

# TE Vwgh Erkenntnis 2003/2/26 2003/04/0027

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.02.2003

## Index

L72003 Beschaffung Vergabe Niederösterreich;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §56;  
LVergG NÖ 1995 §24 Abs3;  
LVergG NÖ 1995 §24;  
LVergG NÖ 1995 §25;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte Dr. Gruber, Dr. Stöberl, Dr. Blaschek und Dr. Rigler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Weiss, über die Beschwerde der Marktgemeinde B, vertreten durch Beck, Krist & Bubits, Rechtsanwälte-Partnerschaft in 2340 Mödling, Freiheitsplatz 8, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 20. Dezember 2002, Zi. Senat-AB-02-0008, betreffend Feststellung gemäß § 24 Abs. 3 erster Satz NÖ Vergabegesetz und Abweisung eines Antrages gemäß § 24 Abs. 3 zweiter Satz leg. cit. (mitbeteiligte Partei: Architekt Prof. Ing. Mag. A, Am R 15), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

## Begründung

Mit Bescheid vom 20. Dezember 2002 hat der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich über Antrag des Mitbeteiligten festgestellt, dass die Beschwerdeführerin bei der Vergabe der Planung für das Sicherheitszentrum an Dipl.-Ing. W (Gemeinderatsbeschluss vom 21. März 2002 und Abschluss von zwei Architektenwerkverträgen jeweils vom 3. April 2002) durch Unterlassung einer öffentlichen Ausschreibung dieser Planungsdienstleistung gegen das NÖ Vergabegesetz verstoßen habe und damit der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei (Spruchpunkt I.) und den Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung, dass bei der Vergabe dieser Planung an Dipl.-Ing. W der Mitbeteiligte auch bei Einhaltung der Bestimmungen des NÖ Vergabegesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, abgewiesen (Spruchpunkt II.). Beide Spruchpunkte hat die belangte Behörde auf die §§ 24 und 25 des NÖ Vergabegesetzes, LGBI. 7200 (im Folgenden: NÖ VergG), gestützt.

Die belangte Behörde ging dabei von folgendem Sachverhalt aus:

"Die Marktgemeinde B beabsichtigt die Errichtung eines Sicherheitszentrums für die Freiwillige Feuerwehr, das Rote Kreuz und den Zivilschutzdienst. Zu diesem Zweck wurde im Jahr 2000 vom Bund ein Grundstück im Ausmaß von 5.492 m<sup>2</sup> angekauft.

In weiterer Folge hat der Bürgermeister der Antragsgegnerin mit Dipl.-Ing. S Kontakt aufgenommen und ihn befragt, ob er Interesse an der Erstellung einer Machbarkeitsstudie habe. Diese Kontaktaufnahme erfolgte deswegen, da sowohl Vertreter der Freiwilligen Feuerwehr, des Roten Kreuzes, des Zivilschutzes und auch der Bürgermeister der Antragsgegnerin verschiedene bereits errichtete Sicherheitszentren besichtigt haben und jenes von M am besten gefiel. Dieses Sicherheitszentrum wurde von Dipl.-Ing. S geplant. Im Zuge des Gespräches erklärte Dipl.-Ing. S, dass er für diese Studie Kosten nicht verrechnen werde.

Diese Machbarkeitsstudie wurde in weiterer Folge tatsächlich erstellt und der Antragsgegnerin überreicht. Diese Studie wurde von einer aus 14 Personen bestehenden Projektgruppe (Vertreter aller im Gemeinderat der Antragsgegnerin vertretenen Fraktionen sowie Vertreter der Freiwilligen Feuerwehr, des Roten Kreuzes und des Zivilschutzverbandes) beurteilt und kleine Änderungen vorgeschlagen.

Zu diesem Zeitpunkt war lediglich festgelegt, dass ein Sicherheitszentrum benötigt wird, der Zeitpunkt der Errichtung war und ist auch derzeit noch ungewiss. Es besteht jedoch die Absicht, innerhalb der nächsten zwei Jahre mit dem Bau zu beginnen. Nicht fixiert ist auch, in welcher juristischen Form die Errichtung und Finanzierung erfolgen soll, ebenso die Rechtsform der Bauabwicklung sowie die Durchführung der Bauaufsicht.

Die Kostenschätzung für die Planung wurde von Dipl.-Ing. S vorgenommen und ergab einen Wert von unter EUR 200.000,-- (EUR 91.499,75 für jenen Gebäudeteil, in dem das Rote Kreuz untergebracht werden soll und EUR 107.407,25 für jenen Gebäudeteil, in dem die Freiwillige Feuerwehr und der Zivilschutzdienst untergebracht werden sollen). Diese Aufteilung erfolgte deswegen, da die Förderungsmöglichkeiten für die Freiwillige Feuerwehr und das Rote Kreuz verschieden sind.

