



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek und die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Mitter, über die Revision der Bietergemeinschaft 1. T GesmbH und 2. C GmbH, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. August 2014, Zl. W139 2006041-2/37E; W139 2008320-1/34E, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. U, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, 2. V GmbH & Co KG in W, vertreten durch Weixelbaumer Rechtsanwälte in 1030 Wien, Reisnerstraße 61), zu Recht erkannt:

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der erst- und der zweitmitbeteiligten Partei jeweils Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Die Mehrbegehren der mitbeteiligten Parteien werden abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Vorgeschichte

- 1 Den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses zufolge schrieb die erstmitbeteiligte Auftraggeberin im Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung, technische Betriebsführung, Instandhaltung, Instandsetzung und Wartung der technischen Gebäudeausrüstung und Laborausstattung, [...], A 1190 Wien“ die genannten Leistungen im Oktober 2012 in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen aus.



Nach den Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses liegt der geschätzte Auftragswert der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung entsprechend den Angaben der erstmitbeteiligten Auftraggeberin über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

- 2 Die revisionswerbende Bietergemeinschaft und die zweitmitbeteiligte Partei legten rechtzeitig ein Angebot.
- 3 Am 20. Dezember 2013 wurde der Revisionswerberin seitens der erstmitbeteiligten Auftraggeberin das Ausscheiden ihres Angebotes bekannt gegeben.
- 4 Mit Erkenntnis vom 31. Jänner 2014 wurde der auf die Nichtigerklärung dieser Ausscheidungsentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag der Revisionswerberin durch das Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: Verwaltungsgericht) abgewiesen.
- 5 Mit hg. Beschluss vom 25. März 2014, Ra 2014/04/0001, wurde die gegen dieses Erkenntnis gerichtete außerordentliche Revision (der vorliegenden Revisionswerberin) durch den Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen.
- 6 Mit Schreiben vom 14. März 2014 nahm die erstmitbeteiligte Auftraggeberin das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei an und schloss die Rahmenvereinbarung mit der zweitmitbeteiligten Partei ab. Dem angefochtenen Erkenntnis zufolge erfolgte mit dem Vertragsabschluss auch bereits der Abruf der ausgeschriebenen Leistungen mit Ausnahme einer näher bezeichneten Leistung („HG04 des Teils C“).

Angefochtenes Erkenntnis

- 7 Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 8. August 2014 erkannte das Verwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 Abs. 1 BVergG 2006 über die Anträge der Revisionswerberin wie folgt:



Mit Spruchpunkt A I. wurden die für den Fall, dass die Rahmenvereinbarung noch nicht abgeschlossen wurde, gestellten Anträge (vom 21. März 2014) auf

- Nichtigerklärung der Entscheidung der mitbeteiligten Auftraggeberin, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle

- *in eventu* auf Nichtigerklärung des Vergabeverfahrens,

- *in eventu* auf Nichtigerklärung der unzulässigen Wahl des Verfahrens der Direktvergabe sowie

- *in eventu* auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb

gemäß den §§ 2 Z 16 lit. a sublit. ii und 312 Abs. 2 BVergG 2006 zurückgewiesen.

Mit Spruchpunkt A II. wurden die *in eventu* für den Fall, dass die Rahmenvereinbarung bereits abgeschlossen wurde, gestellten Anträge (vom 21. März 2014)

- auf Feststellung dass der Zuschlag bzw. der Abschluss der Rahmenvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,

- auf Feststellung dass die Zuschlagserteilung bzw. der Abschluss der Rahmenvereinbarung ohne Mitteilung der Entscheidung, mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß § 151 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,

- *in eventu* für den Fall, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung als Direktvergabe zu qualifizieren sein sollte, auf Feststellung dass die Direktvergabe rechtswidrig war sowie





- (vom 23. Mai 2014) *in eventu* für den Fall, dass der Abschluss der Rahmenvereinbarung als Direktvergabe zu qualifizieren sein sollte, auf Feststellung, dass die Direktvergabe bzw. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,

gemäß den §§ 312 Abs. 3 und 331 Abs. 1 BVergG 2006 zurückgewiesen.

Mit Spruchpunkt A III. wurden die Anträge (vom 23. Mai 2014)

- auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung sowie

- auf Feststellung, dass das Unterlassen der Erklärung des Widerrufs des Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,

gemäß den §§ 312 Abs. 3, 331 Abs. 1 und 332 Abs. 6 BVergG 2006 zurückgewiesen.

