

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/6/30 2004/04/0028

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.06.2004

## **Index**

L72006 Beschaffung Vergabe Steiermark;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## **Norm**

AVG §56;  
BVergG 2002 §20 Z13;  
LVergabenachprüfungsG Stmk 2003 §12 Abs5;  
LVergabenachprüfungsG Stmk 2003 §14 Abs1;  
LVergabenachprüfungsG Stmk 2003 §3 Abs1 Z2;  
LVergabenachprüfungsG Stmk 2003 §4 Abs1;  
LVergabenachprüfungsG Stmk 2003 §7 Abs1 Z7;  
VwGG §33 Abs1;  
VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer sowie die Hofräte Dr. Stöberl, Dr. Rigler, Dr. Bayjones und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Siegl, über die Beschwerde der A GmbH, Nachfolge GmbH & Co KG, in N, vertreten durch Eisenberger & Herzog, Rechtsanwaltssozietät in 8010 Graz, Hilmgasse 10, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark vom 2. Februar 2004, Zlen. UVS 443.7-1/2004-9 und UVS 453.7-1/2004-9, betreffend Zurückweisung von Anträgen im Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Abfallwirtschaftsverband G, F, T Straße 57), zu Recht erkannt und den Beschluss gefasst:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Spruchpunkt I. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Soweit sich die Beschwerde gegen den Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides richtet, wird sie als unbegründet abgewiesen.

Soweit sich die Beschwerde gegen den Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides richtet, wird sie als gegenstandslos geworden erklärt und das Verfahren eingestellt.

Das Land Steiermark hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.088,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin im Verfahren vor der belangten Behörde hat die mitbeteiligte Partei die Verwertung des Rest- und Sperrmülls in einem offenen Verfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2002 ausgeschrieben. In diesem Ausschreibungsverfahren wurde das Angebot des Containerdienstes B. an erster Stelle, jenes des Unternehmens E. an zweiter Stelle und das Angebot der Beschwerdeführerin an dritter Stelle gereiht. Am 14. Jänner 2004 hat die mitbeteiligte Partei den Bieterin die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Containerdienstes B. bekannt gegeben.

Die Beschwerdeführerin brachte am 27. Jänner 2004 bei der belangten Behörde einen auf § 4 des Steiermärkischen Vergabe-Nachprüfungsgegesetzes (im Folgenden: VergNprG) gestützten Nachprüfungsantrag ein, mit dem sie Folgendes begehrte:

"Der Unabhängige Verwaltungssenat wolle

1. die Entscheidung des Auftraggebers, wonach der Zuschlag dem Containerdienst B. erteilt werden soll, für rechtswidrig erklären und
2. die Entscheidung des Auftraggebers, die Firma Containerdienst B. nicht auszuscheiden, für rechtswidrig erklären, und
3. die Entscheidung des Auftraggebers, die Firma E. nicht auszuscheiden für rechtswidrig erklären."

Gleichzeitig beantragte sie die Erlassung einer bis zur rechtskräftigen Erledigung des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 26. März 2004, gültigen einstweiligen Verfügung des Inhalts, dass der mitbeteiligten Partei untersagt werde, den Zuschlag an den erstgereichten Bieter zu erteilen.

Mit Bescheid vom 2. Februar 2004 hat die belangte Behörde den Antrag, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Containerdienstes B. für rechtswidrig zu erklären, als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkt I.);

die Anträge, die Entscheidungen des Auftraggebers, den Containerdienst B. und das Unternehmen E. nicht auszuscheiden, für rechtswidrig zu erklären, als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkt II.) und

den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung als unzulässig zurückgewiesen (Spruchpunkt III.).

Den Spruchpunkt I. begründete die belangte Behörde im Wesentlichen wie folgt:

Der Unabhängige Verwaltungssenat sei gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 VergNprG bis zur Zuschlagserteilung zuständig, rechtswidrige Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären. Das Begehen der Beschwerdeführerin sei jedoch darauf gerichtet, den Zuschlag für rechtswidrig zu erklären. Mit einer Nichtigerklärung werde eine Auftraggeberentscheidung vernichtet, wogegen eine Entscheidung durch die Erklärung als rechtswidrig nicht beseitigt werde. Das Begehen der Beschwerdeführerin, den Zuschlag für rechtswidrig zu erklären, sei eher als - vor Zuschlagserteilung unzulässiger - Feststellungsantrag gemäß § 15 Abs. 1 VergNprG zu werten. Die Behörde sei an das Antragsbegehen gebunden. Eine amtswegige Umdeutung komme nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht in Betracht. Ein verbesserungsfähiger Mangel gemäß § 13 Abs. 3 AVG liege nicht vor, weil das unzulässige Begehen einer positiven Erledigung entgegenstehe.

