

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.09.2011

Geschäftszahl

2011/04/0125

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über den Antrag der X in Y, vertreten durch Dr. Lothar Hofmann, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Johannesgasse 15, auf Wiederaufnahme des mit hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, Zl. 2007/04/0012, abgeschlossenen Verfahrens betreffend Nachprüfung eines Vergabeverfahrens, den Beschluss gefasst:

Spruch

Der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens wird abgewiesen.

Begründung

Die Wiederaufnahmewerberin war Auftraggeberin im Zuge der Neuerrichtung des Zentrums für molekulare Biowissenschaften in A und hat die Beschaffung eines so genannten "IVC-Tierhaltesystems und Zubehör" im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 hat sie das Angebot der E. GmbH aus näher genannten Gründen ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidung zugunsten eines Drittunternehmens getroffen.

Dagegen hat die E. GmbH beim Bundesvergabeamt (belangte Behörde) einen Nachprüfungsantrag eingebracht, der mit Bescheid vom 6. Dezember 2006 abgewiesen wurde. Nach der zusammengefassten Begründung dieses Bescheides sei es nicht entscheidungsrelevant, ob die von der Auftraggeberin herangezogenen Ausscheidensgründe rechtswidrig seien, weil im Vergabekontrollverfahren (konkret: in der mündlichen Verhandlung) zwei andere Ausschreibungswidrigkeiten des Angebotes der E. GmbH hervorgekommen seien, die nach Ansicht der belangten Behörde im Ergebnis die Ausscheidung gemäß § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 rechtfertigten.

Dieser Bescheid wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 12. Mai 2011, Zl. 2007/04/0012, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Der Verwaltungsgerichtshof begründete seine Entscheidung zusammengefasst damit, dass die belangte Behörde als Vergabekontrollbehörde Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand einer Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers waren, nur dann berücksichtigen dürfe, wenn dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit dieser Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dazu habe die Behörde dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt sie als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtige und ihm eine ausreichende Frist für eine Stellungnahme einzuräumen (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 28. März 2007, Zl. 2005/04/0200, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01 "Hackermüller", sowie auf die hg. Erkenntnisse vom 28. März 2008, Zl. 2005/04/0025, und vom 1. Oktober 2008, Zl. 2005/04/0233; zur Einräumung einer Frist das Urteil des EuGH vom 28. Jänner 2010, Rs C 406/08, Uniplex). Im vorliegenden Beschwerdefall sei seitens der belangten Behörde ein "konkreter Vorhalt" gegenüber der E. GmbH, dass deren Angebot unter näheren Gesichtspunkten ausschreibungswidrig sei und dass die belangte Behörde beabsichtige, dies als Ausscheidensgrund heranzuziehen, nicht erfolgt, sodass der Bescheid vom 6. Dezember 2006 rechtswidrig sei. Aber auch aus anderen Gründen hätte die belangte Behörde nicht von Ausschreibungswidrigkeiten des Angebotes der E. GmbH ausgehen dürfen: Nach der Aktenlage liege eine der beiden angenommenen Ausschreibungswidrigkeiten nicht vor, die andere Ausschreibungswidrigkeit hätte fallbezogen nur mit Hilfe eines Sachverständigen geklärt werden können und daher in einem Fall wie dem vorliegenden (in dem die Auftraggeberin von anderen Ausscheidensgründen ausgegangen sei) von der Behörde nicht erstmals aufgegriffen werden dürfen.

Mit dem vorliegenden, auf § 45 Abs. 1 Z. 4 VwGG gestützten Antrag begehrt die Auftraggeberin die Wiederaufnahme des mit dem zitierten Erkenntnis Zl. 2007/04/0012 abgeschlossenen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Sie bringt dazu (hier auf das Wesentliche zusammengefasst) vor, die belangte Behörde habe im Zuge der Befragung von Vertretern der E. GmbH und von Zeugen sehr wohl zum Ausdruck gebracht, dass das Angebot wegen der beiden Ausschreibungswidrigkeiten auszuschneiden sei. Außerdem sei die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes, die beiden von der belangten Behörde ins Treffen geführten Ausschreibungswidrigkeiten lägen nicht vor bzw. hätten nur mit Hilfe eines Sachverständigen verifiziert werden können, "vollkommen praxisfern und überschießend", sodass der Auftraggeberin dazu im verwaltungsgerichtlichen Verfahren das Parteiengehör hätte eingeräumt werden müssen.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VwGG ist die Wiederaufnahme eines durch Erkenntnis oder Beschluss abgeschlossenen Verfahrens auf Antrag einer Partei zu bewilligen, wenn im Verfahren vor dem Gerichtshof den Vorschriften über das Parteiengehör nicht entsprochen wurde und anzunehmen ist, dass sonst das Erkenntnis oder der Beschluss anders gelautet hätte.

Der Wiederaufnahmegrund des § 45 Abs. 1 Z. 4 VwGG liegt nur dann vor, wenn die zu beachtenden Vorschriften über das Parteiengehör verletzt wurden (vgl. die bei Mayer, B-VG, 4. Auflage (2007), unter V. zu § 45 VwGG referierte Judikatur). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Einräumung von Parteiengehör zur Auslegung von gesetzlichen Bestimmungen durch den Verwaltungsgerichtshof nicht erforderlich. Die Rechtseinrichtung der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 45 Abs. 1 Z. 4 VwGG bietet keine Handhabe, eine vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis geäußerte Rechtsansicht zu bekämpfen (vgl. den Beschluss vom 15. September 2006, Zl. 2006/04/0049, mwN).

