

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/6/29 2002/04/0180

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.06.2005

## Index

E6j;  
L72004 Beschaffung Vergabe Oberösterreich;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

62001CJ0448 EVN VORAB;  
AVG §62 Abs4;  
BVergG 1997 §39 impl;  
LVergG OÖ 1994 §20;

## 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 M GmbH in O, vertreten durch Dr. Otto Holter, Dr. Gerald Wildfellner, Dr. Klaus Holter, Dr. Stefan Holter und Mag. Mario Schmieder, Rechtsanwälte in 4710 Grieskirchen, Rossmarkt 21, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 5. November 2002, Zl. VWSen-550062/23/KI/Rd, betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem O.ö. Vergabegesetz (mitbeteiligte Partei: B AbfallbehandlungsgmbH in L, vertreten durch Siemer - Siegl - Füreder & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Dominikanerbastei 10), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

Die Mitbeteiligte hat im Verhandlungsverfahren einen Baukonzessionsvertrag zum Bau und Betrieb einer oder mehrerer Anlagen zur gesetzeskonformen Behandlung von Haus- und Sperrabfällen ab 1. Jänner 2004 bis spätestens 1. Jänner 2012 sowie zum Abtransport der Abfälle von den entsprechenden Übergabestellen und Rücktransport der deponiefähigen Reststoffe aus der Behandlung, Dauer der Konzession mindestens 17,5 Jahre, (Bauarbeit) ausgeschrieben. Die Ausschreibungsbekanntmachung wurde am 25. Juli 2001 abgesendet; der Ausschreibungstext wurde am 2. August 2001 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Die

Teilnahmefrist wurde bis 17. September 2001 festgesetzt. Hinsichtlich Art und Umfang der Leistungen wurde auf zusätzliche Projektinformationen beim Auftraggeber hingewiesen. Unter den geforderten Eignungsnachweisen wurde u.a. verlangt: "Erklärung über den Gesamtumsatz; Erklärung über den Umsatz mit Bauarbeiten der letzten drei Geschäftsjahre". Weiters wurden "Nachweise sinngemäß auch für Betreiberleistungen" gefordert. Unter "sonstige Angaben" wurde in der Beilage darauf hingewiesen, dass beim Auftraggeber eine Informationsschrift angefordert werden könne, "aus der weitere wesentliche Randbedingungen des zu vergebenden Auftrages ersichtlich sind".

Dieser Bewerberinformation waren Erläuterungen über Auftraggeber, Ort der Ausführung, Gegenstand der Konzession, Art und Umfang der Leistungen sowie Anforderungen an den Unternehmer (Eignungsnachweise) zu entnehmen. In Punkt 2.4. wurde u. a. erläutert, dass die Eignung der Bewerber anhand der eingereichten Bewerbungsunterlagen geprüft wird. Im Einzelnen sind Befugnis, Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, technische und fachliche Leistungsfähigkeit für sämtliche angefragten Leistungen nachzuweisen. In Punkt 2.4.3. "finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" wird als Nachweis für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit u.a. verlangt:

"...

4. Eine Erklärung über den Gesamtumsatz und Einzelerklärungen über die Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre, die  
\* mit der Errichtung von Behandlungsanlagen für Haus- und Sperrabfälle,

\* mit der Behandlung von Haus- und Sperrabfällen

\* dem Transport von Haus- und Sperrabfällen

erzielt wurden".

In einem am 7. September 2001 versendeten Informationsschreiben "Eignungsprüfung im Teilnahmewettbewerb" wurde in Punkt 3. "Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" festgehalten, dass "die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Teilnahmewettbewerb gegeben ist, wenn der Bewerber die nachfolgend aufgeführten Mindestumsätze überschreitet. Im Fall von Bewerbergemeinschaften werden die Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch dann erfüllt, wenn die jeweils betrachteten Umsätze der Mitglieder der Bewerbergemeinschaft in Summe die geforderten Mindestumsätze überschreiten.

\* Gesamtumsatz mind. 55 Mio Euro in den letzten drei Jahren in Summe

\* Einzelumsatz aus dem Betrieb von Restabfallbehandlungsanlagen mind. ca. 10 Mio Euro in den letzten drei Jahren in Summe

\* Einzelumsatz Errichtung Behandlungsanlagen für Haus- und Sperrabfälle mind. 70 Mio Euro

\* Einzelumsatz Transport mind. 3,5 Mio Euro in den letzten drei Jahren."

