

# TE Vwgh Erkenntnis 2018/1/29 Ra 2016/04/0086

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.01.2018

## Index

E000 EU- Recht allgemein;  
E3L E06302000;  
E3L E06303000;  
E6J;  
L72009 Beschaffung Vergabe Wien;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs1;  
31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs3;  
62012CJ0100 Fastweb VORAB;  
62013CJ0689 PFE VORAB;  
AufwandersatzV VwGH 2014;  
BVergG 2006 §163 Abs1;  
BVergG 2006 §312 Abs3 Z1;  
B-VG Art130 Abs2 Z2;  
B-VG Art14b;  
EURallg;  
LVergRG Wr 2014 §39 Abs4;  
LVergRG Wr 2014 §39;  
VwGG §47 Abs5;  
VwRallg;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):Ra 2016/04/0087

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz Sator sowie den Hofrat Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Tiefenböck, über die Revisionen I. der Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch die Shmp Schwartz Huber-

Medek Pallitsch Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7, (protokolliert zu Ra 2016/04/0086), und II. der ARGE M W W (bestehend aus 1. der H GmbH in W, 2. der G Ges.m.b.H. in W und 3. der I Ges.m.b.H. in W), vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermanngasse 2, (protokolliert zu Ra 2016/04/0087), gegen jeweils das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 17. Mai 2016, Zl. VGW-123/074/3979/2015-6, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Partei zu I: ARGE M W W vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermanngasse 2; mitbeteiligte Partei zu II.:

Stadt Wien - Wiener Wohnen vertreten durch die Shmp Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Das angefochtene Erkenntnis wird im Umfang der Spruchpunkte I und III wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, im Umfang des Spruchpunktes II wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Das Land Wien hat der Zweitrevisionswerberin Aufwendungen in Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der Antrag der Erstrevisionswerberin auf Zuerkennung von Aufwandersatz wird abgewiesen.

### **Begründung**

1 1. Die Erstrevisionswerberin (im Folgenden: Auftraggeberin) führte als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen für die Dauer von drei Jahren betreffend Maler-, Anstreicher-, Bodenleger- und Reinigungsdienstleistungen für städtische Wohnhausobjekte durch. Die Ausschreibung war in 48 Lose (Gebietseinheiten=GE) gegliedert. Die Vergabe erfolgte nach dem Billigstbieterprinzip.

2 Die Zweitrevisionswerberin (im Folgenden: Antragstellerin) beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes unter anderem für die Gebietseinheiten KD 11/GE 1 (Los 13).

3 In einem ersten Verfahrensgang wurde als Zuschlagsempfängerin betreffend das Los KD 11/GE 1 die nunmehrige Zweitrevisionswerberin (im Folgenden: Antragstellerin) bekannt gegeben. Die Auftraggeberin nahm jedoch in der Folge diese Zuschlagsentscheidung zurück, nachdem sie von der damals zweitgereichten Mitbieterin (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) angefochten worden war. Nach einer fortgesetzten vertieften Angebotsprüfung wurde von der Auftraggeberin am 6. Dezember 2011 die Zuschlagsentscheidung betreffend das Los KD 11/GE 1 zugunsten der Zuschlagsempfängerin bekannt gegeben.

4 Gegen diese Zuschlagsentscheidung erhob die Antragstellerin am 16. Dezember 2011 einen Antrag auf Nichtigerklärung. Der diesen Antrag abweisende Bescheid des Vergabekontrollenats Wien wurde mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. September 2014, 2012/04/0091, wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

5 2. Am 7. April 2015 brachte die Antragstellerin im Anschluss an das eben erwähnte Nichtigerklärungsverfahren einen Antrag auf Feststellung gemäß § 39 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG) beim Verwaltungsgericht Wien (Verwaltungsgericht) ein und begehrte die Feststellung, dass die Zuschlagsentscheidung vom 6. Dezember 2011 betreffend Los KD 11 GE 1 (Los 13) zugunsten der näher bezeichneten Zuschlagsempfängerin rechtswidrig erfolgt sei.

