

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/3/24 2001/04/0218

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 24.03.2004

## Index

L72004 Beschaffung Vergabe Oberösterreich;

001 Verwaltungsrecht allgemein;

40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §13 Abs1;

AVG §66 Abs2;

AVG §66 Abs4;

AVG §68 Abs1;

AVG §69;

AVG §71;

LVergG OÖ 1994 §61 Abs4 letzter Satz idF 1997/034;

LVergG OÖ 1994 §61 Abs4 Satz2;

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 Gemeinde Ried im Traunkreis, vertreten durch den Bürgermeister, dieser vertreten durch Dr. Gudrun Truschner, Rechtsanwältin in 4600 Wels, Ringstraße 26, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 29. September 2001, Zl. VwSen-550035/4/Ga/La, betreffend Nachprüfungsverfahren nach dem O.ö. Vergabegesetz (mitbeteiligte Partei: D Projekt Consult Projektierungs-GmbH in W, Kstraße 21, vertreten durch Dr. Herbert Heigl KEG, Mag. Willibald Berger und Dr. Georg Lehner, Rechtsanwälte in 4614 Marchtrenk, Linzer Straße 11), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Oberösterreich hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die Beschwerdeführerin als Auftraggeberin veröffentlichte unter dem Titel "Projektmanagement im Bauwesen" im Amtsblatt der EG vom 22. August 1997 ihre Absicht, einen Dienstleistungsauftrag über die Baubetreuung (als

Gesamtauftrag; bestehend aus den Teilen Bauverwaltung, Planung sowie Bauleitung) bei der Errichtung eines Alten - und Pflegeheimes mit 80 Betten im Verhandlungsverfahren zu vergeben. Innerhalb Österreichs veranlasste sie gemäß § 7 Abs. 2 O.ö. VergG die Veröffentlichung der Bekanntmachung in der ALZ, Folge 17/1997 vom 14. August 1997, dort allerdings unter dem Titel "Ausschreibungsbekanntmachung".

Die mitbeteiligte Partei stellte mit Schriftsatz vom 25. September 1997 ihren mit Eignungsnachweisen versehenen Antrag auf Teilnahme am Verhandlungsverfahren. Mit Schreiben vom 11. November 1997 teilte die Beschwerdeführerin der mitbeteiligten Partei mit, dass sie die Auswahl der (drei) Dienstleistungserbringer, die sie zur Angebotsabgabe einladen werde, abgeschlossen und die Bewerbung der mitbeteiligten Partei abgelehnt habe.

Mit Schriftsatz vom 15. Jänner 1998, beim Amt der Oberösterreichischen Landesregierung eingelangt am 19. Jänner 1998, stellte die mitbeteiligte Partei einen Nachprüfungsantrag gemäß §§ 58 ff O.ö. VergG und begehrte im Sinne des § 61 Abs. 1 leg. cit. die Nichtigerklärung u.a. der Entscheidung der Auftraggeberin "die im Endeffekt bestgereihte, jedoch gesetzlich ausgeschlossene Bieterin weiterhin am Verfahren zu beteiligen" und/oder "die Antragstellerin nicht am weiteren Verfahren zu beteiligen", hilfsweise wurde die Feststellung im Sinne des § 61 Abs. 4 zweiter Satz leg. cit. begehrt.

Die Oberösterreichische Landesregierung wies mit Bescheid vom 21. April 1998 den Nachprüfungsantrag vom 15. Jänner 1998 ab. Die mitbeteiligte Partei erob Berufung.

Die belangte Behörde gab dieser Berufung mit Bescheid vom 17. Dezember 1998 Folge, hob den vor ihr angefochtenen Bescheid auf und verwies die Nachprüfungsgelegenheit zur Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die erstinstanzliche Behörde zurück.

Im fortgesetzten Verfahren beantragte die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 22. Februar 1999 zunächst hilfsweise und schließlich mit Schriftsatz vom 21. Oktober 1999 unbedingt und begründet, gemäß § 61 Abs. 4 letzter Satz O.ö. VergG auszusprechen, dass die mitbeteiligte Partei auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung keine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte.

