jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2000/3/22 2000/04/0033

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.03.2000

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E3L E06302000;
E3L E06303000;
E6J;
L00044 Amt der Landesregierung Oberösterreich;
L00154 Unabhängiger Verwaltungssenat Oberösterreich;
L72004 Beschaffung Vergabe Oberösterreich;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
40/01 Verwaltungsverfahren;
59/04 EU - EWR;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

11992E177 EGV Art177;
11997E234 EG Art234;
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 1 lita;
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 1 litb;
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2 Abs8;
61998CJ0081 Alcatel Austria VORAB;
AVG §67a Abs2;
AVG §7 Abs1;
BVergG 1997 §115 Abs1;
B-VG Art140 Abs1;
EURallg;
GO AdLReg OÖ 1983;
LVergG OÖ 1994 §1 Z17;
LVergG OÖ 1994 §31 Abs6;
LVergG OÖ 1994 §31 Abs7;
LVergG OÖ 1994 §58 Abs1;
LVergG OÖ 1994 §58 Abs2;

LVergG OÖ 1994 §59 Abs3 Z6;
LVergG OÖ 1994 §61 Abs1;
LVergG OÖ 1994 §61 Abs4;
UVSG OÖ 1990;
VwRallg;

Beachte

KEINVORABANTRAGMiterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2000/04/0035 2000/04/0034

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. W. Pesendorfer und die Hofräte DDr. Jakusch, Dr. Stöberl, Dr. Blaschek und Dr. Baur als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Breunlich, über die Beschwerden der A Aktiengesellschaft in W, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in W, gegen die Bescheide des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich 1.) vom 22. Jänner 1999, Zl. VwSen-550014/10/Kl/Rd, VwSen-550015/7/Kl/Rd, betreffend Zurückweisung von Anträgen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen und auf Nachprüfung nach dem O.ö. Vergabegesetz, 2.) vom 2. Februar 1999, Zl. VwSen-550016/7/Kl/Rd, betreffend Zurückweisung von Anträgen auf Erlassung einstweiliger Verfügungen nach dem O.ö. Vergabegesetz, und 3.) vom 29. Juni 1999, Zl. VwSen-550021/11/Kl/Rd, betreffend Zurückweisung eines Antrages auf Nachprüfung nach dem O.ö. Vergabegesetz (mitbeteiligte Partei: Land Oberösterreich, vertreten durch S & Partner, Rechtsanwälte in L), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Land Oberösterreich als Rechtsträger der belangten Behörde Aufwendungen in der Höhe von S 13.695,-- und dem Land Oberösterreich als mitbeteiligte Partei Aufwendungen in der Höhe von S 37.500,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1.

Mit dem Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 22. Jänner 1999 wurde I. im Instanzenzug der Antrag der Beschwerdeführerin vom 25. August 1998 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach dem O.ö. Vergabegesetz gemäß §§ 58 Abs. 2 und 3, 60 Abs. 1 und 2, 61 Abs. 4 sowie §§ 1 Z. 17 und 31 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz zurückgewiesen, II. im Instanzenzug der Antrag der Beschwerdeführerin vom 25. August 1998 auf Nachprüfung eines Vergabeverfahrens gemäß §§ 58 Abs. 2 und 3, 59 und 61 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz zurückgewiesen und III. der an den unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich gerichtete Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 66 Abs. 4 AVG und Art. 129a Abs. 1 Z. 3 B-VG in Verbindung mit §§ 58 Abs. 2 und 60 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz zurückgewiesen. Zur Begründung führte der unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich aus, die Beschwerdeführerin habe am 25. August 1998 bei der o.ö. Landesregierung als Nachprüfungsbehörde 1.) den Nachprüfungsantrag, nämlich die als Zuschlag deklarierte Entscheidung des Amtes der o.ö. Landesregierung vom 13. Juli 1998 auf Übertragung der Führung der Pensionskassengeschäfte für die Vertragsbediensteten des Landes Oberösterreich an Ö AG im Konsortium mit V AG zu beheben (ersatzlos aufzuheben), und weiters

2.) den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, nämlich zur Sicherung des genannten Anspruches, insbesondere einer einstweiligen Verfügung dahin, dem Land Oberösterreich den Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit Ö AG im Konsortium mit

V AG zur Führung der Pensionskassengeschäfte für die Vertragsbediensteten des Landes Oberösterreich zu untersagen, hilfsweise dahin, dem Land Oberösterreich die Durchführung des Beschlusses vom 13. Juli 1998 auf Übertragung der Führung der Pensionskassengeschäfte für die Vertragsbediensteten des Landes Oberösterreich an Ö AG im Konsortium mit V AG zu untersagen, gestellt. Im ersten Rechtsgang seien diese Anträge mit Bescheid der o. ö. Landesregierung vom 3. September 1998 mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen worden, der gemäß § 3

Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz für Dienstleistungsaufträge festgesetzte Schwellenwert von mindestens 200.000 ECU (= S 2,703.676,--) werde nicht erreicht. Mit Erkenntnis des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 22. September 1998 sei der von der Beschwerdeführerin gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung dahin stattgegeben worden, dass der erstbehördliche Bescheid insoweit aufgehoben wurde, als damit die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgesprochen worden sei. Der unabhängige Verwaltungssenat sei in diesem Bescheid zu dem Ergebnis gelangt, der genannte Schwellenwert sei überschritten. Die Erstbehörde habe daraufhin im zweiten Rechtsgang mit Bescheid vom 30. September 1998 den Antrag der Beschwerdeführerin vom 25. August 1998 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nunmehr gemäß § 60 O.ö. Vergabegesetz als unzulässig zurückgewiesen, weil eine einstweilige Verfügung nur vor Zuschlagserteilung erlassen und die Zuschlagserteilung als solche von der Behörde nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Das Schreiben vom 13. Juli 1998 an die Ö AG und die V AG sei als Zuschlag zu qualifizieren. Der unabhängige Verwaltungssenat legt zunächst dar, dass und aus welchen Gründen im vorliegenden Fall der im § 3 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz genannte Schwellenwert überschritten sei und führt sodann weiter aus, aus § 60 Abs. 1 erster Satz in Verbindung mit § 59 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz sei ersichtlich, dass eine einstweilige Verfügung lediglich während des laufenden Vergabeverfahrens, also nur bis zum Zuschlag, vorgesehen und zulässig sei. Bis dahin könnten einzelne Maßnahmen wie auch das gesamte Vergabeverfahren vorübergehend ausgesetzt werden. Nach erfolgter Zuschlagserteilung sei eine Aufhebung, nämlich eine Nichtigerklärung einer im Vergabeverfahren ergangenen Entscheidung, nicht mehr möglich. Die Erstbehörde sei vom Vorliegen eines Zuschlages mit dem Schreiben vom 13. Juli 1998, mit welchem sowohl die Ö AG als auch die V AG vom Beschluss der o.ö. Landesregierung vom selben Tag verständigt worden sei, dass der Auftrag an diese beiden Pensionskassen konsortial vergeben werde, ausgegangen. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, mit diesem Schreiben sei ein Zuschlag nicht erfolgt, sei Folgendes entgegenzuhalten: Die o. ö. Landesregierung habe am 15. Dezember 1997 die Einführung einer Pensionskassenregelung für Vertragsbedienstete des Landes Oberösterreich und die dafür notwendigen Grundsatzregelungen beschlossen. Am 20. März 1998 sei eine Vereinbarung gemäß § 3 Betriebspensionsgesetz zwischen dem Land Oberösterreich und dem Landespersonalausschuss beim Amt der o.ö. Landesregierung abgeschlossen worden. Mit Schreiben vom 19. März 1998 sei unter Anschluss der Ausschreibung und der Betriebsvereinbarung die Einladung zur Angebotsübermittlung ausgesprochen worden. Die Angebotsfrist sei bis 16. April 1998, 9.00 Uhr, und die Angebotseröffnung für 16. April 1998, 10.00 Uhr, festgelegt worden. Als Ablauf der Zuschlagsfrist sei der 15. Mai 1998 festgesetzt worden. Die Zuschlagsfrist sei bis 15. Juni 1998 verlängert worden. Eine Niederschrift gemäß § 31 Abs. 5 O.ö. Vergabegesetz sei am 2. Juli 1998 verfasst worden. Mit Schreiben vom 9. Juli 1998 habe die Beschwerdeführerin auf das Auftreten zweier überbetrieblicher Pensionskassen als konsortiale Pensionskassen hingewiesen und einen Beschluss des OGH als Kartellobergericht sowie eine Stellungnahme und Schlussfolgerung des Rechtsvertreters zu diesem Beschluss angeschlossen. Am 13. Juli 1998 habe die o.ö. Landesregierung den Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit der Ö AG und der V AG im Konsortium mit Wirkung vom 1. Juli 1998 beschlossen. Mit Schreiben vom selben Tag, abgesendet am 14. Juli 1998, seien die Ö AG und die V AG von der Vergabe der Führung der Pensionskassengeschäfte in Form einer Konsortiallösung unter der Führung der erstgenannten Aktiengesellschaft verständigt worden, wobei die Aufteilung im Rahmen des Konsortiums zu zwei Drittel an die erstgenannte und zu einem Drittel an die zweitgenannte Aktiengesellschaft erfolgt sei. Mit Schreiben vom 13. Juli 1998 sei den übrigen Bietern, darunter auch der Beschwerdeführerin, die Übertragung der Führung der Pensionskassengeschäfte an die vorgenannten Bieter im Konsortium bekannt gegeben worden. Mit Schreiben vom 16. Juli 1998, beim Amt der o.ö. Landesregierung eingelangt am 20. Juli 1998, sei das volle Einverständnis zur Konsortiallösung bekundet worden. Einem Antrag auf Mitteilung gemäß § 31 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz vom 23. Juli 1998 durch die Beschwerdeführerin sei mit Schreiben vom 10. August 1998 entsprochen worden. Die Betriebsvereinbarung gemäß § 3 Betriebspensionsgesetz über den Beitritt zum Pensionskassenkonsortium Ö und V sei am 23. September 1998 abgeschlossen worden. Mit demselben Datum sei ein Pensionskassenvertrag geschlossen worden. Gemäß § 1 Z. 17 O.ö. Vergabegesetz sei der Zuschlag die an den Bieter gerichtete schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Gemäß § 31 Abs. 6 erster Satz leg. cit. komme das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter mit der schriftlichen Verständigung des Bieters von der Annahme seines Angebotes zu Stande. Werde die Zuschlagsfrist überschritten, so entstehe gemäß § 31 Abs. 6 zweiter Satz leg. cit. das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, den Auftrag anzunehmen. Mit Rücksicht auf den dargestellten Sachverhalt sei der Zuschlag jedenfalls mit 16. Juli 1998 als erfolgt anzusehen. Die schriftliche Erklärung des Auftraggebers müsse nicht zwingend die wörtliche Erklärung enthalten, dass das Anbot angenommen werde. Es genüge, wenn aus der