Dieses Informationsschreiben wurde am 7. September 2001 allen Bewerbern, die eine Bewerberinformation angefordert hatten, übersendet, so auch der Beschwerdeführerin. Weiters wurden die Bewerber mit Schreiben vom 11. September 2001 von der Verlängerung der Teilnahmefrist bis 26. September 2001 verständigt. Die Friständerung für den Eingang der Teilnahmeanträge wurde am 14. September 2001 im Supplement zum Amtsblatt der EG veröffentlicht. Der Inhalt der Bekanntmachung wurde nicht geändert.

Die Beschwerdeführerin stellte nach Zugang der vorgenannten Information am 26. September 2001 einen Teilnahmeantrag mit Angaben zu ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, insbesondere auch zu den von der Mitbeteiligten verlangten Umsatzzahlen in den letzten drei Jahren.

Bei der Prüfung der Teilnahmeanträge am 22. Oktober 2001 wurden von neun fristgerecht eingegangenen Bewerbungen vier Bewerber als geeignet befunden, fünf Bewerber als nicht geeignet ausgeschlossen. Hinsichtlich des Teilnahmeantrages der Beschwerdeführerin wurde in einem Vermerk festgehalten:

"Der Bewerber weist für die letzten drei Jahre in Summe einen Umsatz von 108,6 Mio ATS (oder 7,9 Mio Euro) nach. Dieser vermutlich durch Abfallbehandlung hervorgerufene Umsatz ist deutlich geringer als der von den Bewerbern geforderte in Höhe von 10 Mio Euro aus dem Betrieb von Restabfallbehandlungsanlagen. Auch gemeinsam mit dem

K. Müllabfuhrunternehmen kann der Gesamtumsatz von 175,9 Mio ATS (oder 12,8 Mio Euro) nicht den geforderten Mindestumsatz von 55 Mio Euro erreichen. Für die hier zu vergebende Baukonzession kann der Bewerber daher nicht als finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig angesehen werden".

Die Beschwerdeführerin wurde mit Schreiben vom 23. Oktober 2001 verständigt, dass sie gemäß § 28 Abs. 6 Z. 2 O.ö. Vergabegesetz von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werde, weil ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit für ein Vorhaben der gegenständlichen Größenordnung als nicht ausreichend zu qualifizieren sei. Das Unternehmen verfehle nach den im Teilnahmeantrag gemachten Angaben den erforderlich erachteten und als Mindestbedingung bekannt gegebenen Mindestumsatz bei weitem.

Mit Schriftsatz vom 22. März 2002 stellte die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der im Einzelnen angeführten Entscheidungen der mitbeteiligten Partei:

- die Ausschreibung samt Teilnahmewettbewerb
- die ergänzenden Ausschreibungen vom 7.9. und 14.9.,  
insbesondere die Entscheidung der Auftraggeberin per 7.9. Mindestumsätze als Eignungskriterium einzuführen und weitere Kriterien "nachzuschieben"
- den Ausschluss der Antragstellerin vom Teilnahmewettbewerb, sowie die Entscheidung, die Antragstellerin nicht zur Anbotslegung einzuladen
- die Entscheidung, die Bietergemeinschaft A bzw. E AG - L AG (offensichtlich gemeint: L Service GmbH) zur Anbotslegung einzuladen
- die Entscheidung, die Frist für den Eingang der Bewerbungen kürzer als 52 Tage vorzusehen
- die Entscheidung der Auftraggeberin, der Antragstellerin lediglich auszugsweise Einsicht in die Niederschrift des Vergabeverfahrens zu gewähren
- das diskriminierende Teilnahmekriterium, wonach dem Konzessionsgeber schon jetzt ein Minderheitenanteil an der künftigen Betreibergesellschaft einzuräumen ist
- die zusätzlich im Schriftstück "Eignungsprüfung im Teilnahmewettbewerb" aufgestellten Kriterien.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung der Beschwerdeführerin gegen den ihren Nachprüfungsantrag und die Anträge auf Nichtigerklärung als unbegründet abweisenden Bescheid der OÖ Landesregierung keine Folge gegeben. Als Rechtsgrundlage wurden die §§ 10, 11, 29, 41, 42, 58, 60 und 61 O.ö. Vergabegesetz genannt.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des eingangs dargestellten Sachverhaltes und der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen aus, in der Bekanntmachung seien als (Eignungs-)Nachweise u.a. eine Erklärung über den Gesamtumsatz sowie über den Umsatz mit Bauarbeiten in den letzten drei Geschäftsjahren gefordert worden; auch in der anzufordernden (in der Bekanntmachung angekündigten) Bewerberinformation habe es in diesem Punkt keine weiteren Ausführungen gegeben. Erst auf Grund von Bewerberanfragen sei in einer gesonderten Informationsschrift "Eignungsprüfung im Teilnahmewettbewerb" ein Maßstab bzw. eine Mindestanforderung an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erläutert worden, indem konkrete Mindestumsatzzahlen bekannt gegeben worden seien. Gleichzeitig sei mitgeteilt worden, dass bei Überschreiten der angeführten Mindestumsätze der Bewerber finanziell geeignet sei. Der Auftraggeber bestimme in der Bekanntmachung oder in den