6 In diesem Feststellungsverfahren stellte die Auftraggeberin in der Folge ihrerseits den Antrag, es möge gemäß § 39 Abs. 4 WVRG 2014 festgestellt werden, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte.

7 3.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis sprach das Verwaltungsgericht aus, dass dem Feststellungsantrag der Antragstellerin, wonach die Zuschlagsentscheidung vom 6. Dezember 2011 betreffend Los KD 11 GE 1 (Los 13) zugunsten der Zuschlagsempfängerin rechtswidrig erfolgt sei, Folge gegeben werde (Spruchpunkt I).

8 Ebenso wurde dem Gegenfeststellungsantrag der Auftraggeberin, es möge gemäß § 39 Abs. 4 WVRG 2014 festgestellt werden, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, Folge gegeben (Spruchpunkt II).

9 Weiters wurde dem Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Pauschalgebühren Folge gegeben und die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren in Höhe von EUR 4.096,50 verpflichtet (Spruchpunkt III).

In seinem Spruchpunkt IV erklärte das Verwaltungsgericht die Revision für nicht zulässig.

10 3.2. Soweit für das Revisionsverfahren von Relevanz traf das Verwaltungsgericht folgende unbestrittene Feststellungen:

"(...) Insgesamt haben sich 31 Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin.

(...)

Im Angebot der Antragstellerin wurden mit Angebotsabgabe am 30.4.2010 Daten für die Bieterlücken angegeben. Unter der Rubrik Datenträgerausdrucke im Angebot der Antragstellerin wird zu den einzelnen Obergruppen und Leistungspositionen verwiesen auf ‚siehe Anhang‘. Im Anhang werden in einer reihenweisen Auflistung die Obergruppen und Leistungspositionen angegeben, daneben wird unter der ‚Firma‘ der Hersteller sowie unter ‚Material‘ das angebotene Material genannt. Diese Angaben nennen einen Erzeuger und ein Material, zu welchen es verschiedene Produkte am Markt gibt.

(...)

Fest steht demnach, dass sich unter der angeführten Bezeichnung im Angebot der Antragstellerin mehrere Materialien des im Angebot bezeichneten Herstellers am Markt befinden.

Die Bieterlücken im Angebot der Antragstellerin sowie im Angebot der Zuschlagsempfängerin waren sohin zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 30.4.2010 unzureichend befüllt. (...)"

11 3.3. In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht zu Spruchpunkt I begründend aus, nach der Rechtsprechung führe das Nichtausfüllen einer einzigen echten Bieterlücke zum Ausscheiden des Angebots, weil die Behebung des Mangels zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters führe.

12 Im vorliegenden Fall sei von der Auftraggeberin in der Ausschreibung kein beispielhaftes Erzeugnis angegeben, sodass vom Vorliegen einer echten Bieterlücke auszugehen sei.

13 Im Angebot der Zuschlagsempfängerin sei anstelle eines bestimmten Produktes in den Bieterlücken ein Hersteller angeführt. Da der Hersteller mehr als ein in Betracht kommendes Produkt im Sortiment habe, sei mit dieser Angabe das angebotene Produkt nicht ausreichend bestimmt. Das Nachreichen von Produktdatenblättern sei erst nach Angebotsöffnung erfolgt, weshalb das Angebot der Zuschlagsempfängerin wegen Vorliegens eines nicht verbesserbaren Mangels auszuscheiden gewesen wäre.

14 Hinsichtlich Spruchpunkt II führte das Verwaltungsgericht in rechtlicher Hinsicht aus, im Angebot der Antragstellerin würden sich in der Aufstellung ebenso anstelle von Produktdaten Herstellernamen finden. Da mangels Angabe eines Leitproduktes in der Ausschreibung diesbezüglich eine "echte Bieterlücke" vorliege, habe auch die Antragstellerin einen Ausscheidensgrund gesetzt. Entsprechend § 39 Abs. 4 WVRG 2014 habe die Antragstellerin aus diesem Grund keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt, weshalb dem auf die Feststellung gerichteten Gegenantrag der Auftraggeberin stattzugeben gewesen sei.

15 Der Ausspruch betreffend die Ersatzpflicht der Pauschalgebühren gründe auf dem teilweisen Obsiegen der Antragstellerin gemäß § 16 Abs. 1 und 2 WVRG 2014.

