

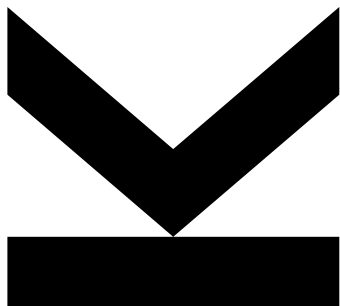
Eingereicht von  
**Cornelia Riener**

Angefertigt am  
**Institut für öffentliches  
Wirtschaftsrecht**

Beurteiler  
**o.Univ.Prof. Dr.  
Bruno Binder**

Juli 2016

# **Der Rechtsschutz im Vergaberecht**



Diplomarbeit  
zur Erlangung des akademischen Grades  
**Magistra der Rechtswissenschaften**  
im Diplomstudium  
Rechtswissenschaften

## **EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG**

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Steyr, 25. Juli 2016

## **Geschlechtergleichstellung**

In dieser Arbeit werden weitestgehend geschlechtsneutrale Formulierungen gewählt. Sofern sich Personenbezeichnungen aus Gründen besserer Lesbarkeit lediglich auf die weibliche oder die männliche Form beziehen, so sind stets beide Geschlechter angesprochen.

## Widmung

Ein großes Dankeschön möchte ich an dieser Stelle Herrn Dipl. Ing. Vitalij Schuller aussprechen, der mich bei der Anfertigung dieser Diplomarbeit unterstützt hat.

Des Weiteren geht mein besonderer Dank an meine Mutter, die mir moralisch immer bei Seite gestanden ist.

## Inhaltsverzeichnis

1. Die Charakteristik des Vergabewesens .....	8
1.1. Definition .....	8
1.2. Abgrenzung und Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten.....	9
1.2.1. Verhältnis zu Förderungen und Beihilfen .....	9
1.2.2. Die Schnittstelle zum Kartellrecht .....	11
2. Die innerstaatliche Rechtschutzsituation .....	11
2.1. Die Ausgangslage .....	11
2.2. Die Kompetenzverteilung .....	12
2.3. Der Rechtsschutz auf Bundesebene.....	13
2.3.1. Der Verfahrensablauf unter rechtsschutzauslösenden Gesichtspunkten iSd BVergG 2006 .....	13
2.3.2. Das Vergabekontrollverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht .....	20
2.3.2.1. Die Zuständigkeit.....	20
2.3.2.2. Die Entscheidungsbefugnis .....	21
2.3.2.3. Die Rechtsschutzlegitimation des Einzelnen .....	22
2.3.2.4. Das Nachprüfungsverfahren.....	23
2.3.2.4.a Regelungsgegenstand und Rechtsschutzlegitimation	23
2.3.2.4.b Fristen und Präklusion.....	29
2.3.2.4.c Inhalt und Zulässigkeit.....	31
2.3.2.4.d Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen als Erfordernis der Nachprüfung .....	36
2.3.2.4.e Ergebnis .....	46
2.3.2.5. Einstweilige Verfügungen als "vorläufiger" Rechtsschutz.....	48
2.3.2.6. Das Feststellungsverfahren.....	53
2.3.2.6.a Regelungsgegenstand und Rechtsschutzlegitimation	53
2.3.2.6.b Fristen .....	56
2.3.2.6.c Inhalt .....	57
2.3.2.6.d Ergebnis .....	60
2.4. Der Rechtsschutz auf Landesebene .....	62
2.5. Der Rechtsschutz vor den Zivilgerichten.....	63
2.6. Rechtswege vor letztinstanzlichen Gerichtshöfen.....	66
2.6.1. Revision an den Verwaltungsgerichtshof .....	66
2.6.2. Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof.....	68
2.6.3. Beschwerde an den EGMR .....	69