Im Frühjahr 2002 hat dann der Gemeinderat der Antragsgegnerin beschlossen, die Planung für das beabsichtigte Sicherheitszentrum an Dipl.-Ing. S zu vergeben. Grundlage für die Auftragsvergabe waren zwei Angebote für die Planung dieses Architekten mit einem Gesamtwert von unter EUR 200.000,--. Eine öffentliche Ausschreibung oder Bekanntmachung hinsichtlich dieser Auftragsvergabe wurde nicht durchgeführt.

Auf Grund dieses Gemeinderatsbeschlusses wurden dann am 3.4.2002 zwei Werkverträge mit Architekt Dipl.-Ing. S über die beiden Planungsbereiche abgeschlossen, wobei die geschätzten Planungskosten mit EUR 91.499,75 und EUR 107.407,25 als jeweilige Entgelte vereinbart wurden.

Auf Grund dieser Vorgangsweise der Antragsgegnerin hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 11.4.2002 bei der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge einen Schlichtungsantrag eingebracht. Auf Grund dessen erfolgte am 26. April 2002 die Schlichtungsverhandlung, in der eine gütliche Einigung nicht zu Stande gekommen ist."

Der Mitbeteiligte (Antragsteller im Verfahren vor der belangten Behörde) habe vorgebracht, dass die Gesamtbaukosten des Sicherheitszentrums etwa 5,16 mio. EUR netto betragen würden. Die Kosten für die hiezu erforderlichen Planungsdienstleistungen würden daher den Schwellenwert von EUR 200.000,-- überschreiten. Dem Mitbeteiligten wäre durch das rechtswidrige Unterlassen einer öffentlichen Ausschreibung ein erheblicher Schaden entstanden. Er hätte bei Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens eine hervorragende Chance gehabt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten. Im weiteren Antragsinhalt habe der Mitbeteiligte auf seine besonderen Qualifikationen und Erfahrungen sowie darauf verwiesen, dass er im Rahmen eines Büros 70 bis 90 Techniker beschäftigte.

Die Beschwerdeführerin (Antragsgegnerin im Verfahren vor der belangten Behörde) habe zu diesem Antrag am 5. Juni 2002 u.a. ausgeführt, dass sowohl die geschätzten als auch die tatsächlichen Kosten für die Planungsdienstleistungen den Schwellenwert von EUR 200.000,-- netto nicht überschreiten würden. Weiters habe sie ein Vorbringen zu den vom Antragsteller behaupteten Qualifikationen erstattet.

Am 25. Juni 2002 habe die belangte Behörde an den Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Aufhebung von § 7 NÖ VergG wegen Verfassungswidrigkeit gestellt. Mit Erkenntnis vom 23. September 2002 -G 211/02 - habe der Verfassungsgerichtshof die Wortfolge "dann, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer mindestens EUR 200.000,-- betrage" in § 7 Abs. 1 NÖ VergG idF LGBI. 7200-3 als verfassungswidrig aufgehoben. Diese Aufhebung

trete zwar erst mit 30. Juni 2003 in Kraft, auf den vorliegenden Anlassfall sei die aufgehobene Gesetzesstelle jedoch nicht anzuwenden. Die Vergabe der gegenständlichen Planungsleistungen falle unter den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des NÖ VergG. Der Nachprüfungsantrag sei rechtzeitig eingebbracht worden und erfülle sämtliche formellen Voraussetzungen.

Auf Grund der Anwendbarkeit des NÖ VergG hätte die Beschwerdeführerin für die Vergabe der gegenständlichen Planungsdienstleistungen eine öffentliche Ausschreibung durchführen müssen.

Gemäß § 24 Abs. 3 erster Satz NÖ VergG habe der Unabhängige Verwaltungssenat festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz oder die hiezu ergangenen Verordnung der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei. Von einem "Bestbieter" könne nur dann gesprochen werden, wenn ein Vergabeverfahren entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt worden sei und somit nach Abgabe der Angebote und Ablauf der Abgabefrist eine korrekte Beurteilung und Bewertung einzelner Angebote vorgenommen worden sei. Dies ergebe sich schon aus der Interpretation des Wortes "Bestbieter". Der Bestbieter sei jener, der unter mehreren Angeboten eben das beste Angebot gelegt habe. Werde keine korrekte öffentliche Ausschreibung durchgeführt, könne schon begrifflich von einem "Bestbieter" keine Rede sein. Auf Grund der Unterlassung der öffentlichen Ausschreibung sei die Vergabe der Planungsdienstleistungen an Dipl.-Ing. S nicht als Vergabe an den Bestbieter anzusehen.

