

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 229/2019-17

1. März 2019

BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der Präsidentin
Dr. Brigitte BIERLEIN,

in Anwesenheit des Vizepräsidenten
DDr. Christoph GRABENWARTER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,
Dr. Wolfgang BRANDSTETTER,
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,
Dr. Andreas HAUER,
Dr. Christoph HERBST,
Dr. Michael HOLOUBEK,
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,
Dr. Claudia KAHR,
Dr. Georg LIENBACHER,
Dr. Michael RAMI und
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes
Dr. Lilian HOFMEISTER

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin
Dr. Anna GROSCHEDL
als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache der *** ***** ***** ****,
***** * , **** ***** , vertreten durch die Dorda Rechts-
anwälte GmbH, Universitätsring 10, 1010 Wien, gegen das Erkenntnis des Lan-
desverwaltungsgerichtes Steiermark vom 6. Dezember 2018,
Z LVwG 443.8-2564/2018-32, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung be-
schlossen:

- I. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. b B-VG wird die Verfassungsmäßigkeit des § 2 des Gesetzes vom 19. Juni 2012 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2012 – StVergRG 2012), LGBl. für die Steiermark Nr. 80/2012 idF LGBl. für die Steiermark Nr. 23/2017, sowie der Anlage des StVergRG 2012, LGBl. für die Steiermark Nr. 80/2012 idF LGBl. für die Steiermark Nr. 87/2013, von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

Begründung

I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren

1. Das Land Steiermark machte das Vergabeverfahren "Ausschreibung 'Flugret- 1
tung II'; Planung, Ausführung und 24-Stunden-Betrieb eines Notarzhubschrau-
ber-Stützpunktes im Bundesland Steiermark" in Form eines Verhandlungsverfah-
rens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich am 16. Februar
2018 europaweit bekannt. Die beschwerdeführende Gesellschaft brachte binnen
offener Frist einen Teilnahmeantrag ein.

Die Auftraggeberin ersuchte nach Prüfung des Teilnahmeantrags die beschwer- 2
deführende Gesellschaft um Erbringung weiterer Nachweise bzw. bestimmter
Aufklärungen. Die beschwerdeführende Gesellschaft erstattete eine Antwort an
die Auftraggeberin. Mit Schreiben vom 26. September 2018 teilte die Auftragge-
berin der beschwerdeführenden Gesellschaft die Nichtzulassung zur zweiten
Stufe mit.

2. Den gegen diese Entscheidung der Auftraggeberin erhobenen Nachprüfungsantrag wies das Landesverwaltungsgericht Steiermark mit Erkenntnis vom 6. Dezember 2018 als unbegründet ab. 3

Begründend führt das Landesverwaltungsgericht Steiermark zunächst aus, dass das Nachprüfungsverfahren den materiellen Bestimmungen des BVergG 2006 sowie hinsichtlich des Nachprüfungsverfahrens dem StVergRG 2012 unterliege. Das Land Steiermark sei öffentliche Auftraggeberin gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG, sodass dieses Vergabeverfahren in den Vollziehungsbereich des Landes falle. Die beschwerdeführende Gesellschaft bekämpfe die Entscheidung der Auftraggeberin, sie nicht zur zweiten Stufe zuzulassen. Bei dieser Entscheidung handle es sich gemäß § 2 StVergRG 2012 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. 4

In der Sache gelangt das Landesverwaltungsgericht Steiermark zu dem Ergebnis, dass die beschwerdeführende Gesellschaft zu Recht nicht zur zweiten Stufe zugelassen worden sei. 5

3. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in näher bezeichneten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses beantragt wird. 6

4. Das Landesverwaltungsgericht Steiermark teilte mit, dass von der Erstattung einer Gegenschrift abgesehen wird. 7

II. Rechtslage

Die maßgeblichen Bestimmungen des Gesetzes vom 19. Juni 2012 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2012 – StVergRG 2012), LGBl. für die Steiermark 80/2012 idF LGBl. für die Steiermark 23/2017, lauten (die in Prüfung gezogenen Bestimmungen sind hervorgehoben; die Anlage ist in der Fassung LGBl. für die Steiermark 87/2013 abgedruckt): 8

"§ 2

Gesondert anfechtbare Entscheidungen

(1) Die in der Anlage angeführten Entscheidungen einer Auftraggeberin/eines Auftraggebers sind gesondert anfechtbar. Alle anderen Entscheidungen können nur gemeinsam mit der ihnen zeitlich nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden.