schriftlichen Erklärung eindeutig ersichtlich sei, dass der Zuschlag erteilt werden soll und daher das Angebot angenommen werde. Vom Zuschlag sei das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zu unterscheiden. Weil im gegenständlichen Vergabeverfahren die Zuschlagsfrist nicht eingehalten worden sei, sei das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters vom 16. Juli 1998, dass er einverstanden sei, also dass er den Auftrag annehme, zu Stande gekommen. Auf das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses komme es aber im Hinblick auf die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung bzw. einer Nachprüfung nicht an. Es sei daher für die Zulässigkeit auch unerheblich, ob das Vertragsverhältnis fehlerhaft sei oder ob sonst Bestimmungen, wie z. B. das Betriebspensionsgesetz oder das Pensionskassengesetz, nicht eingehalten worden seien. Vom Zustandekommen des Vertragsverhältnissen gemäß § 31 Abs. 6 O.ö. Vergabegesetz sei wiederum die tatsächliche schriftliche Vertragsausfertigung, wie sie am 23. September 1998 erfolgt sei, zu unterscheiden. Das Vertragsverhältnis komme nämlich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zu Stande. Das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses gemäß § 31 Abs. 6 leg. cit. sei vergaberechtlich nur insofern von Bedeutung, als mit diesem Zeitpunkt das Vergabeverfahren ende. Der Vermerk vom 2. Juli 1998 sei noch vor Zuschlagserteilung abgefasst worden, und könne daher nicht als Vergabevermerk im Sinne des § 31 Abs. 5

O.ö. Vergabegesetz angesehen werden. Die Unterlassung eines solchen Vergabevermerkes sei allerdings nicht mit der Sanktion verknüpft, dass dadurch der Zuschlag an sich ungültig werde. Weil ein Zuschlag erfolgt sei und eine einstweilige Verfügung nur vor dem Zuschlag zulässig sei, sei daher die Zurückweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung rechtmäßig und daher der diesbezügliche erstbehördliche Bescheid zu bestätigen gewesen. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Antrag vom 25. August 1998 den vom Amt der o.ö. Landesregierung als Zuschlag bezeichneten Beschluss vom 13. Juli 1998 als angefochtene Entscheidung gemäß § 59 Abs. 3 Z. 1 O.ö. Vergabegesetz angeführt und daher das gemäß § 59 Abs. 3 Z. 6 leg. cit. bestimmte Begehren dahin formuliert, dass die als Zuschlag deklarierte Entscheidung des Amtes der

o. ö. Landesregierung ... vom 13. Juli 1998 ... aufgehoben

(ersatzlos aufgehoben) werde. Argumentiert worden sei dahin, dass ein Konsortium kein Angebot gestellt habe und daher auch an kein Konsortium ein Zuschlag hätte erteilt werden können. Auch sei die Führung einer Pensionskasse durch ein Konsortium unzulässig. Aber selbst bei Annahme eines Zuschlages sei "die Anfechtung durch Nichtigerklärung nach § 62 O.ö. Vergabegesetz noch immer zulässig". Diesen Argumenten könne der unabhängige Verwaltungssenat nicht folgen. Angefochten worden seien nämlich nicht Entscheidungen während des gegenständlichen Vergabeverfahrens, sondern lediglich die Entscheidung über die Vergabe als solches, also über den Zuschlag. Da aber nach erfolgter Zuschlagserteilung die Nichtigerklärung nicht mehr in Betracht komme, hätte ein zulässiges Begehren im Sinn des § 59 Abs. 3 Z. 6 O.ö. Vergabegesetz in Verbindung mit § 61 Abs. 4 leg. cit. auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit lauten müssen. Der Antrag auf ersatzlose Behebung, also Nichtigerklärung, sei daher jedenfalls unzulässig gewesen. Weil aber das bestimmte Begehren zum notwendigen Inhalt eines Antrages gehöre, sei eine Verbesserung nicht möglich und es sei daher der Antrag als unzulässig zurückzuweisen gewesen. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, ein Zuschlag im Sinne des O.ö. Vergabegesetzes sei noch gar nicht erfolgt, sei die Bestimmung des § 59 Abs. 1 leg. cit. entgegenzuhalten, wonach ein Nachprüfungsantrag vor erfolgter Zuschlagserteilung nur zulässig sei, wenn der betreffende Unternehmer den Auftraggeber von der behaupteten Rechtswidrigkeit und der beabsichtigten Antragstellung nachweislich unterrichtet und der Auftraggeber nicht innerhalb von zwei Wochen die behauptete Rechtswidrigkeit beseitigt habe. Der Nachprüfungsantrag sei binnen weiterer zwei Wochen nach Ende dieser Frist einzubringen. Der Antrag habe auch den Nachweis zu enthalten, dass diese Vorgangsweise eingehalten wurde und der Auftraggeber die Rechtswidrigkeit nicht fristgerecht behoben habe. Weder im eingebrachten Antrag noch in den weiteren Schriftsätzen sei die Einhaltung dieses "Warnverfahrens" behauptet worden, noch seien Nachweise erbracht worden, noch sei die Einhaltung eines solchen Warnverfahrens aus der Aktenlage ersichtlich. Der Antrag der Beschwerdeführerin, der unabhängige Verwaltungssenat möge eine einstweilige Verfügung erlassen, sei im Grunde der Bestimmung des § 66 Abs. 4 AVG unzulässig gewesen, weil die Berufungsbehörde immer in der Sache selbst zu entscheiden habe, was bedeute, dass die Berufungsinstanz nur über die Angelegenheit zu entscheiden befugt sei, die den Gegenstand des Bescheides der Unterinstanz gebildet habe. Sei ein Antrag von der Unterinstanz zurückgewiesen worden, so sei Gegenstand der Berufungsentscheidung und sohin Sache nur die Frage, ob die Zurückweisung erfolgt sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zur

hg. Zl. 2000/04/0034 protokollierte Beschwerde.