Zum Antrag der Beschwerdeführerin auf Feststellung gemäß § 24 Abs. 3 zweiter Satz NÖ VergG sei festzuhalten, dass die Beurteilung, ob jemand eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, ebenfalls die Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung und die Abgabe von Angeboten zur Voraussetzung habe. Werde eine derart korrekte Ausschreibung unterlassen, könne von Vornherein einem Bewerber oder Bieter eine echte Chance nicht abgesprochen werden. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang die Leistungsfähigkeit des Mitbeteiligten in Abrede stelle, übersehe sie, dass auch die Beurteilung der Leistungsfähigkeit eine korrekte Ausschreibung zur Voraussetzung habe. Erst bei genauer Kenntnis der ausgeschriebenen Leistung in Verbindung mit einem gelegten Angebot könne beurteilt werden, ob der Bewerber oder Bieter (auch unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Nachweise) leistungsfähig sei.

Festzuhalten sei, dass der Umstand, dass keine öffentliche Ausschreibung vorgenommen worden sei, dem Beschwerdeführer nicht die gemäß § 25 Abs. 1 NÖ VergG Biern und Bewerbern zustehende Antragslegitimation nehme. Andernfalls entfiele bei völliger Unterlassung einer öffentlichen Ausschreibung die Anwendbarkeit des NÖ VergG. Die damit verbundene Besserstellung eines Auftraggebers, der in rechtswidriger Weise eine öffentliche Ausschreibung zur Gänze unterlasse, führe zu einem gleichheitswidrigen Ergebnis.

Über die gegen diesen Bescheid gerichtete, Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof erwogen:

Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen die - unbedenkliche - Rechtsansicht der belangten Behörde über die persönliche und sachliche Anwendbarkeit des NÖ VergG, die Nichtanwendbarkeit der vom Verfassungsgerichtshof im vorliegenden Anlassfall aufgehobenen Schwellenwertregelung und die Antragslegitimation des Mitbeteiligten. Weiters bestreitet sie nicht, dass die gegenständlichen Planungen in der von der belangten Behörde festgestellten Weise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens nach dem NÖ VergG vergeben worden sind.

Die Beschwerdeführerin bringt jedoch vor, die Ansicht der belangten Behörde, dass mangels Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des NÖ VergG von einem "Bestbieter" nicht gesprochen werden könne, sei unrichtig. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde, werde auch bei der "Direktvergabe" an einen Bieter vergeben. Zur Feststellung, dass es sich hiebei nicht um den Bestbieter handle, wäre erforderlich gewesen, das Angebot, das der Mitbeteiligte im Fall einer ordnungsgemäßen Ausschreibung gelegt hätte, zu prüfen. Ebenso hätte dazu die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Mitbeteiligten geprüft werden müssen. Dies habe die belangte Behörde unterlassen, obwohl die Beschwerdeführerin ein umfangreiches Vorbringen mit entsprechenden Beweisanboten erstattet habe, welches Feststellungen für einen Vergleich des tatsächlichen Angebots von Dipl.-Ing. S mit dem möglichen Angebot des Mitbeteiligten ermöglicht hätte.

Auch die Ansicht der belangten Behörde, die Feststellung, dass der Mitbeteiligte keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, setze eine Ausschreibung und die Legung von Angeboten voraus, sei unzutreffend. Auch für diese Feststellung wäre der Inhalt des vom Mitbeteiligten im Fall einer Ausschreibung gelegten Angebots mit dem Inhalt des Angebots des tatsächlichen Auftragsnehmers zu vergleichen gewesen. Ebenso wäre die technische und wirtschaftliche

Leistungsfähigkeit des Mitbeteiligten zu beurteilen gewesen. Es wäre zu prüfen gewesen, ob der Mitbeteiligte auf Grund unrichtiger Angaben bei einer Bewerbung als Bieter entsprechend seinen Angaben im Nachprüfungsverfahren vom Vergabeverfahren nicht schon auf Grund des Gesetzes hätte ausgeschlossen werden müssen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin sei dies der Fall. Schon aus diesem Grund hätte der Mitbeteiligte keine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlags gehabt.

Weiters werde zu berücksichtigen sein, dass Dipl.-Ing. S die Errichtungskosten des Sicherheitszentrums mit EUR 3,43 mio. geschätzt habe. Der Mitbeteiligte habe diese Errichtungskosten allerdings mit EUR 5,16 mio. geschätzt. Hätte die Beschwerdeführerin diese Schätzung als Grundlage genommen, wäre mangels Finanzierbarkeit die Errichtung des Sicherheitszentrums nicht möglich gewesen und daher ein Planungsauftrag gar nicht erteilt worden. In diesem Fall hätte somit der Mitbeteiligte ebenfalls keine Chance auf die Erteilung des Zuschlags gehabt. Zu diesem Vorbringen habe die belangte Behörde ebenfalls kein Ermittlungsverfahren durchgeführt und keine Feststellungen getroffen.