16 Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil sich das Verwaltungsgericht an die einheitliche Rechtsprechung zu den hier zu beurteilenden Bieterlücken halte. Eine Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG liege nicht vor.

17 4. Ad I. (Ra 2016/04/0086): Gegen die Spruchpunkte I und III dieses Erkenntnisses richtet sich die außerordentliche Revision der Auftraggeberin mit dem Antrag, das Erkenntnis im angefochtenen Umfang aufzuheben.

18 Die Antragstellerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurück- oder abzuweisen.

19 Ad II. (Ra 2016/04/0087): Gegen Spruchpunkt II des Erkenntnisses richtet sich die außerordentliche Revision der Antragstellerin mit dem Antrag, das Erkenntnis im angefochtenen Umfang wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und/oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

20 Die Auftraggeberin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision der Antragstellerin zurück- oder abzuweisen.

21 5. Der Verwaltungsgerichtshof hat über die - wegen ihres engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen - Revisionen erwogen:

22 5.1. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften:

23 5.1.1. Art. 1 ("Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren") 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 (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (ABl. L 335, S. 31) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665) lautet auszugsweise:

"(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ((ABl. L 134, S. 114)), sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 10 bis 18 der genannten Richtlinie ausgeschlossen sind. Aufträge im Sinne der vorliegenden Richtlinie umfassen öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Baukonzessionen und dynamische Beschaffungssysteme. Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie (2004/18) fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

(...)

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

(...)"

24 5.1.2. § 39 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014, LGBl. Nr. 37/2013 (WVRG), lautet auszugsweise:

"Sekundäre Feststellungsverfahren

§ 39. (1) Wird während eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß dem

2. Abschnitt des 3. Hauptstückes in dem betreffenden Verfahren zur Vergabe von Aufträgen der Zuschlag rechtmäßig erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen rechtmäßig widerrufen, so ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig, auf Antrag jener Unternehmerin oder jenes Unternehmers, die oder der den Antrag gemäß § 20 gestellt hat, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlags, ab Kenntnis des Widerrufes der Ausschreibung oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nach dem der Zuschlag erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 gestellt werden.

(2) Wird ein Erkenntnis oder Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und wurde vor der Entscheidung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag rechtmäßig erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen rechtmäßig widerrufen, so ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig, auf Antrag jener Unternehmerin oder jenes Unternehmers, die oder der den Antrag gemäß § 20 gestellt hat, unter Zugrundelegung der Rechtsanschauung des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers rechtswidrig war. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Monate ab Zustellung des Erkenntnisses des Verfassungs- oder des Verwaltungsgerichtshofes zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 gestellt werden.

(...)

(4) Nach der rechtmäßigen Zuschlagserteilung oder der rechtmäßigen Widerrufserklärung der Ausschreibung

nach Angebotsöffnung ist das Verwaltungsgericht Wien in Feststellungsverfahren nach den Abs. 1 bis 3 ferner zuständig, auf Antrag der Auftraggeberin oder des Auftraggebers oder der allfälligen Zuschlagsempfängerin oder des allfälligen Zuschlagsempfängers festzustellen, ob die antragstellende Bieterin oder der antragstellende Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte."

25 5.2. Ad I (Ra 2016/04/0086):

5.2.1. Die Auftraggeberin bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, das Verwaltungsgericht sei von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs hinsichtlich der Antragslegitimation der Antragstellerin abgewichen. Aufgrund der unbestrittenen Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis sei davon auszugehen, dass - wie von der Auftraggeberin im Feststellungsverfahren vorgebracht - das Angebot der Antragstellerin mehrfache Ausschreibungswidrigkeiten aufweise, weshalb die Antragstellerin niemals Aussicht auf den Zuschlag gehabt haben könnte. Trotz Vorliegens dieses Ausscheidensgrundes habe das Verwaltungsgericht der Antragstellerin entgegen der ständigen Judikatur implizit Antragslegitimation zuerkannt, indem es meritorisch über den Feststellungsantrag abgesprochen habe.