2.

Mit dem Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 2. Februar 1999 wurde I. im Instanzenzug der Antrag der Beschwerdeführerin vom 11. November 1998 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach dem O.ö. Vergabegesetz gemäß § 68 Abs. 1 AVG in Verbindung mit §§ 58 Abs. 2 und 3, 60 und 61 O.ö. Vergabegesetz zurückgewiesen und II. der an den unabhängigen Verwaltungssenat gerichtete Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 66 Abs. 4 und 68 Abs. 1 AVG und Art. 129a Abs. 1 Z. 3 B-VG in Verbindung mit §§ 58 Abs. 2 und 60 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz zurückgewiesen. Zur Begründung dieser Entscheidung führte der unabhängige Verwaltungssenat aus, mit Eingabe vom 11. November 1998 sei an die o.ö. Landesregierung als Nachprüfungsbehörde ein Antrag auf Nichtigerklärung aller Beschlüsse auf Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit der V AG und der Ö AG und damit auch des Pensionskassenvertrages vom 23. September 1998 sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruches der Beschwerdeführerin auf Aufhebung aller Beschlüsse ..., darunter insbesondere aller Beschlüsse auf Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit den beiden genannten Pensionskassen, weiters auch zur Sicherung des Anspruches auf Aufhebung des Pensionskassenvertrages vom 23. September 1998, dem Land Oberösterreich für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit der Ö AG in Konsortium mit V AG zur Führung der Pensionskassengeschäfte für die Vertragsbediensteten des Landes Oberösterreich zu untersagen, gestellt worden. Dieser Antrag sei mit erstbehördlichem Bescheid vom 19. November 1998 mit der Begründung zurückgewiesen worden, dass bereits mit der Mitteilung vom 13. Juli 1998 bzw. mit dem Schreiben des Konsortiums vom 16. Juli 1998 ein Vertragsverhältnis zu Stande gekommen und es daher im gegenständlichen Verfahren bereits zu einer gesetzmäßigen Zuschlagserteilung gekommen sei, weshalb eine einstweilige Verfügung gemäß § 60 O.ö. Vergabegesetz nicht mehr in Betracht komme. Die Berufung der Beschwerdeführerin gegen diesen Bescheid sei trotz der Regelung des § 60 Abs. 7 O.ö. Vergabegesetz, wonach einstweilige Verfügungen nicht abgesondert von der Entscheidung in der Sache selbst bekämpft werden könnten, zulässig, weil mit dem erstbehördlichen Bescheid eine einstweilige Verfügung nicht erlassen, sondern der darauf gerichtete Antrag zurückgewiesen worden sei. Bereits mit Beschluss des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 22. Jänner 1999 sei die Berufung gegen einen Bescheid der Erstbehörde vom 30. September 1998, mit welchem ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem Land Oberösterreich den Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit Ö AG im Konsortium mit V AG zur Führung der Pensionskassengeschäfte für die Vertragsbediensteten des Landes Oberösterreich zu untersagen, zurückgewiesen worden. Dieser Bescheid sei am 27. Jänner 1999 rechtskräftig geworden. Der nunmehr zu beurteilende Antrag der Beschwerdeführerin vom 11. November 1998 sei bereits mit dem rechtskräftig zurückgewiesenen Antrag vom 25. August 1998 gestellt worden. Es liege somit Identität zwischen den beiden Anträgen vor. Da über den ersteren Antrag bereits eine rechtskräftige Entscheidung ergangen sei, liege entschiedene Sache im Sinne des § 68 Abs. 1 AVG vor, was die Zurückweisung des zweiten Antrages gemäß § 68 Abs. 1 AVG rechtfertige. Zum Antrag in der Berufung vom 3. Dezember 1998, der unabhängige Verwaltungssenat möge eine einstweilige Verfügung dahin gehend erlassen, dass dem Land Oberösterreich bei Abschluss eines

Pensionskassenvertrages ... untersagt werde, sei auszuführen, dass

ein gleich lautender Antrag ebenfalls mit dem bereits zitierten Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates rechtskräftig zurückgewiesen worden sei, weshalb auch hinsichtlich dieses Antrages entschiedene Sache vorliege und er daher gemäß § 68 Abs. 1 AVG zurückzuweisen gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zur

hg. Zl. 2000/04/0035 protokollierte Beschwerde.

3.

Mit dem Bescheid vom 29. Juni 1999 wies der unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich im Instanzenzug den Antrag der Beschwerdeführerin vom 11. November 1998 auf Nachprüfung nach dem O.ö. Vergabegesetz zurück. Zur Begründung dieses Bescheides führte er aus, mit Eingabe vom 11. November 1998 habe die Beschwerdeführerin an die o.ö. Landesregierung als Nachprüfungsbehörde einen Antrag auf Nichtigerklärung aller Beschlüsse und Entscheidungen, die vor dem 23. September 1998 gefasst worden seien, auf Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit V AG und Ö AG und damit auch des Pensionskassenvertrages vom 23. September 1998

sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruches der Beschwerdeführerin auf Aufhebung aller Beschlüsse eingebracht. Mit erstbehördlichem Bescheid vom 6. Mai 1999 sei dieser Antrag als unzulässig zurückgewiesen und dies insbesondere damit begründet worden, dass bereits die Mitteilung des Landes Oberösterreich vom 13. Juli 1998 an die Ö AG und V AG dem § 1 Z. 17 O.ö. Vergabegesetz entspreche und hievon auch die Beschwerdeführerin verständigt worden sei. Der Leistungsvertrag sei am 23. September 1998 durch Abschluss des Pensionskassenvertrages zu Stande gekommen. Durch die Zustimmungserklärung vom 16. Juli 1998 der Ö und V zur Konsortiallösung sei das Vertragsverhältnis gemäß § 31 Abs. 6 zweiter Satz O.ö. Vergabegesetz zu Stande gekommen. Nach erfolgter Zuschlagserteilung hätte ein zulässiges Begehren im Sinne des § 59 Abs. 3 Z. 6 O.ö. Vergabegesetz in Verbindung mit § 61 Abs. 4 leg. cit. auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit lauten müssen. Es sei daher der Antrag vom 11. November 1998, alle Beschlüsse und Entscheidungen, die vor oder am 23. September 1998 gefasst wurden und die auf Übertragung der Führung der Pensionsgeschäfte gerichtet sind, insbesondere alle Beschlüsse auf Abschluss eines Pensionsvertrages, ersatzlos aufzuheben, als unzulässig zurückzuweisen gewesen. Im Übrigen sei auch unter der Voraussetzung, dass ein Zuschlag noch nicht erfolgt sei, wegen Nichteinhaltung der Voraussetzungen gemäß § 59 Abs. 1 und 3 Z. 7 leg. cit. ein Nachprüfungsverfahren unzulässig. Gegen diesen Bescheid habe die Beschwerdeführerin Berufung erhoben. Dem von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwand der Unzuständigkeit der

