

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/11/7 2003/04/0135

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.11.2005

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E06302000;  
E3L E06303000;  
E6;  
L72007 Beschaffung Vergabe Tirol;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs3;  
61995CJ0261 Palmisani VORAB;  
61998CJ0078 Preston VORAB;  
61999CJ0470 Universale-Bau AG VORAB;  
62004CJ0129 Espace Trianon VORAB;  
AVG §39 Abs2;  
BVergG 2002;  
EURallg;

LVergabenachprüfungsG Tir 2002 §11 Abs1 Z1 lita;  
LVergabenachprüfungsG Tir 2002 §21;  
LVergabenachprüfungsG Tir 2002 §8 Abs1 Z5;

LVergabenachprüfungsG Tir 2002 §8 Abs2 Z2;  
VwGG §28 Abs1 Z4;

VwGG §42 Abs2 Z1;

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 S GmbH in Schwaz, vertreten durch Dr. Christian Girardi und Dr. Markus Seyrling, Rechtsanwälte in 6010 Innsbruck, Maximilianstraße 29, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 3. Juli 2003, uvs-

2003/K11/008-3, betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002 (mitbeteiligte Partei: S Baugesellschaft m.b.H. in I, vertreten durch Dr. Ewald Jenewein und Dr. Gerhard Zimmermann, Rechtsanwälte in 6020 Innsbruck, Bürgerstraße 21), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 3. Juli 2003 wurde die Entscheidung der Beschwerdeführerin, der S-AG den Zuschlag im Vergabeverfahren "Multifunktionales Sportzentrum S, Teilprojekt Sportzentrum" zu erteilen, als nichtig aufgehoben (Spruchpunkt 1.) und der Beschwerdeführerin vorgeschrieben, der mitbeteiligten Partei die von dieser entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 10.000,-- binnen vierzehn Tagen nach Zustellung des Bescheides zu ersetzen (Spruchpunkt 2.).

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, bei der Beschwerdeführerin handle es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsanteile zu 100 % von der Stadtgemeinde S gehalten würden, weshalb Vergaben der Beschwerdeführerin gemäß § 1 Abs. 2 Z 3 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002, LGBI. Nr. 123/2002 (TVergNG), dem Geltungsbereich dieses Gesetzes unterlägen. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um die Vergabe eines Gewerkes im Rahmen des Gesamtbauvorhabens "Multifunktionales Sportzentrum S", eines Bauauftrages, dessen geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer mehr als EUR 5 Mio. betrage und daher gemäß § 9 Abs. 1 Z 3 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002) ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich sei. Somit seien auch auf das vorliegende Gewerk gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 2002 die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden. Der von der mitbeteiligten Partei gestellte Nachprüfungsantrag entspreche den gesetzlichen Formerfordernissen und sei fristgerecht eingebracht worden. Das Verfahren nach dem TVergNG sowie dem BVergG 2002 sei ein streng antragsgebundenes Verfahren. Dennoch sei die belangte Behörde nach § 39 AVG von Amts wegen aufgerufen, das vorliegende Vergabeverfahren der Beschwerdeführerin "im Rahmen der gestellten Anträge nach jeder Richtung hin" einer Nachprüfung zu unterziehen. Im Rahmen dieser von Amts wegen durchgeführten Nachprüfung sei die Relevanz der von den Parteien bisher vorgetragenen Argumente (hinsichtlich der Alternativangebote der mitbeteiligten Partei sowie der S-AG) insofern in den Hintergrund getreten, als die von der Beschwerdeführerin in den Ausschreibungsunterlagen formulierten Eignungs- und Zuschlagskriterien in keiner Weise den gesetzlichen Vorgaben entsprächen. So ermögliche es die von der Beschwerdeführerin getroffene Regelung, wonach die persönliche Eignung eines Bieters lediglich nachträglich, nach einfacher Aufforderung innerhalb von 7 Tagen, unter Beweis zu stellen sei, dem Bieter durch einfache Unterlassung der aufgetragenen Vorlage von Nachweisen von seinem Angebot zurückzutreten, weil er in diesem Fall vom Auftraggeber ausgeschieden werden müsste. Vielmehr müssten sämtliche Eignungsnachweise spätestens zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung vorliegen, sodass es dem Auftraggeber möglich sei, zu überprüfen, ob ein Bieter über die persönlichen Voraussetzungen verfüge, die notwendig seien, den ausgeschriebenen Auftrag überhaupt zu erfüllen. Weiters habe die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall lediglich zwei Zuschlagskriterien definiert, nämlich den Preis (gewichtet mit 97 %) und das "Qualitätsmanagementsystem" (gewichtet mit 3 %). Während der Preis als solcher ein durchaus zulässiges Zuschlagskriterium sei, sei das "Qualitätsmanagementsystem" ein Kriterium, welches sich ausschließlich auf den Bieter bzw. dessen Organisationsstruktur beziehe und üblicherweise durch eine ISO 9001:2000-Zertifizierung nachgewiesen werde. Weiters habe die Beschwerdeführerin die Offenlegung der Entscheidungsmatrix, welche zur Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes in der Ausschreibung in Aussicht gestellt worden sei, unterlassen. Auch die vorgenommene Gewichtung der Zuschlagskriterien mit 97 % und 3 % entspreche nicht dem in § 67 Abs. 3 BVergG 2002 normierten Bestbieterprinzip, da die Gewichtung des Qualitätsmanagementsystems mit lediglich 3 % einem gesetzwidrigen Billigstbieterprinzip gleichkomme. Daher entsprächen die Ausschreibungsunterlagen in keiner Weise den im Gesetz vorgegebenen Anforderungen. Die von der Beschwerdeführerin getroffene Zuschlagsentscheidung sei daher schon deshalb aufzuheben gewesen, weil ein dem Gesetz entsprechender Zuschlag bzw. eine dem Gesetz entsprechende