Gemäß § 24 Abs. 3 NÖ VergG ist der Unabhängige Verwaltungssenat nach Zuschlagserteilung oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens zuständig festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. In einem solchen Verfahren ist der Unabhängige Verwaltungssenat ferner zuständig, auf Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Da der Unabhängige Verwaltungssenat somit zur Feststellung, dass wegen eines Verstoßes gegen das NÖ VergG oder die hiezu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde, zuständig ist, setzt die Stattgebung des Nachprüfungsantrages nach erfolgter Zuschlagserteilung voraus, dass die geltend gemachte Rechtswidrigkeit ursächlich für die Vergabe des Auftrages ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Rechtswidrigkeit zur Folge hat, dass die Feststellung des im Sinn des NÖ VergG zu ermittelnden Bestbieters nicht möglich ist, weil auch in einem solchen Fall - wie die belangte Behörde richtig erkannt hat - nicht davon gesprochen werden kann, dass der Auftragnehmer Bestbieter ist.

Vorliegend liegt der Verstoß gegen das NÖ VergG darin, dass überhaupt kein auf Erlangung mehrerer Angebote und Auswahl des besten Angebots gerichtetes Vergabeverfahren nach diesem Gesetz durchgeführt worden ist. Diese Rechtswidrigkeit führt dazu, dass - mangels Vorhersehbarkeit, wie viele und welche Angebote in einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren gelegt worden wären - die Beurteilung der Frage, wer bei rechtmäßiger Vorgangsweise Bestbieter gewesen wäre, nicht möglich ist.

Die Ansicht der belangten Behörde, dass infolge Unterlassung einer gesetzeskonformen Ausschreibung der gegenständlichen Planungsdienstleistungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt worden sei, kann daher nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf ein "inhaltlich formuliertes hypothetisches Anbot" des Mitbeteiligten verweist, ist zunächst auszuführen, dass aus dem Beschwerdevorbringen weder nähere Ausführungen zum Inhalt dieses fiktiven Angebots ersichtlich sind, noch eindeutig hervorgeht, ob der Mitbeteiligte überhaupt ein derartiges hypothetisches Angebot formuliert hat. Im Übrigen ist es entgegen der Beschwerdemeinung nicht Aufgabe der Nachprüfungsbehörde - und auch gar nicht möglich -, ein von der Auftraggeberin zur Gänze unterlassenes gesetzmäßiges Vergabeverfahren nach bereits erfolgter Vergabe des Auftrages fiktiv nachzuholen.

Die Frage, ob der Mitbeteiligte gemäß § 24 Abs. 3 zweiter Satz NÖ VergG auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ist danach zu beurteilen, ob der Mitbeteiligte in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wäre (vgl. RV zu § 91 Abs. 3 Bundesvergabegesetz, idF BGBl. Nr. 776/1996, 323 BlgNR 20. GP, S. 100). Der belangten Behörde ist grundsätzlich zuzustimmen, dass eine Feststellung gemäß § 24 Abs. 3 zweiter Satz NÖ VergG dann nicht möglich ist, wenn - wie vorliegend - gar kein Vergabeverfahren nach dem NÖ VergG durchgeführt worden ist. Gründe, aus denen der Nachprüfungswerber von vornherein - unabhängig von den Gegebenheiten eines konkreten Vergabeverfahrens - für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht käme, hat der Beschwerdeführer mit dem in keiner Weise konkretisierten Vorbringen, das mögliche Angebot des Mitbeteiligten hätte unwahre Angaben enthalten, dem Mitbeteiligten hätte die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit gefehlt, nicht aufgezeigt. Es braucht daher

nicht darauf eingegangen zu werden, ob diesfalls eine andere Betrachtungsweise geboten wäre. Es ist daher auch die Abweisung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Feststellung, dass der Mitbeteiligte bei Einhaltung der Bestimmungen des NÖ VergG und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf die Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, unbedenklich.

Das Vorbringen, dass die Beschwerdeführerin unter Zugrundelegung der Kostenschätzung des Mitbeteiligten den Auftrag gar nicht vergeben hätte, ist nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen. Tatsächlich wurden die Planungsleistungen jedenfalls vergeben. Für die hier gegenständlichen Fragen, ob der Zuschlag infolge einer Verletzung des NÖ VergG nicht dem Bestbieter erteilt wurde und ob der Mitbeteiligte bei Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, ist es irrelevant, aus welchen Gründen sich die Beschwerdeführerin zur Auftragsvergabe entschlossen hat.

Da aus den dargestellten Gründen bereits der Beschwerdeinhalt erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 26. Februar 2003

#### **Schlagworte**

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide

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

ECLI:AT:VWGH:2003:2003040027.X00

#### **Im RIS seit**

05.05.2003

#### **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)