Mit dem im zweiten Rechtsgang ergangenen Bescheid vom 15. Jänner 2001 sprach die Oberösterreichische Landesregierung aus, es werde festgestellt, dass bei der Vergabe der Baubetreuung an die WAG eine Rechtsverletzung vorliege und dass deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei (Spruchpunkt 1), und es werde ausgesprochen, dass die mitbeteiligte Partei auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung keine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte (Spruchpunkt 2).

Die mitbeteiligte Partei erob gegen Spruchpunkt 2 dieses Bescheides Berufung.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 29. September 2001 gab die belangte Behörde der Berufung statt, hob Spruchpunkt 2 des vor ihr angefochtenen Bescheides auf und wies den diesem Spruchpunkt zu Grunde liegenden Antrag der Beschwerdeführerin wegen Unzulässigkeit zurück. In der Begründung führte sie aus, durch den auf § 66 Abs. 2 AVG gestützten Bescheid vom 17. Dezember 1998 sei das Nachprüfungsverfahren in die Lage zurückgetreten, wie es sich vor Erlassung des Bescheides vom 21. April 1998 befunden habe. Gegenstand des Verfahrens sei demnach ungeachtet des Dazwischentretns des nach § 66 Abs. 2 AVG aufhebenden Bescheides immer derselbe. Ausgehend von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Bestimmung scheine der erstmals im zweiten Rechtsgang gestellte Antrag der Beschwerdeführerin gemäß § 61 Abs. 4 letzter Satz O.ö. VergG, der also bei der Erlassung des auf § 66 Abs. 2 AVG gestützten Bescheides noch nicht vorgelegen sei, den Gegenstand des Verfahrens unzulässig zu erweitern. Der Antrag wäre daher von der im zweiten Rechtsgang unter Bindung an die Identität des Verfahrensgegenstandes entscheidenden Nachprüfungsbehörde zurückzuweisen gewesen. Diesem Ergebnis stehe nicht die grundsätzlich auch für die Ebene des Berufungsverfahrens wirksame Neuerungserlaubnis nach § 65 AVG entgegen, weil danach nur Neuerungen in Abhängigkeit zur Identität des Verfahrensgegenstandes erfasst seien. Die Berufungsbehörde dürfe über nichts anderes entscheiden, als Gegenstand der Entscheidung der Vorinstanz gewesen sei. Diese Bindung an den "Prozessgegenstand" wirke nicht nur auf die Berufungsinstanz, sondern erfasse (jedenfalls) in einem auf § 66 Abs. 2 AVG gestützten Verfahren in umgekehrter Richtung für den zweiten Rechtsgang auch die erste Instanz. Bezogen auf den Beschwerdefall sei der Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens im Sinne des § 58 Abs. 1 O.ö. VergG durch den ursprünglichen Antrag der mitbeteiligten Partei und ihr diesen Antrag konkretisierendes Behauptungsvorbringen bestimmt. Dass der zu jenem Nachprüfungsantrag von einem geradezu gegenläufigen Interesse getragene Antrag der Beschwerdeführerin im Sinne

des § 61 Abs. 4 letzter Satz O.ö. VergG als Aliud zum eigentlichen Prozessgegenstand des Nachprüfungsverfahrens hinzutrete und ihn mit der Wirkung einer qualitativen Erweiterung wesentlich ändere, liege auf der Hand. Es sei ohne Belang, aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin diesen Antrag nicht schon vor der (ersten) Entscheidung der Nachprüfungsbehörde gestellt habe (obwohl sie in Kenntnis des Nachprüfungsantrages gewesen und ihr daher auch bekannt gewesen sei, dass die mitbeteiligte Partei darin einen Ausspruch gemäß § 61 Abs. 4 zweiter Satz O.ö. VergG eventualiter beantragt gehabt habe). Sei aber aus all diesen Gründen festzustellen gewesen, dass der in Rede stehende Antrag der Beschwerdeführerin im zweiten Rechtsgang wegen seiner die Gegenstandsidentität sprengenden Wirkung nicht (mehr) habe zulässig gestellt werden können, so erweise sich der meritorische Abspruch der erstinstanzlichen Behörde als rechtswidrig, weshalb dessen Aufhebung und gleichzeitig dessen a limine Zurückweisung zu verfügen gewesen sei.