Bestbieterermittlung in diesem Verfahren nicht stattfinden könne. Vielmehr werde die Beschwerdeführerin verhalten sein, einen Widerruf der gesamten Ausschreibung vorzunehmen und in weiterer Folge eine Neuaußschreibung durchzuführen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem subjektiven Recht auf Unterbleiben der Nichtigerklärung der von ihr getroffenen Zuschlagsentscheidung verletzt.

2.1. In Ausführung dieses Beschwerdepunktes bringt sie zunächst vor, der Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei habe nicht § 8 TVergNG entsprochen, da das subjektive Recht, in dem sich die mitbeteiligte Partei als verletzt erachtete (Beschwerdepunkt), nicht bestimmt bezeichnet worden sei und das Interesse am Vertragsabschluss nicht dargelegt, sondern lediglich ein möglicher Schaden behauptet worden sei. Die belangte Behörde hätte den Antrag daher als unzulässig zurückweisen müssen.

2.2. Gemäß § 28 Abs. 1 Z 4 VwGG hat eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof die bestimmte Bezeichnung des Rechtes, in dem der Beschwerdeführer verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte), zu enthalten.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 28 Abs. 1 Z 4 VwGG müssen die Beschwerdepunkte nicht ausdrücklich als solche bezeichnet werden; es muss nur insgesamt aus dem Inhalt der Beschwerde erkennbar sein, in welchem subjektiven Recht sich der Beschwerdeführer als verletzt erachtet (vgl. hiezu die bei Mayer, Bundes-Verfassungsrecht3 (2002), 707f, wiedergegebene hg. Rechtsprechung).

Gemäß § 8 Abs. 1 Z 5 TVergNG, hat ein Antrag (auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens) nach § 5 Abs. 1 leg. cit. jedenfalls die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, zu enthalten.

Diese Bestimmung ist ihrem Wortlaut nach § 28 Abs. 1 Z 4 VwGG nachgebildet, sodass es auch für die Bezeichnung des Beschwerdepunktes nach § 8 Abs. 1 Z 5 TVergNG ausreicht, wenn insgesamt aus dem Inhalt des Antrages auf Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erkennbar ist, in welchem subjektiven Recht sich der Antragsteller als verletzt erachtet.

Ausgehend von dieser Rechtslage ist aus dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei im Nachprüfungsantrag, ein Ausscheiden ihres Alternativangebotes hätte gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 deshalb nicht erfolgen dürfen, da dieses Alternativangebot technisch gleichwertig gewesen sei, ausreichend erkennbar, dass sie sich in ihrem subjektiven Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes gemäß § 98 Z 8 BVergG 2002 verletzt erachtet hat. Deshalb durfte die belangte Behörde zu Recht von der bestimmten Bezeichnung des Beschwerdepunktes gemäß § 8 Abs. 1 Z 5 TVergNG ausgehen.

2.3. Im Hinblick auf das Interesse am Vertragsabschluss führte die mitbeteiligte Partei in ihrem Nachprüfungsantrag aus, im Falle des Nichtausscheidens ihres Angebotes hätte ihr als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werden müssen. Dieses Vorbringen ist als Darstellung des Interesses am Vertragsabschluss jedenfalls ausreichend, verweist die mitbeteiligte Partei damit doch auf die Einreichung ihres Angebotes als ausreichenden Nachweis für ihr Interesse an dem streitigen öffentlichen Auftrag (vgl. das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 8. September 2005 in der Rechtssache C-129/04, Espace Trianon SA, Slg. 2005, Randnr. 19, zum Begriff "Interesse an einem öffentlichen Auftrag" in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665).