3.	Die europäische Rechtsschutzsituation .....	69
3.1.	Das Europarecht als Ausgangslage .....	69
3.2.	Der Rechtsschutz auf Unionsebene .....	70
3.2.1.	Das Vertragsverletzungsverfahren .....	70
3.2.2.	Das Vorabentscheidungsverfahren .....	71
3.2.3.	Rechtswege vor der europäischen Kommission .....	71
4.	Rechtswege im Wirkungsbereich der WTO .....	72
5.	Außerstaatliche Schlichtung .....	73
6.	Zusammenfassung .....	73
7.	Ausblick .....	76
8.	Literaturverzeichnis .....	77
9.	Judikaturverzeichnis .....	79

## Abkürzungsverzeichnis

§ Paragraph  
ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch  
ABI Amtsblatt der Europäischen Union  
Abs Absatz  
AEUV Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union  
AG Auftraggeber  
AN Auftragnehmer  
Art Artikel  
AVG Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz  
BGBl Bundesgesetzblatt  
BVA Bundesvergabeamt  
BVerfG 2006 Bundesvergabegesetz 2006  
B-VG Bundes-Verfassungsgesetz  
BVG Bundesverwaltungsgericht  
bzw beziehungsweise  
EG Europäische Gemeinschaft  
EU Europäische Union  
EuG Gericht der Europäischen Union  
EuGH Europäischer Gerichtshof  
EUV Vertrag über die Europäische Union  
GZ Geschäftszahl  
hA herrschende Ansicht  
Hrsg Herausgeber  
insb insbesondere  
iSd im Sinne der  
iVm in Verbindung mit  
LVwG Landesverwaltungsgericht  
Mio Million  
OGH Oberster Gerichtshof  
OSB Oberschwellenbereich  
RL Richtlinie  
RMR Rechtsmittelrichtlinie  
Rz Randziffer  
S Seite  
sog sogenannt  
USB Unterschwellenbereich  
Uu unter Umständen  
UwG Unlautere-Wettbewerbsgesetz  
VfGG Verfassungsgerichtshofsgesetz  
VfGH Verfassungsgerichtshof  
VfSlg Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes  
Vgl vergleiche  
VwGH Verwaltungsgerichtshof  
VwGVG Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz  
VwSlg Sammlung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes  
VVG Verwaltungsvollstreckungsgesetz  
WTO World Trade Organisation  
Z Ziffer  
zB zum Beispiel

# 1. Die Charakteristik des Vergabewesens

## 1.1. Definition

Das Vergaberecht regelt, vereinfacht formuliert, die Vorgangsweise des Staates, wenn dieser Aufträge an Unternehmen zuspricht<sup>1</sup>. Sowohl der Staat als öffentlicher Auftraggeber, sowie sog Sektorenauftraggeber, stehen dabei im zentralen Kernbereich des Regelungsgegenstandes, wenn sie Waren und Dienstleistungen am Markt beschaffen<sup>2</sup>. Von "öffentlichen Aufträgen" ist dann auszugehen, wenn der Staat am Markt als Nachfrager auftritt, um mit anbietenden Unternehmen, entsprechende Verträge, abzuschließen. Das Vergabewesen ist also im nichtstaatlichen Bereich angesiedelt und zählt zu den wichtigsten Instrumenten der Privatwirtschaftsverwaltung<sup>3</sup>.

Auf den ersten Blick unterscheidet sich der öffentliche Auftraggeber nicht wesentlich von privaten Unternehmern. Beide handeln im Interesse, Leistungen am Markt mit einer guten Qualität und einem verhältnismäßig geringen Preis nachzufragen. Solche Leistungen sind etwa der Zukauf von Inventar für Büroräumlichkeiten der Verwaltung oder der Zuspruch eines Beratungsauftrages. Das private Unternehmen muss jedoch sicherstellen, dass es nicht zu teuer einkauft, um keine negativen Folgen durch den Markt zu riskieren. Die nachteiligen Folgen liegen darin begründet, dass das Unternehmen in diesem Fall die Leistungen nur mit einem hohen Preis veranschlagen könnte, um nicht durch den beträchtlichen Anschaffungswert Wettbewerbsfähigkeit einzubüßen. Dies würde dem Eigeninteresse des privaten Auftraggebers zuwiderlaufen. Solch eine Sanktionierung muss der Staat nicht befürchten, da er in geschützten Bereichen agiert und gegenüber privaten Anbietern größere Reserven aufbringt. Ein teurer Einkauf schadet der Wettbewerbsfähigkeit des Staates nicht<sup>4</sup>.