Zu Spruchpunkt II. führte die belangte Behörde aus, dass es sich bei der Unterlassung der Ausscheidung der beiden bestgereichten Bieter nicht um eine gesondert anfechtbare Entscheidung handle. Überdies seien diese Unterlassungen nicht als Akt nach außen in Erscheinung getreten und könnten daher nicht für nichtig erklärt werden. Abgesehen davon seien diese Anträge mit dem zu Spruchpunkt I. behandelten nicht verbesserungsfähigen Mangel behaftet, weil sie nicht auf Nichtigerklärung gerichtet seien.

Schließlich begründete sie Spruchpunkt III. damit, dass der Antrag auf einstweilige Verfügung zurückzuweisen sei, weil kein zulässiger Hauptantrag vorliege.

Gegen diesen Bescheid richtet sich vorliegende, der Sache nach inhaltliche Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn aufzuheben.

Die Beschwerdeführerin erachtet sich (u.a.) in ihrem Recht auf Entscheidung in der Sache verletzt und bringt im Wesentlichen vor, aus dem gesamten Vorbringen im Nachprüfungsantrag sei ersichtlich, was sie von der belangten Behörde begehr habe. Die unrichtige Wortwahl (Verwendung des Wortes "rechtswidrig" statt des Wortes "nichtig") stelle kein von vornherein verfehltes Begehren im Sinn der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dar. Das VergNprG sehe vor Zuschlagserteilung gar keine andere Sanktion als die Nichtigerklärung einer rechtswidrigen Entscheidung des Auftraggebers vor. Die Behörde hätte dem Nachprüfungsantrag nicht von vornherein einen für die Beschwerdeführerin ungünstigen Inhalt unterstellen dürfen. Allenfalls hätte sie die wahre Absicht der Beschwerdeführerin zu klären gehabt.

Es sei richtig, dass die Unterlassung der Ausscheidung von Biern nicht abgesondert bekämpfbar sei, die Beschwerdeführerin habe diese Unterlassung aber ohnehin gemeinsam mit der gesondert bekämpfbaren Zuschlagsentscheidung angefochten.

Formelle Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei lediglich die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und die Behauptung von Rechtswidrigkeiten und drohendem Schaden. Da diese Voraussetzungen erfüllt seien, hätte die beantragte einstweilige Verfügung erlassen werden müssen.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zu Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides:

Die hier wesentlichen Bestimmungen des VergNprG haben folgenden Wortlaut:

"§ 3.

Zuständigkeiten

(1) Bis zur Zuschlagserteilung ist der Unabhängige Verwaltungssenat zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) zuständig,

1.

zur Erlassung einstweiliger Verfügung sowie

2.

zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeberin/des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin/vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(2) Nach Zuschlagserteilung ist der Unabhängige Verwaltungssenat zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. ...

§ 4.

Einleitung des Nachprüfungsverfahrens vor Zuschlagserteilung

(1) Eine Unternehmerin/Ein Unternehmer, die/der ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet, kann vor der Zuschlagserteilung beim Unabhängigen Verwaltungssenat die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin/des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr/ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

...

§ 7.

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages vor Zuschlagserteilung

(1) Ein Antrag gemäß § 4 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

...

## 7. ein bestimmtes Begehr und

...

### § 14.

#### Nichtigerklärung von Entscheidungen

(1) Der Unabhängige Verwaltungssenat hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung einer Auftraggeberin/eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens steht und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...

### § 15.

#### Feststellung von Rechtsverstößen

(1) Nach erfolgtem Zuschlag oder nach erfolgten Widerruf einer Ausschreibung hat der Unabhängige Verwaltungssenat unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 auf Antrag lediglich festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht.

