht und diese Mitteilung in der Folge durch die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30. März 2004 ersetzt.

Abgesehen davon, dass die Mitteilung vom 30. März 2004 an die Stelle der Mitteilung vom 9. März 2004 getreten ist und letztere daher schon aus diesem Grunde für das vorliegende Vergabeverfahren nicht (mehr) relevant sein kann, ist der Inhalt beider Mitteilungen die Bekanntgabe ein und derselben Entscheidung des Auftraggebers, den Zuschlag der zweitmitbeteiligten Partei erteilen zu wollen. Über die von der beschwerdeführenden Partei begehrte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde bereits unter Spruchpunkt I des angefochtenen Bescheides abgesprochen. Dass über das Begehr, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären, ein weiteres Mal und zwar im Wege der Entscheidung über einen "Antrag auf Nichtigerklärung der Mitteilung vom 9. März 2004" abgesprochen werden müsste, ist vergabegesetzlich jedoch nicht geboten. Durch die spruchgemäß erfolgte Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Mitteilung vom 9. März 2004 wurde die beschwerdeführende Partei in den ihr vergabegesetzlich gewährleisteten Rechten daher nicht verletzt.

Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. Dezember 2005

#### **Schlagworte**

Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Grundsätzliches zur Parteistellung vor dem VwGH Allgemein Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteienrechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren Rechtsverletzung des Beschwerdeführers Beschwerdelegitimation bejaht

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

ECLI:AT:VWGH:2005:2004040130.X00

#### **Im RIS seit**

19.01.2006

**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)