Ausschreibungsunterlagen in Abhängigkeit von der geforderten Leistung ein bestimmtes Niveau an technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit, bei dessen Erreichen der Bieter zur Angebotslegung oder -bewertung zugelassen, bei dessen Nichterreichen er jedoch wegen mangelnder technischer oder wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werde. Die Leistungsfähigkeit werde somit in ihrer Größe festgelegt bzw. quantifiziert. Die Bekanntmachung müsse zwingend die Kriterien enthalten, nach denen der Auftraggeber seine Teilnehmer auswählen werde. Es sei festzulegen, über welche Eignung ein Bewerber oder Bieter verfügen müsse; hiezu seien Mindestkriterien in die Ausschreibungsunterlagen bzw. Bekanntmachung aufzunehmen. Dafür gebe es zwar keine ausdrückliche gesetzliche Anordnung, doch seien die Eignungskriterien aus den gesetzlich aufgezählten Eignungsnachweisen abzuleiten. Diese stellten in Summe die Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter dar. Die Eignungskriterien seien in Anlehnung an die zulässigen Eignungsnachweise festzulegen. Die nach dem Gesetzeswortlaut in der Bekanntmachung anzuführenden Eignungsnachweise seien im Beschwerdefall auch tatsächlich angeführt worden. Nach dem Sinn des Gesetzes müsse mit der Festlegung der Nachweise jedoch bereits eine Festlegung der Eignungskriterien in concreto - und nicht in abstracto nach der gesetzlichen Aufzählung gemäß § 29 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz - durch den Auftraggeber stattgefunden haben. Diese auf den konkreten Auftragsgegenstand bezogenen Eignungsmerkmale habe der Auftraggeber schon bei der Bekanntmachung festzusetzen und die dadurch sich ergebenden Nachweise zu fordern, sodass schon aus diesen Angaben für den Interessenten eine Beurteilung möglich sei, ob für ihn eine Beteiligung am Verfahren in Frage komme. Es genüge daher nicht, nur den zu erbringenden Nachweis in die Bekanntmachung aufzunehmen, sondern es hätte vielmehr auch der Angabe des spezifischen Eignungskriteriums bedurft. Die Beschwerdeführerin sei daher grundsätzlich mit ihrer Behauptung im Recht, die in der Bekanntmachung im Zusammenhang mit der ursprünglichen Bewerberinformation geforderten Nachweise über den Gesamtumsatz bzw. Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre für die Errichtung von Behandlungsanlagen, Behandlung und Transport von Haus- und Sperrabfällen hätten einen Rückschluss auf bestimmte Mindestanforderungen an die Bewerber noch nicht zugelassen. Dies würde daher für sich betrachtet einen Verstoß gegen das O.ö. Vergabegesetz darstellen.

