

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/11/6 2002/04/0138

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 06.11.2002

## Index

L72004 Beschaffung Vergabe Oberösterreich;

## Norm

LVergG OÖ 1994 §60 Abs1;

LVergG OÖ 1994 §60 Abs4;

LVergG OÖ 1994 §60 Abs5;

LVergG OÖ 1994 §60 Abs7;

## 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 A Aktiengesellschaft in W, vertreten durch Bollmann & Bollmann, Rechtsanwaltspartnerschaft in 1010 Wien, Weihburggasse 9, gegen den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 14. August 2002, Zl. VwSen-550065/10/Gf/Ri, betreffend einstweilige Verfügung in Nachprüfungsverfahren nach dem O.ö. Vergabegesetz (mitbeteiligte Parteien: Ö AG in W, R-Gasse 36, und V AG in W, O-Straße 39-53), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

## Begründung

Der vorliegenden Beschwerde und der dieser angeschlossenen Bescheidausfertigung zufolge wurde mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich (UVS) vom 14. August 2002 u.a. die Berufung der beschwerdeführenden Partei gegen den Bescheid der O.ö. Landesregierung vom 31. Mai 2002, betreffend Abweisung eines Antrages auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, mit Bescheiden der O.ö. Landesregierung als Nachprüfungsbehörde sei gemäß § 58 Abs. 2 des O.ö. Vergabegesetzes dem Antrag der mitbeteiligten Parteien auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern stattgegeben worden, als die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren bis zur Entscheidung der O.ö. Landesregierung im Nachprüfungsverfahren ausgesetzt werde; zugleich sei der Ablauf der Zuschlagsfrist bis zwei Wochen nach der Entscheidung der Nachprüfungsbehörde in der Hauptsache ausgesetzt worden. In der Folge habe die O.ö. Landesregierung den Nachprüfungsanträgen der mitbeteiligten Parteien stattgegeben und die Zuschlagserteilung für nichtig erklärt; den dagegen erhobenen Berufungen sei vom UVS Folge gegeben und die Bescheide der O.ö. Landesregierung aufgehoben worden. Gegen die Entscheidung des UVS seien Beschwerden beim Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof anhängig. Den in der Folge gestellten

Anträgen auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung und auf Weiterführung des Verfahrens habe die O.ö. Landesregierung mit Bescheid vom 31. Mai 2002 keine Folge gegeben. Die u.a. von der beschwerdeführenden Partei gegen diesen Bescheid erhobene Berufung erweise sich allerdings schon deshalb als unbegründet, weil die einstweilige Verfügung keinen Bescheid, sondern bloß eine Verfahrensanordnung i.S.d. § 63 Abs. 2 AVG verkörpere. Ein Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung sei daher als bloße Anregung zu qualifizieren, die einstweilige Verfügung auf ihre Notwendigkeit zu überprüfen. Ein Recht des Einschreiters auf bescheidmäßige Erledigung bestehet nicht. Gleiches gelte für den Antrag auf "Erlassung eines Bescheides gemäß § 58 Abs. 2 i.V.m. § 61 Abs. 3 O.ö. Vergabegesetz". Die Erstbehörde hätte diese Anträge daher entweder überhaupt nicht förmlich zu erledigen oder als unzulässig zurückzuweisen gehabt. Durch die getroffene Sachentscheidung hätte u.a. die beschwerdeführende Partei aber in keinem subjektiven Recht verletzt werden können.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof erwogen hat:

Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid im

"1. Anspruch auf Sachentscheid über einen Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen Wegfalles ihrer Voraussetzung (§ 60 Abs. 5 O.ö. Vergabegesetz), somit Anspruch auf Sacherledigung und nicht bloß auf einen verfahrensrechtlichen Bescheid

2. Anspruch auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung, wenn deren nachteilige Folgen die für den Verfügungswerber verbundenen Vorteile überwiegen oder auch nur überwiegen könnten (§ 60 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz)

3. Anspruch auf Entscheidung durch die Berufungsbehörde in der Sache selbst (§ 66 Abs. 4 AVG)

4. Anspruch auf Entscheidung innerhalb von 2 Monaten nach Einlangen des Antrages der Ö und V auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Städte Linz, Steyr, Wels an APK (§ 61 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz)

5. Anspruch auf einen effektiven und raschen Rechtsschutz in Vergabesachen (Art. 2 RL 89/665/EWG)

6. Anspruch auf ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durch Zuschlag an A - die Beschwerdeführerin - als die "Bestbieterin" verletzt. Sie bringt hiezu u.a. - mit näherer Begründung - vor, die Auffassung, eine einstweilige Verfügung verkörpere nur eine Verfahrensanordnung im Sinne des § 63 Abs. 2 AVG, sei unzutreffend. Vielmehr müsse die einstweilige Verfügung bescheidmäßig erlassen werden und es müsse auch über einen Aufhebungsantrag durch einen eigenen Bescheid entschieden werden. Die in einem Aufhebungsantrag behaupteten Änderungen in den Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung müssten in einem eigenen Verfahren - gesondert - geprüft werden. Im Übrigen bestehe gemäß § 61 Abs. 3 O.ö. Vergabegesetz ein Anspruch auf Entscheidung innerhalb der zweimonatigen Frist, diese Frist sei im vorliegenden Fall offenkundig abgelaufen. Dem Antrag auf sofortige Weiterführung des Verfahrens und auf Bescheiderlassung hätte daher stattgegeben werden müssen. Die beschwerdeführende Partei stütze ihre Auffassung auch auf Art. 2 RL 89/665/EWG, der dort vorgesehene effektive und rasche Rechtsschutz müsse auch zu Gunsten des Bestbieters gelten.