Bei diesem Verfahrensergebnis habe die Frage nach der inhaltlichen Richtigkeit des Ausspruches gemäß Spruchpunkt 2 auf sich beruhen können. Aus Zweckmäßigsgründen sehe sich die belangte Behörde dennoch zu der Bemerkung veranlasst, dem Antrag hätte - im Fall seiner Zulässigkeit - mangels Beurteilungsmöglichkeit des Kriteriums der "echten Chance" nicht stattgegeben werden dürfen.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Die mitbeteiligte Partei erstattete gleichfalls eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Zurück- bzw. Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Das O.ö. Vergabegesetz, LGBI. Nr. 59/1994 in der Fassung LGBI. Nr. 126/1998, bestimmt im § 58 Abs. 1, dass ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines diesem Landesgesetz unterliegenden Vertrages mit einem Auftraggeber behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen kann, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Über einen solchen Antrag entscheidet gemäß Abs. 2 dieser Gesetzesstelle die O.ö. Landesregierung als Nachprüfungsbehörde. Gegen ihre Entscheidung ist die Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich zulässig.

Gemäß § 59 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz ist ein Nachprüfungsantrag vor erfolgter Zuschlagserteilung nur zulässig, wenn der betreffende Unternehmer den Auftraggeber von der behaupteten Rechtswidrigkeit und der beabsichtigten Antragstellung nachweislich unterrichtet hat und der Auftraggeber nicht innerhalb von zwei Wochen die behauptete Rechtswidrigkeit beseitigt hat. Der Nachprüfungsantrag ist binnen weiterer zwei Wochen nach Ende dieser Frist einzubringen.

Nach erfolgter Zuschlagserteilung ist nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle der Antrag spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Zuschlagserteilung zu stellen.

Gemäß § 61 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz 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 Verfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Nach erfolgter Zuschlagserteilung kommt eine Nichtigerklärung nicht mehr in Betracht. Es ist jedoch festzustellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung gemäß Abs. 1 vorliegt und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde (§ 61 Abs. 4 erster und zweiter Satz O. ö. Vergabegesetz in der Fassung LGBI. für Oberösterreich Nr. 59/1994). Auf Antrag des Auftraggebers ist dabei auch auszusprechen, ob der Antragsteller auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung keine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte (§ 61 Abs. 4 letzter Satz leg. cit. in der Fassung des Art. I Z. 124 der O. ö. Vergabegesetz-Novelle 1997, LGBI. für Oberösterreich Nr. 34/1997).

In den Materialien zur O. ö. Vergabegesetz-Novelle 1997 (RV Blg Nr. 826/1996, AB Blg. Nr. 944/1997, 51. Landtagssitzung XXIV.

GP) wird zu dieser Bestimmung Folgendes ausgeführt:

"Voraussetzung für den im Art. 2 Abs. 7 der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie vorgesehenen spezifischen Schadenersatzanspruch ist der Nachweis einer 'echten Chance' auf Erhalt des Zuschlages. Die Nachprüfungsbehörde muss sich bei Antragstellung nach der Zuschlagserteilung deshalb in Hinkunft auf Antrag des Auftraggebers auch zur Frage des Bestehens dieser 'echten Chance' äußern. Entsprechend der Intention des Bundesvergabegesetzes, diesen Ausspruch nicht auf die Fälle, die der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie unterliegen, zu beschränken, gilt dies für alle Nachprüfungsverfahren."

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die belangte Behörde übersehe im zweiten Rechtsgang, dass sie durch die Behebung des erstinstanzlichen Bescheides im ersten Rechtsgang gemäß § 66 Abs. 2 AVG diesen Bescheid aus dem Rechtsbestand beseitigt habe und das Verfahren in die Lage zurückgetreten sei, wie es sich vor Erlassung des aufgehobenen Bescheides befunden habe. Weder die allgemeinen Verfahrensvorschriften noch die Bestimmungen des O.ö. Vergabegesetzes in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung sähen den Ausschluss oder eine zeitliche Beschränkung der Antragstellung gemäß § 61 Abs. 4 leg. cit. vor. Ihre Antragstellung sei daher rechtzeitig und rechtmäßig erfolgt.