Gestützt auf die grundsätzlichen Aussagen zum Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur Frage der Festlegung der Zuschlagskriterien sei bei der rechtlichen Beurteilung der nachträglichen Konkretisierung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit durch Festsetzung eines bestimmten Mindestumsatzes als Mindestanforderung an den Bieter im Beschwerdefall jedoch Folgendes zu berücksichtigen: Die Festlegung der Mindestumsätze als Mindestanforderungen für die finanzielle und wirtschaftliche Eignung des Bieters in der Informationsschrift "Eignungsprüfung im Teilnahmewettbewerb" sei allen Bewerbern, die sich nach der in der Bekanntmachung angeführten Bewerberinformation erkundigt hätten, zugegangen, und auch der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. September 2001, also noch vor Ablauf der ursprünglichen Teilnahmefrist, nachweislich übersandt worden. Darüber hinaus sei die Teilnahmefrist verlängert worden. Es sei daher der Beschwerdeführerin - wie auch den übrigen Bewerbern - anhand der bekannt gegebenen Mindestumsatzzahlen offen gestanden zu erwägen, ob eine Teilnahme in Betracht komme. Da sämtliche Bewerber verständigt worden seien, sei der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden. Die Mindestumsatzzahlen seien auch noch vor Ablauf der Teilnahmefrist bekannt gegeben worden; die Auftraggeberin habe sich an die vorgegebenen Mindestumsatzzahlen bei der Beurteilung der Eignung der Bewerber gehalten, sodass auch das Transparenzgebot nicht verletzt worden sei. Die Auftraggeberin habe dieses Kriterium objektiv und einheitlich auf alle Bewerber angewendet und auch nachvollziehbar und glaubwürdig dargelegt, dass für die gegenständliche Bauleistung eine besondere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben sein müsse, wobei als Bewertungsmaßstab der Unternehmensumsatz herangezogen werde. Umsatz und Auftragswert müssten in einem wirtschaftlich vertretbaren Verhältnis stehen, ansonsten gefährdeten die Kosten der Umsatzausweitung den wirtschaftlichen Bestand des Unternehmens. Da die Mindestumsatzzahlen auf alle Bieter gleichmäßig angewendet worden seien und andere Bewerber diese Umsatzzahlen tatsächlich hätten erfüllen können, die Beschwerdeführerin aber diese Zahlen bei weitem unterschritten habe, sei sie in keinen Rechten verletzt worden. Aus der Bekanntmachung des Eignungskriteriums der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und des Nachweises des Gesamtumsatzes habe ein durchschnittlich fachkundiger Bewerber schließen können, die Auftraggeberin habe ein bestimmtes Mindestniveau des Gesamtumsatzes für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit vor Augen. Es sei daher für jedermann erkennbar gewesen, dass die Auftraggeberin aus dem Unternehmensumsatz auf die Zahlungsfähigkeit und daher

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens schließen werde. Die Beschwerdeführerin sei daher vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen bzw. nicht mehr zur Angebotsabgabe einzuladen gewesen. Ihr Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren sei nicht rechtswidrig.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete ebenso wie die mitbeteiligte Partei eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid insbesondere in ihrem Recht auf Nichtausschluss bzw. weitere Teilnahme am Vergabeverfahren verletzt. In Ausführung dieses Beschwerdepunktes bringt sie vor, die belangte Behörde negiere § 11 Abs. 2 iVm § 29 O.ö. Vergabegesetz, wonach in der Bekanntmachung zur Erkundung des Bewerberkreises der Auftraggeber alle als zur Eignungsprüfung erforderlich erachteten Unterlagen anzugeben habe. Diese Aufzählung sei taxativ. Das O.ö. Vergabegesetz kenne nicht die Möglichkeit, nachträglich Erfordernisse oder Kriterien "nachzuschieben". Im gegenständlichen Vergabeverfahren sei weder bei der öffentlichen Bekanntmachung noch bei der Bewerberinformation ein Mindestumsatz, sondern lediglich eine Mitteilung über den Gesamtumsatz gefordert worden. Erst nachträglich sei ein neues Beurteilungskriterium, nämlich der Mindestumsatz, "nachgeschoben" worden. Dabei handle es sich nicht um eine Konkretisierung der Ausschreibungsbedingungen, sondern um eine gänzlich neue Ausschreibung. In der mündlichen Berufungsverhandlung habe die Auftraggeberin auch zugegeben, dass die allgemeinen Eignungskriterien bei der öffentlichen Bekanntmachung festgestanden und auch beschlossen worden seien. Der Mindestumsatz für ein sich bewerbendes Unternehmen sei hingegen erst danach festgelegt und auch erst im Zuge des Verfahrens bekannt gegeben worden. Die belangte Behörde erkenne richtig, dass nachträgliche Anforderungen des Auftraggebers, die in der Ausschreibung und den an die Bieter übermittelten Anforderungsprofilen keinen Ausdruck gefunden hätten, nicht möglich seien. Dennoch werde die nachträgliche Festsetzung von Mindestumsatzzahlen für zulässig erklärt. Die belangte Behörde könne nicht darstellen, warum sie im Beschwerdefall keinen Verstoß gegen § 11 O.ö. Vergabegesetz annehme, obwohl nach der Bekanntmachung Eignungskriterien nachträglich gefordert worden seien. Ebenso wenig werde dargetan, warum trotz eines geänderten Inhaltes der Ausschreibung die belangte Behörde lediglich von einer Konkretisierung und nicht von einer Neuauusschreibung (durch die nachträglich angeführten bzw. geforderten Umsatzzahlen) ausgehe.