Mit Spruchpunkt A IV. wurde der Antrag (vom 21. März 2014) auf Nichtigerklärung der unzulässigen Wahl des Verfahrens der Direktvergabe (von Leistungen näher bezeichneter Positionen) gemäß § 312 Abs. 2 BVergG 2006 zurückgewiesen.

Mit Spruchpunkt A V. wurde der *in eventu* für den Fall, dass die Leistungen bereits direkt vergeben wurden, gestellte Antrag (vom 21. März 2014) auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Direktvergabe (von Leistungen näher bezeichneter Positionen) gemäß § 312 Abs. 2 BVergG 2006 abgewiesen.

Gemäß Spruchpunkt A VI. wurden die Anträge der revisionswerbenden Bietergemeinschaft auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen.





Mit Spruchpunkt A VII. wurde der revisionswerbenden Bietergemeinschaft gemäß § 318 Abs. 1 BVergG 2006 eine Pauschalgebühr in der Höhe von € 9.850,-- auferlegt.

Mit Spruchpunkt B wurde ausgesprochen, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist.

- 8 Begründend führte das Verwaltungsgericht zu den Spruchpunkten A I. und A IV. aus, die verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung sei bereits am 14. März 2014 mit der Annahme des Angebotes der zweitmitbeteiligten Partei durch die erstmitbeteiligte Auftraggeberin abgeschlossen worden. Diesbezüglich sei das Vergabeverfahren beendet. Darüber hinaus sei mit dem Vertragsabschluss bereits der Abruf der ausgeschriebenen Leistungen mit Ausnahme einer näher bezeichneten Leistung erfolgt. Das bedeute, dass in diesem Umfang bereits die Vergabe auf Grund der betreffenden Rahmenvereinbarung gemäß § 152 BVergG 2006 erfolgt und das Vergabeverfahren diesbezüglich beendet sei. Ebenso verhalte es sich mit den direkt an eine näher bezeichnete GmbH vergebenen Leistungen (der Wartung und Instandhaltung der Sterilwerkbänke - Sicherheitsüberprüfung der Sicherheitswerkbänke). Dieses Verfahren sei, selbst wenn man mit der revisionswerbenden Bietergemeinschaft davon ausgehen könnte, dass eine Direktvergabe gewählt worden sei, abgeschlossen.

Darüber hinaus sei darauf hinzuweisen, dass die Revisionswerberin ihre Nachprüfungsanträge unter der - gegenständlich nicht vorliegenden - Prämisse gestellt habe, dass die Rahmenvereinbarung noch nicht abgeschlossen worden sei, sodass diesen auch insofern kein Erfolg beschieden sei.

Daher sei eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes zur Nichtigerklärung gemäß § 312 Abs. 2 BVergG 2006 nicht mehr gegeben. Dem Verwaltungsgericht kämen nur (Feststellungs)Zuständigkeiten gemäß § 312 Abs. 3 BVergG 2006 zu.

Soweit durch die Nachprüfungsanträge die noch nicht durch die erstmitbeteiligte Auftraggeberin abgerufenen Leistungen betroffen seien, sei festzuhalten, dass nach Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem einzigen





Unternehmer die Anfechtung der von der Revisionswerberin bezeichneten Entscheidungen und deren Nichtigkeitserklärung nicht in Frage komme (Verweis auf § 2 Z 16 lit. b sublit. ii BVergG 2006), sodass die Nachprüfungsanträge auch insofern zurückzuweisen gewesen seien.

- 9 Zu Spruchpunkt A II. und den beantragten Feststellungen nach § 312 Abs. 3 BVergG 2006 führte das Verwaltungsgericht aus, dass insoweit die Revisionswerberin in ihren Feststellungsanträgen auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung Bezug nehme, eine derartige Feststellung gesetzlich aber nicht vorgesehen sei, zumal sich ein Vergabeverfahren noch nicht im Stadium nach Zuschlagserteilung befände. Ein Umdeuten dieser verfehlten Begehren komme nicht in Betracht.

Für Feststellungsanträge seien das Erfordernis des Interesses am Vertragsabschluss sowie eines Schadens Antragsvoraussetzung.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes komme dem ausgeschiedenen Bieter im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung Antragslegitimation zu. Komme die Nachprüfungsbehörde zum Ergebnis, dass der Antragsteller zu Recht ausgeschieden worden sei, so habe sie den Nachprüfungsantrag abzuweisen. Ein Bieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei, könne durch Rechtswidrigkeiten, die das Verfahren zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag betreffen, nicht in Rechten verletzt werden.