8. Kammer des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich wird in der Begründung des angefochtenen Bescheides entgegengehalten, diese Kammer sei nach der geltenden Geschäftsverteilung zuständig, wenn der Name des Berufungswerbers bzw. Beschwerdeführers mit einem der Buchstaben A bis L beginne. Gemäß Pkt. C) 3. gelte als Name einer juristischen Person der in ihrer Bezeichnung in alphabetischer Reihenfolge erste aufscheinende Familienname. Sei ein solcher nicht vorhanden, sei nach der in alphabetischer Reihenfolge ersten aufscheinenden Spezialbezeichnung zuzuteilen. Letzteres treffe auch im gegenständlichen Fall insofern zu, als die Bezeichnung der Beschwerdeführerin mit "A" beginne. In der Sache selbst wird in der Begründung des angefochtenen Bescheides darauf verwiesen, dass die Beschwerdeführerin hinsichtlich der bis zum 13. Juli 1998 im Vergabeverfahren ergangenen Entscheidungen bereits einen gleichartigen Antrag gestellt habe, der mit Beschluss des unabhängigen Verwaltungssenates vom 22. Jänner 1999 rechtskräftig zurückgewiesen worden sei, weshalb der nunmehr vorliegende Antrag gemäß § 68 Abs. 1 AVG wegen entschiedener Sache zurückzuweisen gewesen sei. Aber auch soweit der vorliegende Antrag einen Zuschlag bzw. Entscheidungen nach dem 13. Juli 1998 oder am 23. September 1998 betreffe, sei mit dessen Zurückweisung vorzugehen gewesen. Die Beschwerdeführerin habe nämlich mit ihrem Vorbringen, ein Zuschlag sei zu einem späteren Zeitpunkt als am 13. bzw. 16. Juli 1998 erfolgt, nicht überzeugen können. Gemäß § 59 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz sei nach erfolgter Zuschlagserteilung der Antrag spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Zuschlagserteilung zu stellen. Dies bedeute, dass unter Zugrundelegung des erwiesenen Sachverhaltes, nämlich Erteilung eines Zuschlages bereits im Juli 1998, die Antragstellung am 11. November 1998 jedenfalls außerhalb der sechswöchigen Antragsfrist erfolgt und daher verspätet gewesen sei. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, es sei ein Zuschlag noch nicht erfolgt, habe bereits die Erstbehörde zu Recht ausgeführt, dass eine nachweisliche Unterrichtung des Auftraggebers von der behaupteten Rechtswidrigkeit und von der beabsichtigten Antragstellung gemäß § 59 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz nicht erfolgt sei und daher auch das Erfordernis eines bestimmten Antrages gemäß § 59 Abs. 3 Z. 7 leg. cit. nicht erfolgt sei. Eine Unterrichtung sei im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht einmal behauptet worden und habe daher nicht stattgefunden. Zur geltend gemachten Befangenheit der belangten Behörde, weil sie bereits im Ausschreibungsverfahren involviert gewesen sei und im Übrigen die Rechtsmittel-Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt sei, führte der unabhängige Verwaltungssenat aus, dass nach Art. 2 der Rechtsmittel-Richtlinie es dem nationalen Gesetzgeber offen stehe, entweder sofort eine unabhängige Nachprüfungsinstanz mit der Kontrolle des Vergabeverfahrens zu betrauen oder aber zunächst dieser Instanz eine (weisungsgebundene) Verwaltungsinstanz voranzustellen. Dies sei im Übrigen auch dem zuletzt ergangenen Urteil des EuGH im Fall Köllensberger zu entnehmen. Es hege daher der unabhängige Verwaltungssenat keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Anwendung des O.ö. Vergabegesetzes. Auch bestehe nach der höchstgerichtlichen Judikatur keine Verpflichtung, den EuGH anzurufen. Wenn sich die Beschwerdeführerin schließlich in ihrem Recht auf Akteneinsicht verletzt erachte, so sei ihr entgegenzuhalten, dass bis kurz vor der mündlichen Verhandlung am 22. Juni 1999 Akteneinsicht zunächst bei der Behörde erster Instanz, dann beim unabhängigen Verwaltungssenat uneingeschränkt möglich gewesen wäre, von diesem Recht aber nicht Gebrauch gemacht worden sei. Am Tag der öffentlichen mündlichen Verhandlung sei der Vorakt bereits an den Verwaltungsgerichtshof vorgelegt

gewesen. Dort wäre Akteneinsicht möglich gewesen. Im Übrigen würden die Erläuterungen zum Sachverhalt und das Eingehen auf das diesbezügliche Vorbringen die Prüfung des Vergabeverfahrens in materieller Hinsicht voraussetzen. Weil aber "Sache" des gegenständlichen Berufungsverfahrens im Sinne des § 66 Abs. 4 AVG die Zurückweisung eines Nachprüfungsantrages sei, sei nur über die Zurückweisung zu entscheiden und auf die inhaltlichen Argumente nicht Bedacht zu nehmen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die zur

hg. Zl. 2000/04/0033 protokollierte Beschwerde.

Die belangte Behörde legte zu allen drei Beschwerden die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete jeweils eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen. Auch die mitbeteiligte Partei erstattete zu jeder Beschwerde eine Gegenschrift mit einem gleich lautenden Antrag.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Beschwerden wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Beschlussfassung verbunden und darüber erwogen:

II.

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich die Beschwerdeführerin nach ihrem gesamten Vorbringen in allen Verfahren in dem Recht auf meritorische Erledigung ihrer Anträge verletzt. In Ausführung des so zu verstehenden Beschwerdepunktes macht sie unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften zunächst Befangenheit der Erstbehörde geltend, weil ein und dieselbe Abteilung des Amtes der o. ö. Landesregierung einerseits als Hilfsapparat des Landes Oberösterreich im Vergabeverfahren und andererseits als Hilfsapparat der o.ö. Landesregierung im Nachprüfungsverfahren tätig geworden sei. Die belangte Behörde habe auch (aus näher dargelegten Gründen) die Bestimmung des § 68 Abs. 1 AVG unrichtig angewendet. § 61 O.ö. Vergabegesetz verstoße gegen die Richtlinie 89/665/EWG (Rechtsmittel-Richtlinie). Der vorliegende Fall sei vergleichbar mit dem so genannten "Ökopunktefall", in dem das Bundesvergabeamt eine Vorabentscheidungsanfrage beim Europäischen Gerichtshof gestellt habe. Es hätte daher auch von der belangten Behörde eine gleichartige Anfrage gestellt werden müssen. Jedenfalls werde aber eine derartige Anfrage durch den Verwaltungsgerichtshof angeregt. Die Anträge auf Nachprüfung habe die belangte Behörde zu Unrecht mit der Begründung eines verfehlten Begehrens zurückgewiesen, weil sich aus § 61 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz ergebe, dass nach erfolgter Zuschlagserteilung das Vorliegen einer Rechtsverletzung von Amts wegen festzustellen sei. Darüber hinaus habe die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung ein Hilfsbegehren im Sinn einer derartigen Feststellung gestellt. Sollte aber ein Mangel im Begehren vorgelegen sein, so hätte schon die Behörde erster Instanz ein entsprechendes Verbesserungsverfahren durchführen müssen. Eine Verletzung ihres Parteiengehörs erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass die für die materiell-rechtliche Frage, ob ein Zuschlag zu Stande gekommen sei oder nicht, maßgeblichen Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ihr nicht vorgehalten worden seien. Da die Beschwerdeführerin schon in ihrer Eingabe vom 25. August 1998 ausdrücklich den Antrag gestellt habe, dem Land Oberösterreich den Abschluss eines Pensionskassenvertrages zu untersagen, so könne jedenfalls dieser Abschluss des Pensionskassenvertrages rechtlich nicht als Zuschlag qualifiziert werden, weil er gemäß § 59 Abs. 1a O.ö. Vergabegesetz unzulässig gewesen sei. Werde der erfolgte Zuschlag im Abschluss des Pensionskassenvertrages erblickt, so befinde sich das Vergabeverfahren nach wie vor im Stadium vor Zuschlagserteilung. Mit der belangten Behörde sei vereinbart worden, dass der Beschwerdeführerin am 22. Juni 1999, dem Tag der Berufungsverhandlung, Akteneinsicht gewährt werde. Tatsächlich seien an diesem Tag Teile des Verwaltungsverfahrens nicht zur Verfügung gestanden, das Vorhandensein dieser Akten wäre aber notwendig gewesen, um in der mündlichen Verhandlung anhand dieser Akten (näher bezeichnete) Rechtswidrigkeiten aufzuzeigen, die bei Erteilung des Zuschlages bzw. bei Abschluss des Pensionskassenvertrages unterlaufen seien. Aus den Begründungen der angefochtenen Bescheide ergebe sich, dass im Zuge des Verwaltungsverfahrens Schriftsätze eingebracht worden seien, die der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis gebracht worden seien, wodurch sie in ihrem Recht auf Parteiengehör verletzt worden sei. Die Beschwerdeführerin habe auch niemals Einsicht in den vollen Text des Beschlusses der o.ö. Landesregierung vom 13. Juli 1998 über den Abschluss eines Pensionskassenvertrages mit den beiden anderen Anbietern erhalten. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Prozessvoraussetzungen gegeben waren, hätte "von der Behauptungslage gekennzeichnet durch die Zuschlagsmitteilung des Auftraggebers zur Frage