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt weiters vor, der angefochtene Bescheid stütze sich auf die Auffassung, die Ausschreibung der Beschwerdeführerin sei mit Rechtswidrigkeiten behaftet. Selbst wenn dies zutreffen würde, was durch die Beschwerdeführerin ausdrücklich bestritten werde, so sei darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibung der Beschwerdeführerin nicht bekämpft worden sei, sondern sich der vorliegende Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung der Beschwerdeführerin gerichtet habe. Sollte es daher im Rahmen der Ausschreibung zu rechtswidrigen Entscheidungen gekommen sein, so wären diese mangels fristgerechter Antragstellung jedenfalls gemäß § 11 Abs. 1 Z 1 lit. a TVergNG präkludiert. Darüber hinaus könne die Nichtigerklärung einer Entscheidung der Beschwerdeführerin nur im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte erfolgen. Keinesfalls sei die belangte Behörde berufen, Vergabeverfahren im Rahmen der gestellten Anträge nach jeder Richtung hin einer Nachprüfung zu

unterziehen. Die belangte Behörde hätte sich daher ausschließlich mit den von der mitbeteiligten Partei geltend gemachten Rechtswidrigkeiten beschäftigen müssen. Das von der mitbeteiligten Partei in diesem Zusammenhang gerügte Ausscheiden ihres Alternativangebotes sei in der alternativ angebotenen Leistungsposition technisch nicht als gleichwertig zu beurteilen gewesen. Auch die nunmehr seitens der mitbeteiligten Partei beabsichtigte Kombination zwischen Haupt- und Alternativangebot sei aus Gründen des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebotes nicht möglich gewesen. Ebenso lägen die von der belangten Behörde behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibung nicht vor. So habe etwa das Bundesvergabeamt eine Gewichtung von 98 % Preis zu 2 % Gewährleistung ausdrücklich nicht beanstandet. Hinsichtlich Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit normiere § 52 Abs. 4 BVerG 2002, dass diese beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müssten. Dass die Qualifikation bis zu diesem Zeitpunkt auch nachgewiesen werden müsse, lasse sich jedoch nicht erschließen; vielmehr entspreche die Vorgangsweise der Beschwerdeführerin dem Gesetz und ermögliche es Bieter nicht, durch Unterlassung der aufgetragenen Vorlage von Nachweisen von ihrem Angebot zurückzutreten. Auch sei es zu keiner Vermischung von Zuschlags- und Eignungskriterien gekommen, da die Normen der ISO 9000-Reihe nicht nur bieter-, sondern auch angebotsbezogen gewertet werden könnten. Sie stünden im unmittelbaren Zusammenhang mit der Qualität der Ausführung der Leistung und mit diesen Kriterien sei das Zuschlagskriterium "Qualität der Leistung" genau definiert. Mit der Behauptung, die Offenlegung der "Entscheidungsmatrix" sei unterlassen worden, übersehe die belangte Behörde, dass diese "Entscheidungsmatrix" auf Seite 31 der Ausschreibungsunterlage ausführlich dargestellt worden sei. Hinzu komme, dass gemäß § 5 Abs. 5 TVergNG die belangte Behörde einen Schlichtungsversuch vorzunehmen gehabt habe, weshalb der angefochtene Bescheid auch aus diesem Grund an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften leide.

### 3.2. Dieses Vorbringen führt die Beschwerde zum Erfolg:

Der angefochtene Bescheid beruht auf der Auffassung der belangten Behörde, sie habe sich nicht mit dem von der mitbeteiligten Partei in ihrem Nachprüfungsantrag gestellten Vorbringen zu beschäftigen, da die in der Ausschreibung der Beschwerdeführerin enthaltenen Eignungs- und Zuschlagskriterien "in keiner Weise" den gesetzlichen Vorgaben entsprächen. Da aus diesem Grund ein dem Gesetz entsprechender Zuschlag nicht stattfinden könne, müsse die Zuschlagsentscheidung schon aus diesem Grund aufgehoben werden.

3.3. Damit übersieht die belangte Behörde jedoch, dass sowohl das BVerG 2002 als auch das TVergNG 2002 zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen unterscheiden und gesondert anfechtbare Entscheidungen innerhalb gesetzlich vorgegebener Präklusionsfristen angefochten werden müssen.