Zudem ergebe sich die Zulässigkeit der Revision wegen des Fehlens von Rechtsprechung zu der Frage der Kostenersatzverpflichtung im Falle des Vorliegens einer Gegenfeststellung.

26 5.2.2. Nach der ständigen Judikatur (bis zur Rechtsprechung des EuGH zu Fastweb und PFE) kommt einem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde) keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zu, wenn er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden im Sinn des § 163 Abs. 1 BVergG entstehen bzw. drohen kann (VwGH 25.3.2010, 2005/04/0144, mwN).

27 5.2.3. Ausgehend von dieser Rechtsprechung, auf welche die Revision verweist, ist es vor dem Hintergrund der oben (Punkt 3.2.) wiedergegebenen Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Rechtsansicht das Verwaltungsgericht vom Vorliegen der im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bestrittenen Antragslegitimation der Antragstellerin ausgeht. Ausdrückliche Ausführungen enthält das Erkenntnis trotz der Bestreitung der Antragslegitimation seitens der Auftraggeberin nicht. Dennoch geht das Verwaltungsgericht, das meritorisch im Sinne des Antrages entschieden hat, offenbar vom Bestehen der Antragslegitimation der Antragstellerin aus. Dies obwohl es in rechtlicher Hinsicht zum Gegenfeststellungsantrag ausführt, dass das Angebot der Antragstellerin wegen des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes auszuscheiden gewesen sei. Aufgrund der gänzlich fehlenden Auseinandersetzung mit dem Einwand der mangelnden Antragslegitimation und der soeben dargestellten Widersprüche in der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses entzieht sich die Entscheidung der Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof (vgl. zur Begründungsverpflichtung der Verwaltungsgerichte die ausführliche Auseinandersetzung im Erkenntnis des VwGH 21.10.2014, Ro 2014/03/0076).

28 5.2.4. Dem Vorbringen in der Revisionsbeantwortung, in Hinblick auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 5.4.2016, PFE, C-689/13, sei nach der Feststellung des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes bei der Zuschlagsempfängerin von der Vergabekontrollbehörde gar nicht mehr zu prüfen, ob dem antragstellenden Bieter ein Schaden drohe, weshalb ihr jedenfalls Antragslegitimation für das Feststellungsverfahren zukomme, ist Folgendes zu entgegnen:

29 In dem von der Antragstellerin ins Treffen geführten Urteil PFE führt der EuGH aus:

"(...)

22 Das vorlegende Gericht möchte insbesondere in Erfahrung bringen, ob die vom Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) vorgenommene Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 auch in einem Fall anzuwenden ist, in dem alle der ursprünglich mehr als zwei am fraglichen Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen von der Vergabestelle ausgeschlossen wurden, ohne dass von anderen als den beiden am Ausgangsverfahren beteiligten Unternehmen Klage erhoben wurde.

23 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Abs. 3 der Richtlinie 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.

24 In Rn. 33 des Urteils Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) hat der Gerichtshof die Auffassung geäußert, dass der Anschlussrechtsbehelf des Zuschlagsempfängers dann nicht zur Abweisung der Klage eines abgelehnten Bieters führen kann, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens in Frage gestellt wird, da sich in einem solchen Fall jeder Wettbewerber auf ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen kann, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen.

25 Der Gerichtshof hat daher in Rn. 34 dieses Urteils Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dahin ausgelegt, dass diese Bestimmung es nicht gestattet, die Klage eines Bieters, dessen Angebot nicht angenommen wurde, nach der Vorabprüfung der im Rahmen des Anschlussrechtsbehelfs des Zuschlagsempfängers erhobenen Unzulässigkeitseinrede für unzulässig zu erklären, ohne dass darüber entschieden wird, ob die beiden in Rede stehenden Angebote den Spezifikationen in den Verdingungsunterlagen entsprechen.

26 Dieses Urteil stellt eine Konkretisierung der Anforderungen der in Rn. 23 des vorliegenden Urteils angeführten Bestimmungen des Unionsrechts unter Umständen dar, unter denen im Anschluss an ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zwei Bieter Klagen erheben, mit denen der Ausschluss des jeweils anderen begeht wird.