des Vorliegens oder Nichtvorliegens eines Zuschlages" ausgegangen werden müssen. Die Beschwerdeführerin sei mit Schreiben vom 13. Juli 1998, zugestellt am 17. Juli 1998, vom Amt der o.ö. Landesregierung wie folgt verständigt worden:

"Nach Prüfung der Angebote hat die o.ö. Landesregierung am 13.7.98 beschlossen, die Führung der Pensionskassengeschäfte für die Vertragsbediensteten des Landes Oberösterreich der Ö AG im Konsortium mit der 'V AG' zu übertragen."

Die Beschwerdeführerin habe daraufhin im Sinne des § 31 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz die Mitteilung der Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Anbotes beantragt, woraufhin ihr am 12. August 1998 ein Schreiben der o.ö. Landesregierung zugegangen sei, das jedoch nicht den Bestimmungen des § 31 Abs. 4 O.ö. Vergabegesetz entsprochen habe. Die Beschwerdeführerin sei auch niemals zu einem Verfahren verpflichtet gewesen, weil sie nach der ihr zum Zeitpunkt der Antragstellung bekannten Sachlage von der erfolgten Zuschlagserteilung ausgehen habe müssen. Der Umstand, dass bei Auftragsvergaben durch das Land Oberösterreich sowohl das Vergabeverfahren als auch das Nachprüfungsverfahren in erster Instanz vom Amt der o.ö. Landesregierung geführt werde, bedeute die Installierung eines Richters in eigener Sache, was einerseits richtlinienwidrig sei und andererseits gegen Art. 7 Abs. 1, Art. 83 Abs. 2 B-VG und Art. 5 StGG sowie Art. 6 Abs. 1 MRK verstoße. Auch verstoße diese Regelung gegen das Raschheitsgebot der Rechtsmittel-Richtlinie. Es werde daher angeregt, der Verwaltungsgerichtshof möge die Überprüfung des § 58 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz wegen Verfassungswidrigkeit beim Verfassungsgerichtshof beantragen. Hilfsweise werde der Antrag gestellt, eine Vorabentscheidung des EuGH zur Frage der Richtlinienkonformität des § 58 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz einzuholen. Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide macht die Beschwerdeführerin geltend, ihrer Ansicht nach könnten die Begriffe der internen Entscheidung des Auftraggebers über die Zuschlagsentscheidung, des Zuschlages, der Zuschlagsmitteilung an die erfolglosen Bieter, des Zustandekommens eines Vertragsverhältnisses und des Leistungsvertrages überhaupt nur dann angewendet werden, wenn elementare Grundregeln des Vergabeverfahrens eingehalten worden seien. Reine Willkürakte würden also nicht unter diese Begriffe zu subsumieren sein. Auch sei die Rechtsansicht der belangten Behörde, wonach vom Zuschlag das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zu unterscheiden sei, mit der Legaldefinition des § 1 Z. 17 O.ö. Vergabegesetz nicht vereinbar. Würde die Ansicht der belangten Behörde, wegen Antragstellung nach Zuschlagserteilung könne eine einstweilige Verfügung nicht mehr erlassen werden und dem Antrag auf Nachprüfung eines Vergabeverfahrens keine Folge gegeben werden, so würde es ausreichen, um ein wirkungsvolles Nachprüfungsverfahren zu verhindern, dass der Auftraggeber unter Hintansetzung aller Regeln des Vergabeverfahrens, sogar ohne Erwähnung einer konkreten Erteilung des Zuschlages, einem oder mehreren Bietern gleichzeitig mitteile, mit ihnen in ein Vertragsverhältnis treten zu wollen. Damit wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet. Das Schreiben des Amtes der o.ö. Landesregierung vom 13. Juli 1998 an die V AG habe folgenden Wortlaut:

"Pensionkasse für Vertragsbedienstete des Landes

Oberösterreich, Abschluss des Abgabeverfahrens:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Nach Abschluss des Prüfungsverfahrens hat die

o. ö. Landesregierung in ihrer Sitzung am 13. Juli 1998 beschlossen, die Führung der Pensionskassengeschäfte in Form einer Konsortiallösung unter der Führung der Ö AG mit Beteiligung der V AG zu vergeben.

Da sowohl Sie als auch die Ö AG in den Angeboten auf die Möglichkeit einer Konsortiallösung und auf die bereits durchgeführten Konsortiallösungen hingewiesen haben, gehen wir davon aus, dass Sie damit einverstanden sind und ersuchen Sie um diesbezügliche Rückmeldung (per Fax) bis spätestens 16. Juli 1998.

Die Aufteilung im Rahmen des Konsortiums erfolgt zu zwei Dritteln an die Ö AG und zu einem Drittel an die V AG.

Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Einführung der Pensionskassen mit 1. Juli 1998 dürfen wir Sie hinsichtlich der rechtlichen Abklärung und Gestaltung des Pensionskassenvertrages um möglichst rasche Kontaktaufnahme mit der Personalabteilung, Herrn ..., ersuchen."

Es werde darin nicht auf ein bestimmtes Anbot Bezug genommen, weshalb es sich nicht um eine Zuschlagserklärung handle. Wenngleich es nicht explizit festgestellt worden sei, dürfe wohl als evident angenommen werden, dass sich die Beschwerdeführerin, die Ö AG und die V AG als Bieter in einem Ausschreibungsverfahren beteiligt hätten. Es sei