Der Revisionswerberin sei zwar beizupflichten, dass das Bundesvergabeamt angesichts des Urteiles des EuGH „Fastweb“ davon ausgegangen sei, dass sich die Beurteilung der Antragslegitimation in neuem Licht darstelle und es nicht mehr ohne weiteres möglich sei, die Antragslegitimation unter Berufung auf die Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestandes auf Seiten des antragstellenden Bieters und damit unter Berufung auf das Fehlen eines Schadenseintritts bzw. einer Schadenseintrittsmöglichkeit abzusprechen.

Es dürfe jedoch nicht übersehen werden, dass sich der Sachverhalt in jenem Verfahren vor dem Bundesvergabeamt wie auch jener vor dem EuGH in der Rechtssache „Fastweb“ von dem im vorliegenden Verfahren unterscheide. Im



vorliegenden Vergabeverfahren habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin das Angebot der Revisionswerberin förmlich ausgeschieden, während in der Rechtssache „Fastweb“ die Prüfung durch das vorliegende Gericht - und nicht durch den Auftraggeber - das Vorliegen eines Ausscheidenstatbestandes ergeben habe.

Darüber hinaus sei der vorliegenden (mangels Bekämpfung durch die revisionswerbende Bietergemeinschaft bestandfesten) Ausschreibung zu entnehmen, dass bloß die nach der Angebotsprüfung verbleibenden Angebote einer Bewertung anhand der Zuschlagskriterien unterzogen würden und sodann die verbliebenen Bieter über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. die Zuschlagsentscheidung zu informieren seien.

Das Verwaltungsgericht folge nicht der Auffassung der Revisionswerberin, wonach unter „nicht berücksichtigten Bietern“ gemäß § 151 Abs. 3 BVergG 2006 sämtliche Bieter des betreffenden Vergabeverfahrens - unterschiedslos ob diese rechtskräftig ausgeschieden seien oder nicht - zu subsumieren seien. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes seien jene „nicht berücksichtigte Bieter“, welche auf Grund der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien nicht als Best- bzw. Billigstbieter gereiht worden seien.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass trotz Verbleibens bloß zweier Angebote im Vergabeverfahren der vorliegende Sachverhalt nicht mit jenem in der Rechtssache „Fastweb“ verglichen werden könne. Das Angebot der Revisionswerberin sei zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden. Die erstmitbeteiligte Auftraggeberin sei nicht verpflichtet gewesen, der rechtskräftig ausgeschiedenen Revisionswerberin die Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, mitzuteilen.

- 10 Zu Spruchpunkt A III. verwies das Verwaltungsgericht auf die Begründung der Unzulässigkeit der Feststellungsanträge zu Spruchpunkt A II. Darüber hinaus seien die in diesem Spruchpunkt behandelten Feststellungsanträge auch deshalb



unzulässig, da sie trotz Aufforderung nicht ordnungsgemäß vergebührt worden seien.

- 11 Zu Spruchpunkt A V. führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, diese Leistungen seien nicht in Umgehung der Zusammenrechnungsregel des § 13 Abs. 4 BVergG 2006 (direkt) vergeben worden, da von einer Leistung mit eigenständiger Funktion auszugehen sei. Selbst wenn man der Revisionswerberin folge, könne sich die Direktvergabe auf die Losregelung des § 16 Abs. 5 BVergG 2006 stützen.
- 12 Spruchpunkt A VI. wurde damit begründet, dass sämtlichen Anträgen der Revisionswerberin nicht stattgegeben worden sei.
- 13 Die Vorschreibung der (zusätzlichen) Pauschalgebühren in Spruchpunkt A VII. begründete das Verwaltungsgericht damit, dass die Revisionswerberin mit Schriftsatz vom 23. Mai 2014 einen weiteren Antrag nach § 331 Abs. 1 BVergG 2006 eingebracht habe.
- 14 Die Zulassung der ordentlichen Revision (in Spruchpunkt B) begründete das Verwaltungsgericht damit, dass sich der Verwaltungsgerichtshof, wenngleich sich der konkrete Sachverhalt und die betreffende Ausgangslage in der Rechtssache „Fastweb“ erheblich unterschieden, mit den konkreten Ausführungen des EuGH zur Antragslegitimation noch nicht auseinandergesetzt habe. Angesichts der (tatsächlich und historisch) beträchtlichen Bedeutung der Antragslegitimation im Vergabekontrollverfahren solle der Revisionswerberin der Weg einer ordentlichen Revision nicht „abgeschnitten“ werden.

Revision

- 15 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision.