27 In einer solchen Situation hat jeder der beiden Bieter ein Interesse daran, einen bestimmten Auftrag zu erhalten. Zum einen kann nämlich der Ausschluss eines Bieters dazu führen, dass der andere den Auftrag unmittelbar im Rahmen desselben Verfahrens erhält. Zum anderen könnte im Fall eines Ausschlusses eines der beiden Bieter und der Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens jeder von ihnen daran teilnehmen und auf diese Weise mittelbar den Auftrag erhalten.

28 Die in den Rn. 24 und 25 des vorliegenden Urteils wiedergegebene Auslegung des Gerichtshofs im Urteil Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448) ist in einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens anwendbar. Zum einen hat nämlich jede der Streitparteien ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der anderen Wettbewerber. Zum anderen ist es, wie der Generalanwalt in Nr. 37 seiner Schlussanträge ausführt, nicht ausgeschlossen, dass eine der Regelwidrigkeiten, die dem Ausschluss des Angebots sowohl des Zuschlagsempfängers als auch des Bieters, der die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers anficht, zugrunde lagen, auch die anderen im Rahmen der Ausschreibung abgegebenen Angebote erfasst; dann könnte der Auftraggeber gezwungen sein, ein neues Verfahren einzuleiten. 29 Die Zahl der Teilnehmer am Verfahren zur Vergabe des betreffenden öffentlichen Auftrags ist ebenso wie die Zahl der Teilnehmer, die Klagen erhoben haben, und die Unterschiedlichkeit der von ihnen geltend gemachten Gründe für die Anwendung des sich aus dem Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ergebenden Rechtsgrundsatzes unerheblich.

30 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass er nationalen Verfahrensvorschriften entgegensteht, die es gestatten, die Klage eines Bieters, der ein Interesse daran hat, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und der rügt, dass ihm durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht im Bereich öffentlicher Aufträge oder gegen die Vorschriften über dessen Umsetzung ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe, auf Ausschluss eines anderen Bieters für unzulässig zu erklären, nachdem die von diesen Vorschriften vorgesehene vorrangige Prüfung des vom anderen Bieter eingelegten Anschlussrechtsbehelfs vorgenommen wurde. (...)"

30 5.2.5. Der Antragstellerin ist vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung darin zuzustimmen, dass ihre Antragslegitimation für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren auch bei Vorliegen eines ihr eigenes Angebot betreffenden Ausscheidensgrundes nicht von vornherein verneint werden darf. Die Antragslegitimation des Bieters, dessen Angebot von einem Ausscheidensgrund betroffen ist, ist nämlich nach dem Urteil PFE auch für den Fall nicht per se ausgeschlossen, dass sich an dem betreffenden Vergabeverfahren mehr als nur zwei Bieter, die - wie in dem dem Urteil Fastweb zugrunde liegenden Sachverhalt - wechselseitig (erfolgreich) das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes bei dem jeweils anderen Bieter geltend machen, beteiligt haben.

31 Das bedeutet jedoch nicht, dass jedem teilnehmenden Bieter ohne weiteres Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung für den Fall zukommt, dass der/die Zuschlagsempfänger/in auszuscheiden gewesen wäre. Der EuGH gründet nämlich sowohl im Urteil Fastweb als auch im Urteil PFE die Antragslegitimation für das Nachprüfungsverfahren auf Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 und Abs. 3 der Richtlinie 89/665, wonach 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. Ausdrücklich hält der EuGH fest, dass die Ausführungen in Fastweb eine Konkretisierung der Anforderungen der soeben angeführten unionsrechtlichen Bestimmungen darstellt (vgl. dazu die Ausführungen im Urteil PFE Rn 26). Damit geht der EuGH gerade nicht davon aus, dass das Vorliegen eines (drohenden) Schadens unter bestimmten Bedingungen nicht Voraussetzung für den von der Richtlinie 89/665 geforderten Rechtsschutz sei. Vielmehr sieht der EuGH das Vorliegen eines (drohenden) Schadens - in Konkretisierung seiner bereits im Urteil Fastweb geäußerten Rechtsansicht - unabhängig von der Zahl der am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter dann als gegeben an, wenn sich der Auftraggeber im konkreten Fall bei Nachweis des Vorliegens einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung gezwungen sieht, den Auftrag neu zu vergeben.