(2) In einem Verfahren zur Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung der Auftraggeberin/des Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidung. Bei Direktvergaben und Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung oder nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb von nicht prioritären Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen gilt Absatz 1.

[...]

§ 4

Zuständigkeiten

(1) Das Landesverwaltungsgericht ist auf Antrag zuständig zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Die Anträge sind unmittelbar beim Landesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung oder bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG), die dazu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares EU-Recht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. zur Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen der Auftraggeberin/des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin/dem Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) [...]

§ 5

Einleitung des Nachprüfungsverfahrens

(1) Eine Unternehmerin/Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung oder bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin/des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. sie/er ein Interesse am Abschluss eines den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrages behauptet und

2. ihr/ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) [...]

Anlage

Gesondert anfechtbare Entscheidungen:

<u>Verfahrensart</u>	<u>Gesondert anfechtbare Entscheidungen</u>
<u>Offenes Verfahren</u>	<u>Ausschreibung;</u> <u>sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist;</u> <u>Ausscheiden eines Angebotes;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Zuschlagsentscheidung;</u>
<u>Nicht offenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren, jeweils mit vorheriger Bekanntmachung oder nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb</u>	<u>Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages);</u> <u>Nicht-Zulassung zur Teilnahme;</u> <u>Aufforderung zur Angebotsabgabe;</u> <u>sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist oder während der Verhandlungsphase;</u> <u>Ausscheiden eines Angebotes;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Zuschlagsentscheidung;</u>
<u>Nicht offenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren, jeweils ohne vorherige Bekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb</u>	<u>Aufforderung zur Angebotsabgabe;</u> <u>sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist oder der Verhandlungsphase;</u> <u>Ausscheiden eines Angebotes;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Zuschlagsentscheidung;</u>
<u>Offener Wettbewerb</u>	<u>Ausschreibung;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes oder der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren;</u>
<u>Nicht offener Wettbewerb</u>	<u>Ausschreibung;</u> <u>Nicht-Zulassung zur Teilnahme;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes oder der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren</u>
<u>Geladener Wettbewerb</u>	<u>Wettbewerbsunterlagen;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes oder der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur - Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren;</u>
<u>Abschluss einer Rahmenvereinbarung</u>	<u>Gesondert anfechtbare Entscheidung innerhalb des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden offenen Verfahrens, nicht offenen Verfahrens oder Verhandlungsverfahrens, jeweils</u>

	<u>ohne Zuschlagsentscheidung, oder der Direktvergabe;</u> <u>Entscheidung, mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll</u>
<u>Vergabe eines Auftrages aufgrund einer Rahmenvereinbarung</u>	<u>Erneuter Aufruf zum Wettbewerb;</u> <u>Ausscheiden eines Angebotes;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Zuschlagsentscheidung;</u>
<u>Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems</u>	<u>Ausschreibung;</u> <u>sonstige Festlegungen während der Frist für den Eingang der unverbindlichen Erklärungen zur Leistungserbringung;</u> <u>Nicht-Zulassung zur Teilnahme;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u>
<u>Vergabe eines Auftrages aufgrund eines eingerichteten dynamischen Beschaffungssystems</u>	<u>Gesonderte Aufforderung zur Angebotsabgabe;</u> <u>Ausscheiden eines Angebotes;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Zuschlagsentscheidung;</u>
<u>Wettbewerblicher Dialog</u>	<u>Ausschreibung;</u> <u>Nicht-Zulassung zu Teilnahme;</u> <u>Aufforderung zur Teilnahme;</u> <u>Nicht-Berücksichtigung einer Lösung in der Dialogphase;</u> <u>Abschluss der Dialogphase;</u> <u>Aufforderung zur Angebotsabgabe;</u> <u>Ausscheiden eines Angebotes;</u> <u>Widerrufsentscheidung;</u> <u>Zuschlagsentscheidung;</u>
<u>Prüfsystem</u>	<u>Ausschreibung;</u> <u>Ablehnung des Antrages auf Aufnahme in das Prüfsystem;</u> <u>Mitteilung über die beabsichtigte Aberkennung der Qualifikation;</u>
<u>Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung oder nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb</u>	<u>Wahl des Vergabeverfahrens;</u> <u>Vergabebekanntmachung;</u>
<u>Direktvergabe</u>	<u>Wahl des Vergabeverfahrens</u>
<u>Alle Verfahrensarten</u>	<u>Wahl eines Vergabeverfahrens ohne gesetzlich vorgeschriebene Vergabebekanntmachung</u>