..."

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Z. 7 VergNprG, wonach der Nachprüfungsantrag vor Zuschlagserteilung ein bestimmtes Begehr zu enthalten hat, wäre überflüssig, wenn der Unabhängige Verwaltungssenat daran nicht gebunden wäre. Eine amtswegige Umdeutung eines von vornherein verfehlten Begehrens kommt daher nicht in Betracht (vgl. zur Rechtslage nach dem Oberösterreichischen Vergabegesetz das hg. Erkenntnis vom 22. März 2000, Zl. 2000/04/0033, und nach dem Stmk. Vergabegesetz 1998 die hg. Erkenntnisse vom 27. September 2000, Zl. 2000/04/0051, und vom 24. Jänner 2001, Zl. 2001/04/0004, sowie das diese Judikatur ausdrücklich auch zur Rechtslage nach dem Bundesvergabegesetz 2002 und dem Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz aufrecht haltende hg. Erkenntnis vom 1. März 2004, Zl. 2004/04/0012). Nach dieser Judikatur können die - jeweils nach Zuschlagserteilung gestellten - Anträge, die Zuschlagserteilung zu beheben (Zl. 2000/04/0033) und auf Zuschlagserteilung an den Antragsteller bzw. auf Schadenersatz (Zl. 2000/04/0051) nicht in Feststellungsanträge umgedeutet werden. Ebenso wenig kann das vor der Zuschlagserteilung gestellte Begehr, einen - noch gar nicht erteilten - Zuschlag für rechtswidrig zu erklären, in ein zulässiges Begehr umgedeutet werden (Zl. 2001/04/0004). Im letztgenannten Erkenntnis stellte der Verwaltungsgerichtshof nicht darauf ab, dass begehrt wurde, den Zuschlag "für rechtswidrig zu erklären", sondern darauf, dass sich der Nachprüfungsantrag gegen eine noch nicht ergangene Zuschlagserteilung richtet.

Der gegenständliche, auf § 4 VergNprG gestützte Antrag wurde vor Zuschlagserteilung gestellt. Er richtet sich (auch) gegen die Entscheidung der mitbeteiligten Partei, wonach der Zuschlag dem Containerdienst B. erteilt werden soll, also gegen die Zuschlagsentscheidung. Die Beschwerdeführerin macht damit im Wesentlichen geltend, dass den beiden an erster und zweiter Stelle gereichten Bietern die technische Leistungsfähigkeit fehle. Diese Bieter wären daher auszuscheiden gewesen, weshalb die Beschwerdeführerin als verbleibende Bestbieterin zum Zug gelangen müsse. Sie habe ein großes wirtschaftliches Interesse daran, den gegenständlichen Auftrag zu erhalten.

Aus dem gesamten Inhalt dieses Antrages ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin damit die Beseitigung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung - und in der Folge eine Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten - anstrebt. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei der Formulierung des Antrages, wonach begehrt werde, die Zuschlagsentscheidung für "rechtswidrig" zu erklären, lediglich um ein Vergreifen im Ausdruck, ergibt sich doch eindeutig, dass die Beschwerdeführerin die - gemäß § 3 Abs. 1 Z. 2 und § 14 VergNprG einzige mögliche - Nichtigerklärung dieser Entscheidung begehrt. Die Zurückweisung des Antrages beruht daher insoweit auf einer Verkennung der Rechtslage, weshalb der angefochtene Bescheid in seinem Spruchpunkt I. gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufzuheben war.

Zu Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides:

Die belangte Behörde hat die Zurückweisung der Anträge auf Rechtswidrigerklärung der Entscheidung der mitbeteiligten Partei, die beiden bestgereichten Bieter nicht auszuscheiden, u.a. darauf gestützt, dass es sich hiebei um nach außen nicht in Erscheinung getretene Unterlassungen handle, die nicht für nichtig erklärt werden könnten.