Gemäß § 61 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz, LGBI. 59/1994 idF 79/2000, ist eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn

1. diese im Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Landesgesetzes oder einer auf Grundlage dieses Landesgesetzes ergangenen Verordnung steht und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Dem angefochtenen Bescheid liegt zunächst die Auffassung zu Grunde, der Ausschluss der beschwerdeführenden Partei vom Verhandlungsverfahren sei nicht rechtswidrig gewesen, weil die Festlegung der Mindestumsätze als Mindestanforderungen für die finanzielle und wirtschaftliche Eignung in der zweiten Informationsschrift allen Bewerbern zugegangen und daher der Grundsatz der Objektivität und Transparenz gewahrt worden sei.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 1 Z. 4 O.ö. Vergabegesetz ist ein Verhandlungsverfahren ein Verfahren, in dem mit einem Unternehmen oder mehreren ausgewählten Unternehmen über einen Auftragsinhalt verhandelt wird.

An einem Verhandlungsverfahren nehmen gemäß § 10 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz nur solche Unternehmen teil, die vom Auftraggeber zur Abgabe von Angeboten eingeladen werden. Der Einladung zur Angebotsabgabe hat gemäß § 10 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz, wenn dieses Landesgesetz nicht bestimmt, dass die Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe unterbleiben kann, eine öffentliche Erkundung des Bewerberkreises (§ 11) vorauszugehen.

Die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises beginnt gemäß § 11 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz mit der Bekanntmachung, einen Auftrag im Verhandlungsverfahren vergeben zu wollen. In der Bekanntmachung sind Unternehmen aufzufordern, sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren zu bewerben.

Die Bekanntmachung hat gemäß § 11 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz jedenfalls den Termin, bis zu dem die Teilnahmeanträge eingelangt sein müssen, die Zuschlagskriterien und jene Angaben zu enthalten, die es den Interessenten ermöglichen, zu beurteilen, ob für sie eine Beteiligung am Verfahren in Frage kommt. Überdies hat der Auftraggeber bekannt zu machen, welche zur Eignungsprüfung erforderlichen Unterlagen dem Teilnahmeantrag anzuschließen sind.

Gemäß § 11 Abs. 5 O.ö. Vergabegesetz ist die Eignung der Bewerber gemäß § 29 zu überprüfen. Hierüber ist ein Prüfbericht zu verfassen.

Gemäß § 29 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz gilt ein Bewerber oder Bieter als zur Ausführung eines Auftrages geeignet, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. die Befugnis zur Erbringung der Leistung;
2. die Zuverlässigkeit;
3. die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit;
4. die technische und fachliche Leistungsfähigkeit;
5. im Falle eines Dienstleistungsauftrages die nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes erforderliche Mitgliedschaft in einer bestimmten Organisation.

Die nach Durchführung der Überprüfung als geeignet befundenen Bewerber sind gemäß § 11 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz am weiteren Verfahren jedenfalls zu beteiligen. Darüber hinaus steht es dem Auftraggeber frei, auch verspätet eingelangte Bewerbungen zu berücksichtigen und von sich aus weitere Unternehmen in das Verfahren miteinzubeziehen.

Die nach der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises zum weiteren Verfahren zugelassenen Bewerber sind gemäß § 11a Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz vom Auftraggeber gleichzeitig schriftlich aufzufordern, ihre Angebote einzureichen.