32 Die Antragslegitimation ist daher nicht - wie die Revisionsbeantwortung argumentiert - unabhängig davon, ob dem jeweiligen Antragsteller ein Schaden drohen kann, jedenfalls zu bejahen, sobald davon auszugehen ist, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen wäre. Vielmehr bedarf es auch in dieser Konstellation des drohenden Schadens, der allerdings nach der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH auch im - wegen der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung - frustrierten Interesse des (auszuscheidenden) Bieters an der Neuauusschreibung des Vergabeverfahrens liegen kann.

33 5.2.6. Ein dem Antragsteller drohender Schaden liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist (vgl. VwGH 26.2.2014, 2011/04/0134, mwN; vgl. für Nachprüfungsanträge VwGH 24.2.2010, 2008/04/0239, mwN).

34 Demnach hatte vorliegend die Antragstellerin zum Nachweis ihrer Antragslegitimation ein Vorbringen zu erstatten, das einen drohenden Schaden plausibel macht.

35 Die Antragstellerin hat jedoch keinen Sachverhalt vorgebracht, der darauf schließen ließe, dass die Auftraggeberin jedenfalls zu einer Neuauusschreibung gezwungen wäre, wenn sich das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes hinsichtlich der Zuschlagsempfängerin bewahrheiten würde. Angesichts der vom Verwaltungsgericht getroffenen Feststellung betreffend die Beteiligung von 31 Bieter (siehe angefochtenes Erkenntnis S 38) am gegenständlichen Vergabeverfahren erscheint eine solche Schlussfolgerung auch nicht plausibel. Ausgehend von der für die Entscheidung über die Revision maßgeblichen Sachlage kann daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragstellerin im Falle des Vorliegens eines ihr Angebot betreffenden Ausscheidensgrundes ein Schaden im Sinn der Urteile Fastweb oder PFE droht.

36 Entgegen der Argumentation der Revisionsbeantwortung genügt daher nicht die bloße Überprüfung des Vorliegens eines Ausscheidensgrundes betreffend das Angebot der Zuschlagsempfängerin, um die Frage der Antragslegitimation zu klären, weshalb der oben dargestellte Verfahrensmangel relevant für den Ausgang des Verfahrens ist.

37 5.2.7. Der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass die Auftraggeberin den Revisionspunkt dahingehend umschreibt, sie sei in ihrem Recht auf Abweisung des Feststellungsantrages mangels entsprechender Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei verletzt. Damit ist entgegen der in der Revisionsbeantwortung geäußerten Ansicht dargetan, dass die Auftraggeberin vermeint, in ihrem Recht verletzt zu sein, dass die begehrte Feststellung nicht zu ihren Ungunsten getroffen werde, weil die Antragstellerin diesen Antrag gar nicht stellen dürfe. Das von der Auftraggeberin verfolgte Rechtsschutzinteresse ist ausreichend präzise bezeichnet. Die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten bewegen sich in diesem vom Revisionspunkt abgesteckten Verfahrensgegenstand.

38 5.2.8. Soweit die Revisionsbeantwortung vorbringt, das Verwaltungsgericht habe die die Antragstellerin betreffenden Ausscheidensgründe nur soweit berücksichtigen dürfen, als diese aus den Vergabeakten ersichtlich seien, genügt hier der Verweis darauf, dass es zur Ermittlung des Vorliegens der unzureichend ausgefüllten Bieterlücken ohnehin nur der Vergabeunterlagen bedarf.

39 5.2.9. Das angefochtene Erkenntnis war wegen des Vorliegens des Begründungsmangels im Umfang der Anfechtung des Spruchpunktes I gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Da die Entscheidung über die Frage der Ersatzpflicht der Pauschalgebühren vom Ausgang des Verfahrens über den Feststellungsantrag abhängt, ist der insofern akzessorische Spruchpunkt III unter

einem aufzuheben.