weiters unstrittig, dass eine Bietergemeinschaft nicht offeriert habe. Es lasse daher ein Zuschlag an ein Konsortium, welches sich an der Ausschreibung nicht als Bietergemeinschaft beteiligt habe, die Grundregeln einer jeden Ausschreibung, insbesondere aber auch die Ausschreibungsbedingungen selbst, außer Acht. Die belangte Behörde konstruiere einen Zuschlag, der von einem Vertragsverhältnis losgelöst sei. Sie interpretiere den Zuschlag als Rechtsakt eigener Art, der bestehen bleibe, auch wenn das Vertragsverhältnis (mit welchem Inhalt?) fehlerhaft sei. Diese Auslegung widerspreche dem Gesetzeswortlaut und den Denkgesetzen. Nach dem Willen des Gesetzgebers solle durch den Zuschlag - die Annahme eines Anbotes - ein Vertragsverhältnis zu Stande kommen. Es könne daher nur ein bestimmtes Anbot angenommen werden. Wenn nun zwei Angebote vorgelegen seien, so könne das Schreiben der o.ö. Landesregierung vom 13. Juli 1998 nicht als Annahme eines Anbotes angesehen werden. Der letzte Satz dieses Schreibens sei überdies als eine Einladung zur Verhandlungsführung zu verstehen und nicht als Zuschlag. Die gleichen Argumente gälten auch für das Antwortschreiben der beiden Pensionskassen. Auch dieses enthalte keine Bezugnahme auf ein bestimmtes Anbot, sondern nur den Hinweis, dass nunmehr zu verhandeln sei. Es sei eindeutig, dass eine Abänderung einer wesentlichen Ausschreibungsbedingung nach erfolgtem Zuschlag dem Wettbewerbsprinzip widerspreche und damit einen schweren Vergabeverstoß darstelle. Auch für den Fall der Zustimmung des Auftragnehmers sei ein Abweichen des Auftrages vom Anbot nur in geringen Detailfragen zulässig. Keinesfalls gehe es an, in eklatanter Weise vom Bestbieterprinzip abzuweichen und wettbewerbswidrig zu nicht festgestellten und ungenannten Konditionen später eine Einigung über den Inhalt des Vertrages - noch dazu ohne ersichtliche Bezugnahme auf irgendwelche Bedingungen der Ausschreibung, ja sogar im Gegensatz zur Ausschreibung - herbeizuführen. In einem derartigen Fall sei daher eine Nichtigerklärung des Scheinzuschlages erforderlich und rechtens. Die am 23. September 1998 errichtete Urkunde stelle keinen Pensionskassenvertrag im Rechtssinn dar, weil er (aus näher dargestellten Gründen) gegen zwingende Bestimmungen des Pensionskassengesetzes verstoße. Auch die belangte Behörde gehe davon aus, dass kein Vergabevermerk vorliege. Das Nichtvorliegen eines Vergabevermerkes sei aber insoweit wesentlich, als es eine Interpretation des Schreibens vom 13. Juli 1998 als eine Zuschlagserklärung "glatt widerlegt". Sei kein Zuschlagsvermerk errichtet, sei auch kein Zuschlag erfolgt. Eine Unzuständigkeit der belangten Behörde erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass nach der im fraglichen Zeitraum geltenden Geschäftsverteilung der belangten Behörde zur Erlassung der angefochtenen Bescheide nicht die 8. Kammer, wie dies tatsächlich geschehen sei, sondern die

7. Kammer zuständig gewesen wäre. Pkt. 3. der Allgemeinen Bestimmungen dieser Geschäftsverteilung habe folgenden Wortlaut:

"Als Name einer juristischen Person gilt der in ihrer Bezeichnung in alphabetischer Reihenfolge erste aufscheinende Familienname. Ist ein solcher nicht vorhanden, ist nach der in alphabetischer Reihenfolge ersten aufscheinenden Spezialbezeichnung (z. B. Buchstabenkürzung HIGH TECH) zuzuteilen; ist auch eine solche Bezeichnung nicht vorhanden, so hat die Zuteilung nach dem Kriterium der in alphabetischer Reihenfolge jeweils ersten besonderen Geschäfts- und sonstigen Zweckbezeichnung der juristischen Person zu erfolgen (z. B. Milchprodukte- und Fleischwarengesellschaft m.b.H.)."

"APK" sei keine Spezialbezeichnung im Sinne des Punktes 3. der Allgemeinen Bestimmungen der Geschäftsordnung. Dies zeige insbesondere das in der Regelung angeführte Beispiel HIGH TECH. Unter "Spezialbezeichnung" sei nicht eine reine Buchstabengruppe zu verstehen, zumal es sich ja eben nicht um die Kürzung etwa der folgenden Geschäfts- oder sonstigen Zweckbezeichnung handelt. Dies zeige auch die Wortinterpretation völlig eindeutig: Der systematische Aufbau beruhe auf der Einteilung in Gattung, Art und Einzelwesen. Das in der Geschäftsverteilung aufscheinende Beispiel HIGH TECH sei nun tatsächlich eine Spezialbezeichnung, weil es eine Art kennzeichne, und zwar auch als Buchstabenkürzung der Gesamtbezeichnung HIGH TECHNOLOGIE. Es handle sich eben um eine übliche Abkürzung. Der Spezialbezeichnung stünden begrifflich die an der Spitze eines Firmenwortlautes stehenden Einzelbuchstaben oder Buchstabenfolgen als ein aliud gegenüber. Sie seien jedenfalls individualisierend. Ob sie aber als Name einer juristischen Person bezogen auf eine Geschäftsverteilung gälten, sei eine andere Frage. Sie sei in der hier zu Grunde zu legenden Geschäftsverteilung so gelöst, dass als Name einer juristischen Person eben nur der in der ihrer Bezeichnung in alphabetischer Reihenfolge erste aufscheinende Familienname entsprechen solle. Sei ein solcher nicht vorhanden, komme es auf den Namen gar nicht mehr an. Es solle nach der Geschäftsverteilung dann nur die Spezialbezeichnung für die Geschäftsverteilung entscheidend sein; in Ermangelung einer solchen die besondere Geschäfts- oder sonstige Zweckbezeichnung. Auf den tatsächlich individualisierenden vorangestellten Einzelbuchstaben oder die

individualisierende Buchstabenfolge solle es somit nicht ankommen. Für die Zuständigkeit maßgeblich sei im vorliegenden Fall daher der Buchstabe "P" aus der Geschäftsbezeichnung "Pensionskasse". Hilfsweise werde geltend gemacht, dass die Geschäftsordnung - als Verwaltungsverordnung - gesetzwidrig sei, und zwar auch verfassungsgesetzwidrig, weil sie nicht eindeutig sei. Es sei undeutlich, was unter "Spezialbezeichnung" zu verstehen sei. Es werde daher auch angeregt, die Überprüfung der fraglichen Geschäftsordnung beim Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

In ihren Beschwerden gegen die Bescheide des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 22. Jänner 1999 und vom 2. Februar 1999 erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Verfahrensvorschriften auch darin, dass es der unabhängige Verwaltungssenat unterlassen habe, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. In dieser Verhandlung hätte die Beschwerdeführerin anhand des beigeschafften bzw. beizuschaffenden Vergabeaktes, der Vergabebedingungen und der einschlägigen Schreiben der o.ö. Landesregierung vorgeführt, dass die vermeintliche Zuschlagserteilung vom 13. Juli 1998 schon ihrem Inhalte nach kein Zuschlag im Sinne des § 1 Z. 17

O.ö. Vergabegesetz habe sein können und die angefochtene Zuschlagsentscheidung der o.ö. Landesregierung außerhalb jedes Vergabegesetzes und außerhalb der Ausschreibung im Sinn eines Scheinzuschlages erfolgt sei, zumal nicht einmal ein Vergabevermerk errichtet worden und auch keine Bekanntmachung erfolgt sei.

III.

1.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag sich zunächst der von der Beschwerdeführerin gewählten Auslegung der oben wiedergegebenen Bestimmung der Geschäftsverteilung der belangten Behörde nicht anzuschließen. Diese Bestimmung unterscheidet bei den Namen juristischer Person zwischen solchen, die einen Familiennamen enthalten, solchen die eine (sonstige) Spezialbezeichnung führen und schließlich solchen, die aus einer bloßen Geschäfts- oder sonstigen Zweckbezeichnung der juristischen Person bestehen. Dass die Bezeichnung der Beschwerdeführerin keinen Familiennamen enthält, ist unbestritten. Die Bezeichnung der Beschwerdeführerin ist aber auch keine bloße Geschäfts- oder sonstige Zweckbezeichnung, weil ihr eine individualisierende Buchstabengruppe ("APK") vorangestellt ist, die als Spezialbezeichnung im Sinne der zitierten Bestimmung der Geschäftsverteilung der belangten Behörde zu verstehen ist. Maßgebend für die Zuständigkeit der für die belangte Behörde einschreitenden Kammer ist daher der Buchstabe "A", woraus sich aber, wie auch die Beschwerdeführerin nicht bestreitet, die Zuständigkeit der tatsächlich eingeschrittenen 8. Kammer ergibt.