Mit diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin im Recht:

Ein Bescheid nach § 66 Abs. 2 AVG vermag im Rahmen der Grenzen der subjektiven und objektiven Rechtskraft bindende Wirkung von vornherein nur im zweiten (und allenfalls einem weiteren) Rechtsgang jenes Verfahrens zu entfalten, in welchem er ergangen ist, nicht aber darüber hinaus (Identität des Verfahrens). Diese auf das jeweilige Verfahren beschränkte Bindungswirkung ergibt sich daraus, dass Bescheide nach § 66 Abs. 2 AVG zum Unterschied von anderen verfahrensrechtlichen Bescheiden (etwa Zurückweisungen nach § 66 Abs. 4 oder Entscheidungen nach §§ 69 und 71 AVG) das betreffende Verfahren nicht abschließend erledigen und ihre Aufgabe sich darauf beschränkt, den Verfahrensgang und den Inhalt der in diesem Verfahren ergehenden Entscheidungen im Sinne der Rechtsanschauung der Berufungsbehörde verbindlich zu bestimmen. Identität des Verfahrens verlangt notwendig Identität des Verfahrensgegenstandes. Dieser bestimmt sich - jedenfalls bei antragsbedürftigen Verwaltungsverfahren - in erster Linie nach dem zu Grunde liegenden Antrag. Daraus folgt z.B. dass bei antragsbedürftigen Verwaltungsverfahren die Zurückziehung eines Antrages und die Stellung eines neuen Antrages jedenfalls die Identität der Verfahren über die beiden Anträge ausschließt; durch die Zurückziehung eines Antrages wird das über diesen geführte Verfahren endgültig beendet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 1987, ZI. 87/10/0051).

Das vorliegende, auf Grund des Schriftsatzes der mitbeteiligten Partei (der Unternehmerin) vom 15. Jänner 1998 eingeleitete Nachprüfungsverfahren ist entsprechend dem Antrag zweifelsfrei ein solches auf Feststellung nach § 61 Abs. 4 zweiter Satz O.ö. VergG. Für das Verfahren überdiesen Antrag bestand Bindungswirkung auf Grund des Behebungsbescheides vom 17. Dezember 1998. Im Zuge dieses fortgesetzten Verfahrens wurde von der Beschwerdeführerin (dem Auftraggeber) ein Antrag gemäß § 61 Abs. 4 letzter Satz leg. cit. gestellt, der denknotwendig (Arg: "Auf Antrag des Auftraggebers ist dabei auch auszusprechen, dass ...")

(Hervorhebung durch den Verwaltungsgerichtshof) ein anhängiges Verfahren über einen Antrag des Unternehmers auf Feststellung im Sinne des § 61 Abs. 4 zweiter Satz leg. cit. voraussetzt (siehe dazu auch die wiedergegebenen Materialien). Die von der belangten Behörde vertretene Ansicht, die Beschwerdeführerin habe diesen Antrag nicht (mehr) stellen können, findet im Gesetz keine Deckung; vielmehr kann dieser Antrag bis zur Entscheidung über den Feststellungsantrag gestellt werden.

Da die belangte Behörde dies verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass sie sich "aus Zweckmäßigsgründen" mit dem Antrag der beschwerdeführenden Partei inhaltlich auseinander setzte und zum Ergebnis kam: "Dem Antrag hätte daher, wäre er zulässig gewesen, mangels Beurteilungsmöglichkeit des Kriteriums der 'echten Chance' nicht stattgegeben werden dürfen." Angesichts des eindeutigen Spruches des angefochtenen Bescheides, der den in Rede stehenden Antrag "wegen Unzulässigkeit" zurückwies, scheidet eine Umdeutung im Sinn einer Abweisung des Antrages, wie dies von der belangten Behörde in ihrer Gegenschrift vertreten wird, aus.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 4 VwGG abgesehen werden.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003. Die Umrechnung der Stempelgebühr beruht auf § 3 Abs. 2 Z. 2 EurogesetzBGBl. I Nr. 72/2000.

Wien, am 24. März 2004

**Schlagworte**

Inhalt der Berufungsentscheidung Voraussetzungen der meritorischen Erledigung Zurückweisung (siehe auch §63 Abs1, 3 und 5 AVG) Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Rechtskraft Umfang der Rechtskraftwirkung Allgemein Bindung der Behörde Verfahrensgrundsätze im Anwendungsbereich des AVG Allgemein VwRallg10/1 Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2001040218.X00

**Im RIS seit**

22.04.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

07.10.2008

**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)