Revisionsbeantwortungen

- 16 Das Verwaltungsgericht legte die Revision gemäß § 30a Abs. 6 VwGG unter Anschluss der Akten des Verfahren und den von der erst- als auch der zweitmitbeteiligte Partei erstatteten Revisionsbeantwortungen vor.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Grundsätzlich

- 17 Die Revision wirft in ihren Zulässigkeitsgründen die grundsätzliche Rechtsfrage auf, welche Auswirkungen die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) im Urteil vom 4. Juli 2013 in der Rechtssache C-100/12, „Fastweb“ auf die Möglichkeit der Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung durch einen im Vergabeverfahren bereits ausgeschiedenen Bieter hat.
- 18 Diese Rechtsfrage wird bereits vom Verwaltungsgericht in der Begründung zur Zulassung der ordentlichen Revision nach § 25a Abs. 1 VwGG angesprochen.
- 19 Die Revision ist daher zulässig. Sie ist jedoch nicht berechtigt.

Rechtsslage

- 20 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. II Nr. 513/2013 (BVergG 2006), lauten (Unterstreichungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

...

16. **Entscheidung** ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.



- a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

...

- ii) bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 25 Abs. 7: hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit. aa), bb), dd) oder ee) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll; bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmern abgeschlossen wurde, der erneute Aufruf zum Wettbewerb; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

...

4. Abschnitt

Schwellenwerte, Berechnung des geschätzten Leistungswertes

Schwellenwerte

§ 12. (1) Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert

...

2. bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens 207 000 € beträgt;

...

(3) Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen im Unterschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert die in Abs. 1 genannten Beträge nicht erreicht. ...

...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die ...





(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

...

Wahl des Angebotes für den Zuschlag

§ 130. (1) Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.

...

Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist

§ 139. (1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn

1. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder
2. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder
3. kein Angebot eingelangt ist, oder
4. nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.

...

4. Abschnitt

Bestimmungen für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen und die Vergabe von Aufträgen auf Grund von Rahmenvereinbarungen

...

Abschluss von Rahmenvereinbarungen

§ 151. ...

(3) Die Parteien der Rahmenvereinbarung werden nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens gemäß den §§ 28 bis 30 sowie 38 Abs. 1 ermittelt. Eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer ist mit jenem Bieter abzuschließen, der das gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewertete Angebot gelegt hat. Eine





Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern ist mit jenen Bietern abzuschließen, die die gemäß dem oder den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebote gelegt haben. Soll eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden, so müssen mindestens drei Parteien daran beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Unternehmern die Eignungskriterien erfüllt hat und eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten abgegeben wurde. Die maßgeblichen Gründe für die Bewertung der Angebote sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat den nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nachweislich mitzuteilen. In dieser Mitteilung sind die Gründe der Nichtberücksichtigung sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bzw. der erfolgreichen Angebote bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, besteht nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren gemäß § 28 Abs. 2 Z 3, § 29 Abs. 2 Z 3 oder 6 oder § 30 Abs. 2 Z 3 zum Abschluss der Rahmenvereinbarung durchgeführt wurde.

(4) Der Auftraggeber darf die Rahmenvereinbarung bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist abschließen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Für eine freiwillige Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung gelten die §§ 49 Abs. 2 und 55 Abs. 5 sinngemäß.

...

Vergabe von öffentlichen Aufträgen auf Grund von Rahmenvereinbarungen

§ 152. (1) Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge dürfen die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen.

(2) Aufträge, die auf Grund einer gemäß § 151 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung vergeben werden sollen, werden gemäß den in Abs. 3 bis 6 beschriebenen Verfahren vergeben. Diese Verfahren sind nur zwischen dem bzw. den Auftraggebern und jenem bzw. jenen Unternehmern zulässig, die von Anfang an Parteien der Rahmenvereinbarung waren.



(3) Wird eine Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer gemäß § 151 Abs. 3 abgeschlossen, so kann der Zuschlag hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge

1. unmittelbar dem auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung gelegten Angebot nach den in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilt werden, oder
2. der Auftraggeber kann den Unternehmer zuerst schriftlich auffordern, sein Angebot
 - a) auf der Grundlage der ursprünglichen Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge oder
 - b) sofern nicht alle Bedingungen für die Vergabe der Aufträge in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, auf der Grundlage der vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge oder
 - c) auf der Grundlage von anderen, in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen

erforderlichenfalls zu verbessern, zu vervollständigen oder abzuändern und erst danach den Zuschlag nach den in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen erteilen.