Da sich solcherart aus der fraglichen Geschäftsverteilung die zur Entscheidung im vorliegenden Fall zuständige Kammer der belangten Behörde ohne weiteres entnehmen ließ, sieht sich der Verwaltungsgerichtshof auch nicht zur angeregten Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof veranlasst.

Soweit die Beschwerdeführerin einen Widerspruch zwischen den Bestimmungen des O.ö. Vergabegesetzes und Europäischem Gemeinschaftsrecht, insbesondere der Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG; so genannte Rechtsmittel-Richtlinie) geltend macht, so vermag ihr der Verwaltungsgerichtshof zunächst im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof (im Einklang mit der von der Beschwerdeführerin selbst zitierten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes) nicht in der Annahme zu folgen, bei der belangten Behörde handle es sich um ein vorlagepflichtiges Gericht im Sinne des Art. 234 EU-Vertrag.

Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich aber auch nicht veranlasst, selbst einen Antrag auf Vorabentscheidung im Sinne dieser EU-Vertragsbestimmung zu stellen. Denn der Europäische Gerichtshof hat bereits mit Urteil vom 20. Oktober 1999 (Rs. C-81/98) zwar die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit vergleichbarer Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes festgestellt, gleichzeitig aber auch ausgesprochen, dass die hier allein in Betracht kommende Bestimmung des Art. 2 I lit. a und b der zitierten Richtlinie nicht dahin auszulegen ist, dass die für die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zuständigen Nachprüfungsinstanzen der Mitgliedstaaten ungeachtet des Fehlens einer Zuschlagsentscheidung, deren Aufhebung im Rahmen einer Nachprüfung beantragt werden könnte, zur Nachprüfung unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen befugt sind. Da somit diese Bestimmungen der Rechtsmittel-Richtlinie nicht unmittelbar anwendbar sind, steht damit, ohne dass es einer neuerlichen Befassung des

Europäischen Gerichtshofes bedürfte, fest, dass dem vorliegenden Verfahren die Rechtslage zu Grunde zu legen ist, wie sie durch das O.ö. Vergabegesetz in seiner im Landesgesetzblatt veröffentlichten Fassung bestimmt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich ferner im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (z. B. VfSlg. 11.645/1988 und die dort zitierte zahlreiche Vorjudikatur) auch nicht zu der von der Beschwerdeführerin angeregeten Antragstellung an den Verfassungsgerichtshof auf Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 58 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz, mit welchem die o.ö. Landesregierung als Nachprüfungsbehörde auch in Fällen eingerichtet wird, in denen als Auftraggeber das Land Oberösterreich auftritt, veranlasst, zumal im Gegensatz zu dem in der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 3980/1981 entschiedenen Fall hier gegen die Entscheidungen der o.ö. Landesregierung das Recht der Berufung an den unabhängigen Verwaltungssenat besteht. Bestehen aber keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Regelung, so vermag der Verwaltungsgerichtshof allein in dem Umstand, dass vergebende Stelle und Nachprüfungsbehörde ein und dieselbe Abteilung eines behördlichen Hilfsorganes ist, auch eine Befangenheit des einschreitenden individuellen Verwaltungsorganes nicht zu erblicken.

Schließlich ergibt sich schon aus dem reinen Wortlaut des Art 2 Abs. 8 der bereits zitierten Rechtsmittelrichtlinie, wonach erst die zur Nachprüfung der Entscheidung der Grundinstanz berufene Instanz das Erfordernis der Unabhängigkeit (unter anderen) gegenüber den öffentlichen Auftraggebern zu erfüllen hat, dass die Regelung der Behördenzuständigkeit in § 58 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz keineswegs im Widerspruch zum europäischen Gemeinschaftsrecht steht. Es erübrigt sich daher auch der in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin angeregte Antrag auf Vorabentscheidung nach Art 234 EU-Vertrag.

2.

Gemäß § 1 Z. 17 O.ö. Vergabegesetz ist Zuschlag die an den Bieter gerichtete schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen.

Nach § 31 Abs. 5 leg. cit. ist über die Zuschlagserteilung eine Niederschrift (Vergabevermerk) zu verfassen, in der alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

Nach dem Abs. 6 dieser Gesetzesstelle kommt das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter mit der schriftlichen Verständigung des Bieters von der Annahme seines Angebotes zu Stande. Wird die Zuschlagsfrist überschritten oder weicht der Auftrag vom Angebot ab, entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, den Auftrag anzunehmen. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist einzuräumen.

Gemäß § 31 Abs. 7 leg. cit. endet das Verfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf der Ausschreibung.

Gemäß § 58 Abs. 1 leg. cit. kann 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, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach § 59 Abs. 1 leg. cit. 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 dem Abs. 1a dieser Gesetzesstelle ist die Zuschlagserteilung in der Zeit zwischen der Unterrichtung des Auftraggebers und dem Ende der Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrages (von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall des zweiten Satzes abgesehen) unzulässig.

Gemäß § 59 Abs. 2 leg. cit. ist der Antrag nach erfolgter Zuschlagserteilung spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Zuschlagserteilung zu stellen.

Der Antrag hat gemäß § 59 Abs. 3 Z. 6 leg. cit. (unter anderem) mindestens ein bestimmtes Begehren zu enthalten.

Gemäß § 61 Abs. 1 leg. cit. 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.

Nach dem Abs. 4 dieser Gesetzesstelle kommt eine Nichtigerklärung nach erfolgter Zuschlagserteilung 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. Auf Antrag des Auftraggebers ist dabei auch auszusprechen, ob der Antragsteller auch ohne die festgestellte Rechtsverletzung keine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätte.

Wie sich aus der Zusammenschau dieser Bestimmungen ergibt, regelt der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Zustandekommens des Auftragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zunächst die Zuschlagserteilung im Sinn des § 31 Abs. 5 leg. cit. als interne Meinungsbildung auf Seiten des Auftraggebers, über die der so genannte Vergabevermerk anzulegen ist. Das Ergebnis dieser Beschlussfassung ist unmittelbar daran gemäß § 31 Abs. 4 leg. cit. jenem Bieter, dem der Zuschlag erteilt wurde, schriftlich mitzuteilen. Den übrigen Bietern ist schriftlich mitzuteilen, wem der Zuschlag erteilt wurde. Erst mit der schriftlichen Verständigung des (ausgewählten) Bieters kommt das (grundsätzliche) Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Bieter über die Erbringung der angebotenen Leistung zu Stande. Nur dann, wenn die Zuschlagsfrist überschritten wurde oder der Auftrag (= Annahmeerklärung) vom Angebot abweicht, entsteht dieses Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, den Auftrag anzunehmen.

Von dem so zu Stande gekommenen Zuschlag unterscheidet das Gesetz schließlich den Leistungsvertrag, welcher auf der Grundlage des durch den Zuschlag zu Stande gekommenen Vertragsverhältnisses (allfällige) weitere Details dieses Vertragsverhältnisses regelt.