Gemäß § 20 O.ö. Vergabegesetz ist die Ausschreibung zu berichtigen, wenn während der Angebotsfrist Veränderungen in den Ausschreibungsbedingungen eintreten, Berichtigungen der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen sind oder zusätzliche Informationen gegeben werden müssen. Die Angebotsfrist ist entsprechend zu verlängern, wenn die Berichtigung in den Ausschreibungsbedingungen auf die Erstellung der Angebote wesentlichen Einfluss hat und diese Berichtigung nicht vor Ablauf der halben Angebotsfrist erfolgt. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung ist, wenn eine Berichtigung von Bekanntmachungen erforderlich ist, der Umstand der Berichtigung ebenso bekannt zu machen wie die ursprüngliche Bekanntmachung. Abs. 3 normiert, dass allen Bewerbern, die Ausschreibungsunterlagen erhalten haben, diese Berichtigung schriftlich zu übermitteln ist, wenn die Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist. Ist dies nicht möglich, so ist die Berichtigung ebenso bekannt zu machen wie die Ausschreibung.

Die vorgenannte Bestimmung regelt die vom Auftraggeber bei der Berichtigung der Ausschreibung einzuhaltende Vorgangsweise. Es kommen in diesem Zusammenhang dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Bewerbern bzw. BieterInnen und dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbs besondere Bedeutung zu. Das bedeutet vor allem, dass alle für die Angebotserstellung relevanten Informationen allen BieterInnen und Bewerbern in gleichem Umfang und - soweit möglich - gleichzeitig zur Verfügung gestellt werden müssen. Eine Berichtigung der Ausschreibung ist nur während der Frist, die für das Einlangen der Angebote offen steht ("Angebotsfrist"), möglich, da die Bieter mit Ablauf der Angebotsfrist an ihre Angebote gebunden sind und zu diesem Zeitpunkt auf eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen nicht reagieren können. Eine Berichtigung der Ausschreibung ist auch nur insoweit

zulässig, als es dadurch nicht zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung kommt. Diesfalls wäre nämlich die Ausschreibung wegen Vorliegens zwingender Gründe zu widerrufen (vgl. dazu Heid/Hauck/K. Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts, 2002, S. 189 zur wortidenten Bestimmung des § 39 BVergG 1997).

Eine Berichtigung der Ausschreibung ist demnach nicht nur auf die Anwendungsfälle des§ 62 Abs. 4 AVG beschränkt, sondern erfasst auch vom Auftraggeber übersehene oder vergessene wesentliche Bestimmungen in den Ausschreibungsbedingungen, sofern diese nicht zu einer inhaltlichen Änderung der Ausschreibung führen. Im Beschwerdefall wurden die Ausschreibungsbedingungen in Punkt 3. "Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" um das Erfordernis eines bestimmten Mindestumsatzes ergänzt (im Sinn des § 20 O.ö. Vergabegesetz berichtigt) und die Ausschreibungsfrist verlängert. Dass diese Änderung nicht erforderlich und die Berichtigung daher nicht zulässig gewesen wäre, wird von der beschwerdeführenden Partei nicht behauptet. Auch der Verwaltungsgerichtshof kann nicht finden, dass diese Ergänzung der Ausschreibungsbedingungen eine inhaltliche Änderung der Ausschreibung derart bewirkt hätte, dass diese zu widerrufen und in weiterer Folge mit einer Neuausschreibung vorzugehen gewesen wäre. Entgegen der Ansicht der beschwerdeführenden Partei begann daher mit der Ergänzung der Ausschreibungsbedingungen durch das Erfordernis eines bestimmten Mindestumsatzes die Abgabefrist nicht neu zu laufen, sondern wurde entsprechend verlängert (§ 20 O.ö. Vergabegesetz). Die - unstrittig - auf alle Bieter in gleicher Weise angewendeten Ausschreibungsbedingungen begegnen demnach auch aus dem Blickwinkel der Gleichbehandlung, Objektivität und Transparenz des Verfahrens keinen Bedenken (vgl. insbesondere zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 4. Dezember 2003 in der Rechtssache C-448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH, Rn. 47). Da die beschwerdeführende Partei die geforderten Mindestumsatzzahlen unstrittig nicht erreicht hat, kann ihr Ausschluss vom Teilnahmewettbewerb nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Schon aus diesem Grund erweist sich die Beschwerde als unbegründet und war gemäß§ 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Von der von der beschwerdeführenden Partei beantragten Verhandlung konnte gemäß§ 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden. Der Anforderung des Art. 6 EMRK wurde im gegenständlichen Fall durch die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne der EMRK, Genüge getan (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2004, ZI. 2004/04/0175).

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

Wien, am 29. Juni 2005

#### **Gerichtsentscheidung**

EuGH 62001J0448 EVN VORAB

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2002040180.X00

**Im RIS seit**

01.08.2005

**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)