(4) Wird eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern gemäß § 151 Abs. 3 abgeschlossen, so ist der Zuschlag für die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge

1. unmittelbar auf Grund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb, oder
2. nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu erteilen.

(5) Sofern nicht alle Bedingungen für die Vergabe der Aufträge in der Rahmenvereinbarung selbst festgelegt sind, kann der erneute Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 2

1. auf der Grundlage der ursprünglichen und nunmehr vervollständigten Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge, oder
2. auf der Grundlage von anderen, in den Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen

erfolgen.

(6) Bei einem erneuten Aufruf der Parteien zum Wettbewerb gemäß Abs. 4 Z 2 kann der Auftraggeber den Zuschlag entweder nach Durchführung einer



elektronischen Auktion gemäß den §§ 146 bis 149 oder nach Durchführung des nachfolgenden Verfahrens erteilen:

1. Vor der Vergabe jedes Einzelauftrages konsultiert der Auftraggeber schriftlich jene Parteien der Rahmenvereinbarung, die in der Lage sind, die konkret nachgefragte Leistung zu erbringen.
2. Der Auftraggeber setzt eine angemessene Frist für die Abgabe neuer Angebote für jeden Einzelauftrag fest. Bei der Festsetzung der Frist hat der Auftraggeber insbesondere die Komplexität des Auftragsgegenstandes und die für die Übermittlung der Angebote und der sonstigen Unterlagen erforderliche Zeit zu berücksichtigen.
3. Die Angebote sind schriftlich einzureichen, ihr Inhalt ist bis zum Ablauf der Angebotsfrist geheim zu halten.
4. Der Zuschlag ist dem gemäß dem oder den auf der Grundlage der Ausschreibungsunterlagen der Rahmenvereinbarung festgelegten Zuschlagskriterium bzw. Zuschlagskriterien am besten bewerteten Angebot zu erteilen. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten. Hinsichtlich der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, der Wirksamkeit des Zuschlages und der Form des Vertragsabschlusses gelten die §§ 131 bis 134.

...

2. Hauptstück

Besondere Bestimmungen über das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens

...

Zuständigkeit

§ 312. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie





2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.
- (3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig
1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;
 2. in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
 3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;
 4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 erteilt wurde;
 5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 rechtswidrig war;
 6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;
 7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7.

...

Gebühren

§ 318. (1) Für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und § 331 Abs. 1 und 2 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

1. Die Pauschalgebühr ist gemäß den von der Bundesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. ...

...





5. Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 320 Abs. 1 oder gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 320 Abs. 1 oder gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

...

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. ...

...

Feststellungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder
3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder
4. der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 rechtswidrig war, oder
5. die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen





Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 bis 4 beantragen. ...

...

Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

§ 332. (1) ...

...

(6) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 ist ferner unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.“

Zur Antragslegitimation der Revisionswerberin im Hinblick auf das Urteil des EuGH „Fastweb“

21 Vom Verwaltungsgericht wird als Begründung für die Zulassung der Revision ausgeführt, wenngleich sich der konkrete Sachverhalt und die betreffende Ausgangslage in der Rechtssache „Fastweb“ erheblich unterscheiden, habe sich der Verwaltungsgerichtshof mit den konkreten Ausführungen des EuGH zur Antragslegitimation in dieser Rechtssache noch nicht auseinandergesetzt.

22 Die Revision wendet ein, das Verwaltungsgericht habe in den Spruchpunkten A II. und A IV. zu Unrecht die Antragslegitimation der Revisionswerberin verneint. Dieser stehe, auch wenn ihr Angebot vom Vergabeverfahren bereits ausgeschieden worden sei, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts auf Grund des Urteils des EuGH „Fastweb“ die Antragslegitimation im vorliegenden Nachprüfungsverfahren zu.

Der vorliegende Fall sei mit der Konstellation in der Rechtssache „Fastweb“ vergleichbar. Im gegenständlichen Vergabeverfahren seien zwei Angebote gelegt worden, wobei das Angebot der Revisionswerberin ausgeschieden wurde und sich aus den Akten offenkundig ergebe, dass auch das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei auszuschneiden gewesen wäre. Auch wenn dieses Angebot nicht auszuschneiden sein sollte, sei der Widerruf des Vergabeverfahrens durch die erstmitbeteiligte Auftraggeberin die einzig





sinnvolle Handlungsalternative, da das Angebot des letzten verbliebenen Bieters um 37 % über jenem des zuletzt ausgeschiedenen läge.