Gemäß § 60 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz kann bei der Nachprüfungsbehörde während der Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrages (§ 59 Abs. 1), spätestens jedoch gleichzeitig mit dem Nachprüfungsantrag der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt werden. Durch einstweilige Verfügungen hat die Nachprüfungsbehörde vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig und geeignet scheinen, um die durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 60 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit für den Antragsteller verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Für die Beurteilung der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung sind folgende Gesichtspunkte maßgebend:

1. Die voraussehbaren Folgen der einstweiligen Verfügung für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, des Auftragsgebers und der übrigen Bewerber oder Bieter sowie

2. ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens, einschließlich der Gesichtspunkte der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.

In der einstweiligen Verfügung ist gemäß § 60 Abs. 5 O.ö. Vergabegesetz die Zeit, für welche sie getroffen wird,

anzugeben. Sobald die Voraussetzungen für die Erlassung weggefallen sind, ist die einstweilige Verfügung unverzüglich, auch von Amts wegen, aufzuheben. Die einstweilige Verfügung tritt jedenfalls mit der Entscheidung über den Aufhebungsantrag außer Kraft.

Einstweilige Verfügungen können gemäß § 60 Abs. 7 O.ö. Vergabegesetz nicht abgesondert von der Entscheidung in der Sache selbst bekämpft werden. Sie sind sofort vollstreckbar.

Aus diesen Bestimmungen folgt, dass die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde, eine einstweilige Verfügung im Sinne des § 60 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz zu erlassen, nur eingeschränkt bekämpft werden kann und zwar nur gemeinsam mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag; ein abgesondertes Rechtsmittel gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung besteht nicht.

Die einstweilige Verfügung ist aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für ihre Erlassung nicht mehr vorliegen; die Aufhebung kann sowohl von Amts wegen, als auch über Antrag einer Verfahrenspartei erfolgen. Allerdings hat die Verfahrenspartei nicht auch die Möglichkeit, die Entscheidung der Behörde, die einstweilige Verfügung trotz eines Aufhebungsantrages in Geltung zu belassen, abgesondert zu bekämpfen. Vielmehr kann diese ebenfalls nur gemeinsam mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag bekämpft werden. Ein entscheidender Unterschied zwischen der Bekämpfung der Erlassung einer einstweiligen Verfügung und der Bekämpfung der Entscheidung, eine einstweilige Verfügung nicht aufzuheben, ist nicht zu sehen. Die Annahme, im ersten Fall sei eine abgesonderte Bekämpfung unzulässig, im zweiten Fall jedoch zulässig, würde daher einen Wertungswiderspruch bedeuten, der den dargestellten Bestimmungen aber nicht zu Grunde liegt. Vielmehr bezieht sich die Anordnung des § 60 Abs. 7 O.ö. Vergabegesetz, wonach einstweilige Verfügungen nicht abgesondert von der Entscheidung in der Hauptsache bekämpft werden können, auf einstweilige Verfügungen schlechthin; die hier normierte eingeschränkte Bekämpfbarkeit gilt gleichermaßen für die (erstmalige) Erlassung wie für die Aufrechterhaltung der einstweiligen Verfügung.

Die von der beschwerdeführenden Partei gegen die Entscheidung, die einstweilige Verfügung aufrecht zu erhalten, abgesondert erhobene Berufung wurde daher zu Recht abgewiesen.

Was hingegen den Antrag auf "Weiterführung des Verfahrens" bzw. auf "Erlassung eines Bescheides gemäß § 58 Abs. 2 i.V.m. § 61 Abs. 3 O.ö. Vergabegesetz" anlangt, ist der beschwerdeführenden Partei zu entgegnen, dass ein entsprechendes Verfahren - dem dargestellten Verfahrensablauf zufolge - ohnedies anhängig ist. Soweit die beschwerdeführende Partei mit diesem Antrag aber eine Säumnis der Behörde aufzuzeigen sucht, stellt der in einem anhängigen Verfahren gestellte Antrag, nicht länger säumig zu bleiben, sondern das Verfahren mit Bescheid zu beenden, kein taugliches Mittel zur Geltendmachung behördlicher Säumnis dar.

Da somit bereits der Inhalt der vorliegenden Beschwerde 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 6. November 2002

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

ECLI:AT:VWGH:2002:2002040138.X00

**Im RIS seit**

04.02.2003

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>