Wie bereits dargelegt war im zitierten Erkenntnis Zl. 2007/04/0012 tragend, dass die belangte Behörde gegenüber der E. GmbH Ausscheidensgründe ins Treffen geführt hat, die weder Gegenstand der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin waren noch Gegenstand eines konkreten Vorhaltes gegenüber der E. GmbH verbunden mit der Möglichkeit zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist.

Auch im Wiederaufnahmeantrag wird nicht dezidiert behauptet, dass gegenüber der E. GmbH ein "konkreter Vorhalt" erfolgt wäre, wie er nach dem Erkenntnis Zl. 2007/04/0012 erforderlich ist, also ein ausdrücklicher Vorhalt, dass die belangte Behörde einen konkret von ihr zu bezeichnenden Sachverhalt als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtige (im zitierten Erkenntnis wurde bereits zum Ausdruck gebracht, dass es nicht ausreicht, wenn die belangte Behörde neben zahlreichen anderen Themen auch Sachverhalte erwähnt, die nach ihrer Entscheidung Ausschreibungswidrigkeiten darstellen, solange diesbezüglich nicht ein konkreter Vorhalt gegenüber der Partei erfolgt. Ebenso wenig wird im Wiederaufnahmeantrag behauptet, die belangte Behörde habe der E. GmbH eine Frist zur Stellungnahme zu den angenommenen Ausschreibungswidrigkeiten eingeräumt. Die rechtliche Notwendigkeit eines solchen Vorhalts samt Möglichkeit zur Stellungnahme ist aber das Ergebnis der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen bzw. im gegenständlichen Fall auch der zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorschriften, zu der die Einräumung des Parteiengehörs durch den Verwaltungsgerichtshof nicht erforderlich ist (vgl. das bereits zitierte Erkenntnis Zl. 2006/04/0049, mwN). Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass diese Auslegung für die Auftraggeberin (im Hinblick auf die im Erkenntnis Zl. 2007/04/0012 bereits zitierte Judikatur des EuGH und des Verwaltungsgerichtshofes) auch nicht überraschend sein konnte.

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass zu dem das hg. Erkenntnis Zl. 2007/04/0012 tragenden Entscheidungsgrund die behauptete Verletzung des Parteiengehörs im Sinne des § 45 Abs. 1 Z. 4 VwGG nicht vorliegt.

Bei diesem Ergebnis bedarf es keiner weiteren Auseinandersetzung mit dem Argument im vorliegenden Wiederaufnahmeantrag, das Parteiengehör hätte vom Verwaltungsgerichtshof auch zu den weiteren Entscheidungsgründen des letztzitierten Erkenntnisses (Nichtvorliegen der Ausschreibungswidrigkeit bzw. notwendige Abklärung durch einen Sachverständigen) eingeräumt werden müssen, weil selbst bei gedanklicher Ausblendung dieser Zusatzargumente das Erkenntnis im Sinne des § 45 Abs. 1 Z. 4 VwGG nicht anders gelautet hätte. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei in diesem Zusammenhang aber darauf hingewiesen, dass die belangte Behörde nach dem zitierten Erkenntnis Zl. 2007/04/0012 hinsichtlich einer der beiden vermeintlichen Ausschreibungswidrigkeiten (keine menügesteuerte Umschaltmöglichkeit) nicht nachvollziehbar dargelegt hat, dass eine solche Umschaltmöglichkeit in der Ausschreibung überhaupt gefordert war. Das Vorliegen der zweiten vermeintlichen Ausschreibungswidrigkeit (keine erprobte Lösung) könnte nach dem zitierten Erkenntnis Zl. 2007/04/0012 fallbezogen nur mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens geklärt werden. Dies bedeutet aber, dass die belangte Behörde diesen Ausscheidensgrund im vorliegenden Fall gar nicht aufgreifen durfte, weil sie Ausscheidensgründe, die nicht schon vom Auftraggeber herangezogen wurden, nicht erst durch die Einholung eines Gutachtens zu prüfen hat (siehe die Hinweise im zitierten Erkenntnis auf die Vorjudikatur vom 18. März 2009, Zl. 2007/04/0095, und vom 21. März 2011, Zl. 2007/04/0007). Daher befindet sich die Auftraggeberin in ihrem Wiederaufnahmeantrag im Irrtum, wenn sie meint, im fortzusetzenden Verfahren müsse die belangte Behörde zur Frage, ob die zuletzt genannte Ausschreibungswidrigkeit (keine erprobte Lösung) vorliege, ein Sachverständigengutachten einholen und die Auftraggeberin hätte zu diesem Zweck die von den Bietern vorgelegten Muster aufbewahren müssen.

Der Antrag auf Wiederaufnahme war daher abzuweisen.

Die Durchführung der im vorliegenden Wiederaufnahmeantrag beantragten mündlichen Verhandlung konnte unterbleiben, weil § 39 VwGG nur das Verfahren über die Beschwerde betrifft, wohingegen über den Antrag auf Wiederaufnahme gemäß § 45 Abs. 3 VwGG in nichtöffentlicher Sitzung zu entscheiden ist (im Übrigen handelt es sich bei der gegenständlichen Beurteilung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Wiederaufnahme um eine reine Rechtsfrage).

Wien, am 28. September 2011