Im angefochtenen Erkenntnis weiche das Verwaltungsgericht von der Entscheidung des Bundesvergabeamtes (N/0073/-BVA/06/2013-4 vom 19. August 2013) ab, in der bei zwei unterschiedlichen Ausscheidensgründen die Antragslegitimation und die Vergleichbarkeit mit der Entscheidung „Fastweb“ bejaht worden sei.

Es sei darauf hinzuweisen, dass das Handelsgericht Wien (i.Z.m. mit dem von der Revisionswerberin geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 20 UWG) davon ausgegangen sei, dass der revisionswerbenden Bietergemeinschaft die vergaberechtlichen Rechtsschutzmechanismen zu Verfügung stünden und das Handelsgericht Wien seinerseits die Antragslegitimation verneint habe.

Nach der Rechtsprechung des EuGH in „Fastweb“ hätten die Bieter ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen. Dieses Interesse könne auch dann geltend gemacht werden, wenn das eigene Angebot auszuschneiden sei. Ein anderes Ergebnis würde den Zielsetzungen eines effektiven Rechtsschutzes zuwiderlaufen. Auch der deutsche BGH gehe davon aus, dass den Bietern ein Schaden entstehe, wenn alle Bieter auszuschneiden seien.

Die Grundsätze der Entscheidung „Fastweb“ auf das österreichische Recht angewendet, räumten dem Antragsteller ein Recht auf Widerruf ein.

Das Verwaltungsgericht hätte die Ausscheidensgründe beim Angebot der zweitmitbeteiligten Partei von Amts wegen zu prüfen gehabt; es sei zu Unrecht der Auffassung, dass es nur verpflichtet sei, offenkundig aus den Akten zu entnehmende Ausscheidensgründe aufzugreifen.

Auch existiere keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, zu welchem Zeitpunkt ein Unterlassen eines (zwingend) gebotenen Widerrufs nach außen in Erscheinung trete, bzw. ob eine Unterlassung des (in Fällen des § 139 Abs. 1 BVergG 2006 zwingend gebotenen) Widerrufs gemäß § 2



Z 16 lit. b BVergG 2006 gemeinsam mit der Auswahlentscheidung geltend gemacht werden könne. Ebenso fehle Rechtsprechung, ob in Analogie zu § 331 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 iVm der Entscheidung „Fastweb“ im Sinne eines Rechts auf Widerruf festgestellt werden könne, dass die unterlassene Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens rechtswidrig gewesen sei. Dies sei aus den vom Verwaltungsgerichtshof im Beschluss EU 2014/0002-1 angeführten Gründen unionsrechtlich gefordert.

Das Urteil des EuGH „VAMED“

23 In der vorliegenden Rechtssache hat der Verwaltungsgerichtshof am 20. Mai 2015 beschlossen, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) nach Art. 267 AEUV (unter anderem) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„Ist Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33, in der durch die Richtlinie 2007/66/EG zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. L 335 vom 20.12.2007, S. 31, geänderten Fassung (Richtlinie 89/665) vor dem Hintergrund der Grundsätze des Urteils des EuGH vom 4. Juli 2013 in der Rechtssache C-100/12, Fastweb SpA, dahin auszulegen, dass einem Bieter, dessen Angebot rechtskräftig vom Auftraggeber ausgeschieden wurde und der daher nicht betroffener Bieter nach Art. 2a der Richtlinie 89/665 ist, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung (Entscheidung über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung) und des Vertragsschlusses (einschließlich der nach Art. 2 Abs. 7 der Richtlinie geforderten Zuerkennung von Schadenersatz) verwehrt werden kann, auch wenn nur zwei Bieter Angebote abgegeben haben und das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, nach dem Vorbringen des nicht betroffenen Bieters ebenso auszuschneiden gewesen wäre?“

24 Mit Urteil vom 21. Dezember 2016 in der Rechtssache C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH gegen Universität für Bodenkultur Wien und VAMED



Management und Service GmbH & Co KG, ECLI:EU:C:2016:988,
beantwortete der EuGH diese Frage wie folgt:

„Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass er dem nicht entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.“

25 In den Entscheidungsgründen dieses Urteils führte der EuGH unter anderem aus:

„Zur ersten Frage

27 Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 vor dem Hintergrund des Urteils vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), dahin auszulegen ist, dass er dem entgegensteht, dass einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde und daher kein betroffener Bieter im Sinne von Art. 2a dieser Richtlinie ist, in einem Fall, in dem nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt wird.

28 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 Verfahren zur Nachprüfung der Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers, um als wirksam angesehen werden zu können, zumindest jeder Person zur Verfügung stehen müssen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist



bzw. zu entstehen droht (Urteil vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 23).