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 2. März 2002, B 691/01 u.a. Zlen., zur Rechtslage nach dem Bundesvergabegesetz 1997 mit ausführlicher Begründung dargelegt, dass nach dem Konzept dieses Gesetzes nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen "Entscheidungen" des Auftraggebers seien. Unterlassungen des Auftraggebers kämen als anfechtbare Entscheidungen nur insofern in Betracht, als jene Unterlassungen einen solchen Erklärungswert besäßen, dass sie als selbständige Teilakte des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würden. Rechtswidriges Unterlassen des Auftraggebers werde daher vielfach mangels eigenständigen Erklärungswertes nach außen erst im Zug entsprechender, darauf beruhender nachfolgender Teilakte als "Entscheidungen" in Erscheinung treten und im Zug der Anfechtung dieser Teilakte einen zureichenden Rechtsgrund für deren Nichtigkeit bilden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich im zum Kärntner Vergabegesetz 1997 ergangenen Erkenntnis vom 4. September 2002, Zl. 2002/04/0074, dieser Ansicht angeschlossen (siehe auch das zum Tiroler Vergabegesetz 1998 ergangene hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2003, Zl. 2001/04/0144). Diese Rechtsmeinung ist auch für die durch das Bundesvergabegesetz 2002 und das Stmk. Vergabe-Nachprüfungsgesetz geschaffene neue Rechtslage maßgeblich. Die mit § 20 Z. 13 Bundesvergabegesetz 2002 geschaffene Unterteilung in anfechtbare und nicht anfechtbare Entscheidungen des Auftraggebers ändert nichts daran, dass Unterlassungen des Auftraggebers nur unter den genannten Voraussetzungen - gemeinsam mit der nächstfolgenden anfechtbaren Entscheidung - angefochten und vor Zuschlagerteilung gegebenenfalls für nichtig erklärt werden können.

Die Unterlassung der Ausscheidung der beiden bestgereichten Bieter ist nicht als selbständiger Teilakt des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung getreten. Dem Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin wird durch die Möglichkeit der Nichtigerklärung der Zuschlagerteilung mit der Begründung, dass der in Aussicht genommene Zuschlagsempfänger auszuscheiden gewesen wäre, ausreichend Rechnung getragen.

Da es sich somit bei der genannten Unterlassung um keine anfechtbare Entscheidung der mitbeteiligten Partei handelt, hat die belangte Behörde den Nachprüfungsantrag insoweit zu Recht zurückgewiesen, weshalb die Beschwerde, soweit sie sich gegen den Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides richtet, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Zu Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides:

Die Beschwerdeführerin hat mit dem am 27. Jänner 2004 eingebrachten Nachprüfungsantrag auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Wirksamkeit bis zur rechtskräftigen Erledigung des Nachprüfungsantrages, längstens jedoch bis 26. März 2004, begehrt. Dies entspricht der Bestimmung des § 12 Abs. 5 VergNprG, wonach eine einstweilige Verfügung nach Ablauf des beantragten Dauer, spätestens jedoch zwei Monate nach Antragstellung oder mit der Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft tritt. Wäre daher die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen worden, so entfaltete sie ab 27. März 2004 keine Rechtswirkungen mehr. Auch nach einer Aufhebung der den Antrag auf einstweilige Verfügung zurückweisenden Entscheidung könnte auf Grund des gegenständlichen Antrages keine über diesen Termin hinaus wirksame einstweilige Verfügung erlassen werden.

Dies bedeutet, dass die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin auch durch ein stattgebendes Erkenntnis nicht verbessert werden könnte. Damit ist insoweit das Rechtsschutzbedürfnis der Beschwerdeführerin nach der am 10. Februar 2004 erfolgten Beschwerdeerhebung weggefallen.

Aus diesem Grund war die Beschwerde, soweit sie sich gegen den Punkt III. des angefochtenen Bescheides richtet, - von einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat mit Beschluss - als gegenstandslos geworden zu erklären und das Verfahren einzustellen (vgl. etwa den die Einstellung eines Verfahrens über die Beschwerde gegen ein nach Beschwerdeerhebung abgelaufenes Aufenthaltsverbot betreffenden hg. Beschluss vom 26. November 2003, Zl. 2001/18/0026).

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet - im Rahmen des gestellten Begehrens - auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 30. Juni 2004

**Schlagworte**

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide Besondere Rechtsgebiete Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden  
und von Parteierklärungen VwRallg9/1

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2004040028.X00

**Im RIS seit**

18.08.2004

**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)