Gemäß § 11 Abs. 1 Z 1 lit. a TVergNG 2002 sind Anträge auf Nachprüfung betreffend Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich im offenen Verfahren hinsichtlich der Ausschreibung spätestens 14 Tage, in beschleunigten Verfahren sieben Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist einzubringen.

Gemäß § 8 Abs. 2 Z 2 TVergNG 2002 ist der Antrag unzulässig, wenn er nicht innerhalb der im § 11 genannten Frist gestellt wird.

Mit dieser Neugestaltung des Rechtsschutzsystems verfolgten sowohl Bundes- als auch Landesgesetzgeber das "Ziel einer möglichst raschen Abhandlung der Nachprüfungsverfahren", um "allzu große Verzögerungen bei der Realisierung von Investitionen der öffentlichen Hand zu vermeiden". Behauptete Rechtsverstöße sollen daher innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Präklusionsfristen möglichst frühzeitig geltend gemacht werden, was ein Zuwarten mit der Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes unzulässig macht (vgl. zum Ganzen das hg. Erkenntnis vom 1. März 2004, Zi. 2004/04/0012, mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen hinsichtlich der Ausschreibung sinnlos wäre, könnte sich der Bieter regelmäßig darauf berufen, vertraut zu haben, dass der Auftraggeber die rechtswidrige Ausschreibungsbestimmung ohnehin nicht anwenden werde. Vielmehr wird die Ausschreibung - selbst wenn sie rechtswidrig sein sollte, was vorliegend dahin stehen kann - mangels rechtzeitiger Anfechtung gemäß § 8 Abs. 2 Z 2 TVergNG nicht mehr bekämpfbar (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004, Zi. 2004/04/0054).

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Ausschreibung der Beschwerdeführerin nicht bekämpft wurde. Aus diesen Gründen war die Ausschreibung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall unanfechtbar (bestandsfest) geworden (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 15. September 2004 sowie auch das hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 2004,

ZI. 2004/04/0105, zur Unanfechtbarkeit einer Zuschlagsentscheidung hinsichtlich einzelner Lose).

3.4. Es ist im vorliegenden Fall auch nicht zu sehen, dass dieser Unanfechtbarkeit die Bestimmungen der - durch das TVergNG gemäß dessen § 21 umgesetzte - (Rechtsmittel-)Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 33, entgegen stünden:

So hat der EuGH bereits ausgesprochen, "dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen grundsätzlich dem sich aus der Richtlinie 89/665 ergebenden Effektivitätsgebot genügt, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist" und es außer Zweifel steht, "dass durch Sanktionen wie die Präklusion gewährleistet werden kann, dass rechtswidrige Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber nach ihrer Bekanntgabe an die Betroffenen so rasch wie möglich angefochten und berichtigt werden, was ebenfalls mit den Zielen der Richtlinie 89/665 und mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit in Einklang steht" (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, ZI. 2002/04/0078, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99, Universale-Bau AG, Slg. 2002, Seite I-11617, Randnr. 76 und 78).

3.5. Ist aber eine Entscheidung des Auftraggebers unanfechtbar (bestandsfest) geworden, so ist auch die Vergabekontrollbehörde nicht befugt, Rechtswidrigkeiten dieser Entscheidung von Amts wegen aufzugreifen. Die Fristgebundenheit von Nachprüfungsanträgen wäre nämlich sinnlos, könnte die Vergabekontrollbehörde eine unanfechtbar gewordene (bestandsfeste) Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfung von auf dieser Entscheidung aufbauenden Entscheidungen des Auftraggebers überprüfen.

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung auf ihrer Ansicht nach vorliegende Rechtswidrigkeiten der unanfechtbar gewordenen (bestandsfesten) Ausschreibung gestützt. Damit hat sie aber den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

4. Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 7. November 2005

### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 62004J0129 Espace Trianon VORAB

EuGH 61995J0261 Palmisani VORAB

EuGH 61998J0078 Preston VORAB

EuGH 61999J0470 Universale-Bau AG VORAB

### **Schlagworte**

Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7Gemeinschaftsrecht Richtlinie

EURallg4Gemeinschaftsrecht Richtlinie Umsetzungspflicht EURallg4/2Besondere RechtsgebieteRechtsgrundsätze

Fristen VwRallg6/5Gemeinschaftsrecht Terminologie Definition von Begriffen EURallg8

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

ECLI:AT:VWGH:2005:2003040135.X00

### **Im RIS seit**

19.01.2006

### **Zuletzt aktualisiert am**

11.11.2011

**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)