- 29 In den Rn. 26 und 27 dieses Urteils hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass das Urteil vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), eine Konkretisierung der Anforderungen der Bestimmungen von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 unter Umständen darstellte, unter denen im Anschluss an ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zwei Bieter Klagen erheben, mit denen der Ausschluss des jeweils anderen begehrt wird. In einer solchen Situation hat nämlich jeder der beiden Bieter ein Interesse daran, einen bestimmten Auftrag zu erhalten.
- 30 Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens unterscheidet sich jedoch ganz erheblich von den Sachverhalten, die Gegenstand der Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), und vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), waren.
- 31 Zum einen waren die Angebote der betroffenen Bieter in den Rechtssachen, in denen diese beiden Urteile ergangen sind, im Gegensatz zu dem im Ausgangsverfahren von der Bietergemeinschaft abgegebenen Angebot nicht vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen worden.
- 32 Zum anderen hatte in diesen beiden Rechtssachen jeder Bieter die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des jeweils anderen im Rahmen eines einzigen Verfahrens zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in Frage gestellt, wobei jeder von ihnen ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots des jeweils anderen hatte, was zu der Feststellung führen konnte, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich war, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33, und vom 5. April 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, Rn. 24). Im Ausgangsverfahren focht die Bietergemeinschaft hingegen zunächst die gegen sie ergangene Ausschlussentscheidung an und anschließend die Zuschlagsentscheidung für den Auftrag, wobei sie sich erst im zweiten Verfahren auf die Rechtswidrigkeit des Angebots der Zuschlagsempfängerin berief.
- 33 Daraus folgt, dass der den Urteilen vom 4. Juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), und vom 5. April 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), zu entnehmende Rechtsprechungsgrundsatz nicht auf die Verfahrens- und Sachlage des Ausgangsverfahrens anwendbar ist.
- 34 Überdies ist festzustellen, dass die Richtlinie 89/665, wie sich aus ihrem Art. 1 Abs. 3 und ihrem Art. 2a ergibt, die Existenz wirksamer Nachprüfungsverfahren gegen rechtswidrige Entscheidungen im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags gewährleistet,



indem jedem ausgeschlossenen Bieter die Möglichkeit eröffnet wird, nicht nur die Ausschlussentscheidung anzufechten, sondern auch, solange über diese Anfechtung noch nicht entschieden wurde, spätere Entscheidungen, durch die ihm im Fall der Nichtigklärung seines Ausschlusses ein Schaden entstehen würde.

- 35 Unter diesen Umständen kann Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 nicht dahin ausgelegt werden, dass er bei einem Bieter, der wie die Bietergemeinschaft als ein endgültig ausgeschlossener Bieter im Sinne von Art. 2a Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie anzusehen ist, der Versagung des Zugangs zum Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung entgegensteht.“

Fallbezogene Beurteilung

- 26 Was die Antragslegitimation der Revisionswerberin anlangt, ist auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH im Urteil „VAMED“ Folgendes festzuhalten:
- 27 Nach dem Urteil „VAMED“ kann einem Bieter, der durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt werden, auch wenn nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen.
- 28 Wie oben dargestellt wurde das Angebot der Revisionswerberin durch die erstmitbeteiligte Auftraggeberin aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden. Der gegen diese Ausscheidensentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag wurde vom Verwaltungsgericht abgewiesen. Die Revisionswerberin hatte somit die Möglichkeit der Anfechtung dieser Entscheidung nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG (im Sinne der Rn. 26 des Urteiles „Fastweb“) und die Ausscheidensentscheidung wurde nach Art. 2a Abs. 2 der RechtsmittelRL von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt.
- 29 Da das Angebot der Revisionswerberin somit rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden war, sie also durch eine rechtskräftig



gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, kam ihr keine Antragslegitimation hinsichtlich der nachfolgenden Zuschlagserteilung zu.

- 30 Das Verwaltungsgericht hat somit die Feststellungsanträge der Revisionswerberin in den Spruchpunkten A II. und A III. zu Recht zurückgewiesen.