"

III. Bedenken des Gerichtshofes

1. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 2 sowie der Anlage des StVergRG 2012 entstanden. 9
2. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist. 10
- 2.1. Am 9. Juli 2018 wurde im LGBl. für die Steiermark 62/2018 das Gesetz vom 3. Juli 2018 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2018 – StVergRG 2018) kundgemacht. Es trat mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft (§ 37 StVergRG 2018). Gemäß der Übergangsbestimmung in § 36 StVergRG 2018 ist auf bei Inkrafttreten des StVergRG 2018 laufende Vergabeverfahren das StVergRG 2012 weiter anzuwenden, ebenso auf Verfahren, die beim Landesverwaltungsgericht Steiermark zu diesem Zeitpunkt anhängig waren. 11
- Der Verfassungsgerichtshof geht daher auf Grund dieser Übergangsbestimmung in § 36 StVergRG 2018 vorläufig davon aus, dass im vorliegenden Fall das Landesverwaltungsgericht Steiermark bei Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des StVergRG 2012 denkmöglich angewendet hat, und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmungen bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte. 12
- 2.2. Bei Erlassung der angefochtenen Entscheidung hat das Landesverwaltungsgericht Steiermark zunächst die Bestimmung des § 2 Abs. 1 StVergRG 2012 iVm der dritten Zeile (einschließlich der Überschrift) der Anlage des StVergRG 2012 angewendet, in der die gesondert anfechtbaren Entscheidungen für nicht offene Verfahren oder Verhandlungsverfahren, jeweils mit vorheriger Bekanntmachung oder nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, festgelegt sind. 13
- Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass § 2 StVergRG 2012 und die Anlage des StVergRG 2012 miteinander insofern in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, als dem steirischen Landesgesetzgeber eine nur partielle 14

Regelung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen für einzelne Verfahrensarten nicht zusinnbar ist.

3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen die hiemit in Prüfung gezogenen Bestimmungen das Bedenken, dass sie gegen Art. 14b B-VG verstoßen: 15

§ 2 Abs. 1 StVergRG 2012 bestimmt, dass die in der Anlage angeführten Entscheidungen eines Auftraggebers gesondert anfechtbar sind. In der Anlage des StVergRG 2012 sind wiederum getrennt nach unterschiedlichen Verfahrensarten die gesondert anfechtbaren Entscheidungen definiert. 16

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 11. Dezember 2018, G 205/2018, entschieden, dass die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG dem Bundesgesetzgeber zukommt und nicht in die Zuständigkeit der Länder gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG fällt. Daher hegt der Verfassungsgerichtshof das Bedenken, dass die in Prüfung gezogenen Bestimmungen aus den im genannten Erkenntnis dargelegten Gründen gegen Art. 14b B-VG verstoßen dürften. 17

IV. Ergebnis

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, § 2 sowie die Anlage des StVergRG 2012 von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. 18

2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein. 19

3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 20

Wien, am 1. März 2019

Die Präsidentin:

Dr. BIERLEIN

Schriftführerin:

Dr. GROSCHEDL