Wie sich aus § 58 Abs. 1 in Verbindung mit § 61 Abs. 1 O.ö. Vergabegesetz ergibt, bewirken Verstöße gegen das O.ö. Vergabegesetz, die im Zuge des Verfahrens bis zur Zuschlagserteilung oder bei dieser selbst unterlaufen sind, keineswegs eine Unwirksamkeit des Zuschlages. Sie berechtigen vielmehr lediglich die von einer unterlaufenen Rechtswidrigkeit betroffenen Unternehmer zur Einleitung des in den §§ 58 ff leg. cit. geregelten Nachprüfungsverfahrens. Dies gilt unabhängig von der Schwere der unterlaufenen Rechtsverletzung.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag daher zunächst nicht die Rechtsansicht der Beschwerdeführerin zu teilen, mit dem Schreiben der o.ö. Landesregierung vom 13. Juli 1998, in dem die Ö AG und die V AG, die als Bieter aufgetreten sind, von der Vergabe des Auftrages an sie verständigt wurden und der nachfolgenden Zustimmungserklärung dieser Aktiengesellschaften sei wegen der in der Beschwerde behaupteten Rechtsverstöße ein Zuschlag im Sinne des § 31 Abs. 6 leg. cit. nicht zu Stande gekommen. Lässt sich ihr doch bei allen ihr möglicherweise anhaftenden Mängeln jedenfalls unzweifelhaft die Absicht der mitbeteiligten Partei entnehmen, damit die in § 31 Abs. 6 leg. cit. vorgesehene Verständigung der Bieter vom Zuschlag vorzunehmen. Umsoweniger vermögen allfällige bei Abschluss des Leistungsvertrages unterlaufene Mängel dieses Ergebnis zu hindern.

Der Verwaltungsgerichtshof teilt daher die Rechtsansicht der belangten Behörde, im vorliegenden Fall sei spätestens mit der Zustimmungserklärung der im Schreiben der o.ö. Landesregierung vom 13. Juli 1998 genannten Bieter der Zuschlag im Sinne des Zustandekommens des Vertragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Bieter nach § 31 Abs. 6 leg. cit. zu Stande gekommen.

War damit aber der Zuschlag erteilt, kam, wie sich aus § 61 Abs. 4 leg. cit. zweifelsfrei ergibt, in den zeitlich danach liegenden Zeitpunkten, zu denen die Beschwerdeführerin ihre Anträge auf Nachprüfung stellte (25. August 1998 und 11. November 1998) eine Nichtigerklärung von im Zuge des Vergabeverfahrens ergangenen Entscheidungen des Auftraggebers nicht mehr in Betracht. Zulässig war vielmehr lediglich die Feststellung, ob eine behauptete Rechtsverletzung vorlag und deswegen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Der Verwaltungsgerichtshof vermag daher auch in der Rechtsansicht der belangten Behörde, die in den beiden Anträgen der Beschwerdeführerin enthaltenen Begehren auf Aufhebung näher bezeichneter Entscheidungen des Auftraggebers seien unzulässig gewesen, eine Rechtswidrigkeit nicht zu erkennen. Denn aus § 59 Abs. 3 Z. 6 leg. cit. ergibt sich mit aller Deutlichkeit, dass ein Nachprüfungsantrag im Sinne des § 58 Abs. 1 leg. cit. ein bestimmtes Begehren zu enthalten hat. Diese

Regelung wäre überflüssig, wenn die Behörde nicht an ein solches Begehren gebunden wäre. Die Bestimmung des § 61 Abs. 4 leg. cit. steht dieser Auslegung keineswegs entgegen, erschöpft sich ihr normativer Gehalt doch in der Aussage, dass nach erfolgter Zuschlagserteilung lediglich die dort genannte Feststellung zulässig ist. Eine rechtliche Grundlage für ein amtswegiges Umdeuten eines von vornherein verfehlten Begehrens lässt sich daraus nicht ableiten.

Die Beschwerdeführerin räumt selbst ein, im Zeitpunkt der Antragstellung davon ausgegangen zu sein, dass mit dem Schreiben der o.ö. Landesregierung vom 13. Juli 1998 der Zuschlag zu Stande gekommen ist. Es erübrigt sich daher eine Erörterung der Frage nach dem Schicksal eines verfehlten Begehrens, das in Unkenntnis des bereits erteilten Zuschlages gestellt wurde.

Bei dem von der Beschwerdeführerin gestellten verfehlten Begehren handelt es sich auch nicht um einen Mangel ihres Anbringens, der nach § 13 Abs. 3 AVG einer Verbesserung durch die Behörde zuzuleiten gewesen wäre. Denn es liegt hier nicht ein Form- oder Inhaltsmangel des Antrages vor, sondern es wurde ein Antrag gestellt, dem es an der gesetzlichen Grundlage mangelte. Eine Verpflichtung aber, die (hier sogar anwaltlich vertretene) Partei anzuleiten, wie sie ihr Anbringen zu gestalten hat, lässt sich weder aus der Bestimmung des § 13 Abs. 3 noch jener des § 13a AVG ableiten.

Dem Vorbringen in den Beschwerden, die Beschwerdeführerin habe in ihren Berufungen gegen die erstbehördlichen Bescheide ein dem Gesetz entsprechendes Hilfsbegehren gestellt, ist die Bestimmung des § 59 Abs. 2 O.ö. Vergabegesetz entgegenzuhalten, wonach nach erfolgter Zuschlagserteilung ein Nachprüfungsantrag spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Zuschlagserteilung zu stellen ist. Diese Frist war im Zeitpunkt der Erhebung dieser Berufungen längst abgelaufen.

Erweisen sich die Nachprüfungsanträge der Beschwerdeführerin aber bereits aus diesen Gründen als unzulässig, so erübrigt es sich auf die weiteren von der belangten Behörde herangezogenen Zurückweisungsgründe einzugehen.

3.

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

Nach dem Abs. 2 dieser Gesetzesstelle können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Maßnahmen des Auftraggebers bis zur Entscheidung über eine allfällige Aufhebung vorübergehend ausgesetzt werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Wie sich aus diesen, durchaus dem Wesen einer einstweiligen Verfügung entsprechenden, Bestimmungen ergibt, setzt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung voraus, dass das Vergabeverfahren noch nicht abgeschlossen ist, sodass die Aufhebung einer im Zuge dieses Verfahrens getroffenen Entscheidung noch in Betracht kommt.

Da diese Voraussetzung, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, mit Rücksicht auf die bereits vor Antragstellung erfolgte Zuschlagserteilung nicht mehr gegeben war, erweist sich die Annahme der belangten Behörde von der Unzulässigkeit der vorliegenden Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung schon aus diesem Grund als frei von Rechtsirrtum. Es erübrigt sich daher auch in diesem Punkt auf die weiteren von der belangten Behörde herangezogenen Zurückweisungsgründe einzugehen.

4.

Soweit die Beschwerdeführerin der belangten Behörde unterlaufene Verletzungen von Verfahrensvorschriften, insbesondere die Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Verletzung des Parteiengehörs, vorwirft, ist sie an die Bestimmung des § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG zu erinnern, wonach nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof zu führen hat, sondern nur eine solche, bei deren Vermeidung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Ist diese Relevanz nicht offenkundig, so muss der Beschwerdeführer jene entscheidenden Tatsachen in der Beschwerde bekannt geben, die der Behörde wegen dieser Unterlassung unbekannt geblieben sind (vgl. die in Walter/Thienel, Die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze2, I, § 45 E 536 zitierte

zahlreiche hg. Judikatur). Wie sich aus den obigen Rechtsausführungen ergibt, betreffen die von der Beschwerdeführerin als Folge der gerügten Verfahrensmängel vermissten Feststellungen der belangten Behörde Sachverhaltsumstände, die für die Frage der Zulässigkeit der in Rede stehenden Begehren der Beschwerdeführerin ohne rechtliche Bedeutung sind. Die Beschwerdeführerin vermag daher mit ihrem diesbezüglichen Vorbringen eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht darzutun.

5.

Aus allen diesen Gründen waren die Beschwerden gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, zumal weder zu Tage getreten ist, noch sich aus der Beschwerde auch nur ansatzweise ergibt, welcher Sachverhalt oder welche Rechtsfragen einer Erörterung in der mündlichen Verhandlung bedürfte.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 22. März 2000

Gerichtsentscheidung

EuGH 61998J0081 Alcatel Austria VORAB;

Schlagworte

Verhältnis zu anderen Materien und Normen AVG ZuständigkeitVerhältnis zu anderen Materien und NormenGemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang, partielle Nichtanwendung von innerstaatlichem Recht EURallg1Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2000:2000040033.X00

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at