40 5.3. Ad II (Ra 2016/04/0087):

5.3.1. Die Antragstellerin bringt zur Zulässigkeit der von ihr erhobenen Revision vor, es fehle Rechtsprechung zu der Frage, ob § 39 Abs. 4 WVRG in Vergabeverfahren außerhalb des Sektorenbereichs im Oberschwellenbereich unangewendet zu bleiben habe. Mangels einer Art. 2 Abs. 7 Sek-RM-RL entsprechenden Bestimmung in der Richtlinie 89/665 bedürfe es der Klarstellung, ob dem Verwaltungsgericht bei der Nachprüfung eines Vergabeverfahrens, das der Richtlinie 89/665 unterliege, überhaupt die Zuständigkeit zur Feststellung zukomme, dass der Antragsteller keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt habe. Zudem hätte das Verwaltungsgericht - selbst wenn ihm grundsätzlich diese Zuständigkeit zukommen sollte - wegen der akzessorischen Natur des Gegenantrages zu Unrecht die Feststellung gemäß § 39 Abs. 4 WVRG getroffen.

41 5.3.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 9. September 2015, Ro 2015/04/0013, festgehalten, dass es sich bei dem Antrag des Auftraggebers festzustellen, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, um eine Art von Eventualantrag handelt, über den nur dann abgesprochen werden kann, wenn die Feststellung (dort fallbezogen) nach § 312 Abs. 3 Z 1 BVergG 2006, dass der Zuschlag nicht dem Best- oder Billigstbieter erteilt wurde, getroffen wurde (siehe Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 20062, § 312 Rz. 254).

Diese Rechtsansicht hat auch für den Anwendungsbereich des § 39 Abs. 4 WVRG zu gelten.

42 5.3.3. Fallbezogen folgt daraus: Da eine derartige Feststellung wie oben zu Spruchpunkt I des hier angefochtenen Erkenntnisses ausgeführt im vorliegenden Fall mit der vom Verwaltungsgericht ausgeführten Begründung nicht getroffen werden durfte, hätte wegen des akzessorischen Charakters des an die begehrte Feststellung geknüpften Gegenantrages über diesen nicht abgesprochen werden dürfen.

Der angefochtene Spruchpunkt II erweist sich schon aus diesem Grund als mit Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet und ist daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. Auf die übrigen Revisionsausführungen ist hier nicht einzugehen.

43 5.4. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht jeweils auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

44 Gemäß § 47 Abs. 5 VwGG ist der dem Revisionswerber zu leistende Aufwandersatz von jenem Rechtsträger zu tragen, in dessen Namen die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verwaltungsverfahren gehandelt hat. Bei der vergaberechtlichen Nachprüfung (Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens nach Art. 130 Abs. 2 Z 2 B-VG) liegt ein derartiges Handeln einer Behörde nicht vor. Da dem Gesetzgeber des VwGG nicht unterstellt werden kann, er wollte für diese Fälle von einem Aufwandersatz nach den §§ 47 ff leg. cit. absehen, ist diese Lücke dahingehend zu schließen, dass der Kostenersatz von jenem Rechtsträger zu tragen ist, in dessen Namen das Verwaltungsgericht in der Beschwerdesache gehandelt hat. Danach ist entscheidend, ob das Verwaltungsgericht im Rahmen der vergaberechtlichen Nachprüfung in einer Angelegenheit tätig wurde, die nach den Zuständigkeitsregeln des B-VG (hier des Art. 14b B-VG) in den Vollzugsbereich des Bundes oder der Länder fällt (VwGH 27.10.2014, Ra 2014/04/0022).

45 Daher ist vorliegend das Land Wien als zuständiger Rechtsträger zum Aufwandersatz zu verpflichten.

46 Dem Antrag der Erstrevisionswerberin auf Aufwandersatz war nicht stattzugeben, da Land und Stadt Wien eine einzige Gebietskörperschaft sind (vgl. zur Identität der Rechtsträger VwGH 9.4.2013, 2010/04/0105, mwN).

Wien, am 29. Jänner 2018

## Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Analogie Schließung von Gesetzeslücken

VwRallg3/2/3 Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch

Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2016040086.L00

**Im RIS seit**

27.02.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

08.03.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)