Zu den Anträgen auf Nichtigklärung

- 31 Mit den Spruchpunkten A I. und A IV. wurden die für den Fall, dass die Rahmenvereinbarung noch nicht abgeschlossen wurde, gestellten Anträge der Revisionswerberin auf Nichtigklärung näher bezeichneter Entscheidungen der erstmitbeteiligten Auftraggeberin zurückgewiesen, weil die Rahmenvereinbarung bereits vor Einbringung der Anträge abgeschlossen worden sei.
- 32 Die Revision wendet dagegen ein, der Abschluss der Rahmenvereinbarung sei nichtig gewesen, weil unter der Prämisse, dass auch der rechtskräftig ausgeschiedene Bieter weiterhin die Möglichkeit der Anfechtung nachfolgender Entscheidungen des Auftraggebers habe, die Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, gemäß § 151 Abs. 3 BVergG 2006 auch der Revisionswerberin als „nicht berücksichtigter Bieter“ nach § 151 Abs. 3 BVergG 2006 nachweislich mitzuteilen gewesen wäre.
- 33 Da diese Prämisse - wie oben dargestellt wird - aber nicht zutrifft, kommt dem diesbezüglichen Revisionsvorbringen schon aus diesem Grund keine Berechtigung zu. Das Verwaltungsgericht hat die Anträge auf Nichtigklärung im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen, weil das Angebot der Revisionswerberin rechtskräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden war.





Akteneinsicht

- 34 Die Revisionswerberin bringt dazu vor, das Verwaltungsgericht habe über den Antrag auf Akteneinsicht nicht entschieden und auch faktisch nicht gewährt. Wäre der Revisionswerberin Akteneinsicht gewährt worden, hätte sie das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei vertieft prüfen können und wäre zum Ergebnis gelangt, dass dieses auszuschneiden sei.
- 35 Dieser Verfahrensfehler wird unter der Prämisse gerügt, dass auch der rechtskräftig ausgeschiedene Bieter weiterhin die Möglichkeit der Anfechtung nachfolgender Entscheidungen des Auftraggebers habe.
- 36 Da diese Prämisse - wie oben dargestellt wird - aber nicht erfüllt ist, fehlt dem behaupteten Verfahrensmangel die Relevanz.

Direktvergabe

- 37 Mit der nicht näher substantiierten Behauptung, die Direktvergabe von Leistungen näher bezeichneter Positionen stehe in einem „unselbstständigen Konnex“ mit dem ausgeschriebenen Hauptauftrag, wird die Rechtswidrigkeit des Spruchpunktes A V. des angefochtenen Erkenntnisses nicht dargetan.

Pauschalgebühren

- 38 Gegen die mit Spruchpunkt A VII. des angefochtenen Erkenntnisses erfolgte Vorschreibung einer Pauschalgebühr für den mit Schriftsatz vom 23. Mai 2014 eingebrachten weiteren Feststellungsantrag bringt die Revision vor, bei den in diesem Schriftsatz gestellten Anträgen habe es sich um die Wiederholung bzw. Präzisierung der im Nachprüfungsantrag vom 21. März 2014 gestellten Anträge gehandelt, die gemäß § 13 Abs. 8 AVG zulässig gewesen sei. Selbst wenn es sich um eine Änderung bzw. Ergänzung gehandelt haben sollte, sei diese innerhalb der Antragsfrist nach § 332 Abs. 3 BVergG 2006 erfolgt. Es existierte keine Rechtsprechung, ob für einen Antrag, mit dem mehrere Feststellungen begehrt würden, je Feststellung die Pauschalgebühr zu entrichten sei.



- 39 Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass die Auffassung des Verwaltungsgerichts, bei den im Schriftsatz vom 23. Mai 2014 (im Vergleich zu jenem vom 21. März 2014) zusätzlich gestellten Anträgen handle es sich um einen weiteren Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 1 BVergG 2006, nach der Aktenlage nicht zu beanstanden ist.
- 40 Dass für einen nachträglichen Antrag, mit dem weitere Feststellungen begehrt werden, die Pauschalgebühr zu entrichten ist, ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Gemäß § 318 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 ist vom Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § § 331 Abs. 1 leg. cit. eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.
- 41 Auch die Abweisung des Antrages auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr (in Spruchpunkt A VI. des angefochtenen Erkenntnisses) erweist sich als nicht rechtswidrig, da die Revisionswerberin nicht obsiegt hat (vgl. § 319 Abs. 1 BVergG 2006).

Ergebnis

- 42 Aus diesen Erwägungen war die Revision gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.
- 43 Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinne des Art. 6 MRK und ein Gericht im Sinne des Art. 47 GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weshalb weder Art. 6 MRK noch Art. 47 GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwN).





- 44 Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl. II Nr. 518/2013 in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014. Die Mehrbegehren waren abzuweisen, weil die Umsatzsteuer in dem in der genannten Verordnung pauschalierten Schriftsatzaufwand enthalten ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2015, Ra 2014/04/0014).

W i e n , am 1. Februar 2017