Aber auch andere Gründe führen zur Notwendigkeit der Schaffung eines rechtlichen Rahmens für das öffentliche Vergabewesen. Der Staat verfügt oftmals über eine starke Nachfrageposition, ist an öffentlich-rechtliche Vorgaben gebunden oder waltet mit öffentlichen Budget<sup>5</sup>. Aufgrund dieser Besonderheiten staatlicher Marktteilnahme wurde das Vergaberecht als ein besonderes Regulativ geschaffen. Es soll insbesondere der lautere

---

<sup>1</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 15.

<sup>2</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 1.

<sup>3</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 2.

<sup>4</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 15.

<sup>5</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 2.



Wettbewerb und die Bietergleichbehandlung gewährleistet werden<sup>6</sup>. Dem Bieter stehen durchsetzbare Rechte zu<sup>7</sup>, die ihre Grundlage in der Ausgestaltung des bereits mehrfach novellierten Bundesvergabegesetz 2006 durch den österreichischen Gesetzgeber finden<sup>8</sup>.

## 1.2. Abgrenzung und Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten

### 1.2.1. Verhältnis zu Förderungen und Beihilfen

Im Rahmen des Binnenmarktes der Europäischen Union besteht gemäß Art 107 Abs 1 AEUV ein Verbot staatlicher Subventionen (=Beihilfen). Durch die Finanzierung des Staates ergebe sich eine Bevorzugung einzelner Unternehmer oder Wirtschaftszweige, die eine Wettbewerbsverfälschung mit sich bringen würde. Im Unionsrecht existieren allerdings viele Ausnahmen, sog "erlaubte" Beihilfen (Art 107 Abs 2 und Abs 3 AEUV)<sup>9</sup>. In Ausnahmefällen erfolgt eine Genehmigung der staatlichen Beihilfe durch die Kommission<sup>10</sup>. Unter dem Begriff der Beihilfe sind alle staatlichen Unterstützungen zu subsumieren, die eine Minderung der Belastung von Unternehmen nach sich ziehen. Diese können nicht nur in Form von finanziellen Zuschüssen, wie etwa günstige Kredite ausgestaltet sein, sondern auch in der Befreiung von gesetzlichen Leistungspflichten, wie Steuerbegünstigungen liegen. Die Beihilfe stellt also eine Begünstigung durch den Staat dar, ohne eine äquivalente Gegenleistung erbringen zu müssen<sup>11</sup>.

Die Terminologie des öffentlichen Förderungswesens umfasst oftmals ähnliche Bezeichnungen, woraus Abgrenzungsschwierigkeiten resultieren können. Aufgrund des vollkommen differenzierten Rechtsrahmens muss hier eine klare Trennung zur öffentlichen Vergabe angestellt werden<sup>12</sup>. Im Kernbereich der Förderungsverwaltung stehen neben der Gewährung finanzieller Mittel, auch die Unterstützung von Kunst, Forschung und Entwicklung, Sport, Landwirtschaft und Umwelt. Auch höchstpersönliche Hingaben an einzelne Personen in der Ausgestaltung von Subjektförderungen, beispielsweise im Rahmen sozialer Leistungen (wie die Notstandshilfe) fallen unter den Regelungsgegenstand des öffentlichen Förderungswesens. In der Praxis existieren verschiedenste Be-

<sup>6</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 2.

<sup>7</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 2.) 6.

<sup>8</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 1.

<sup>9</sup> Vgl *Binder/Trauner*, Öffentliches Recht- Grundlagen<sup>3</sup> (2014) 255.

<sup>10</sup> Vgl *Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I<sup>9</sup> (2013) 187.

<sup>11</sup> Vgl *Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I<sup>9</sup> (2013) 186.

<sup>12</sup> Vgl *Katary/Breitenfeld/Ertl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 239.

grifflichkeiten, die keine juristisch exakte Abgrenzung zulassen. Hier seien nur beispielhaft die Begriffe "Subventionen", "Zuwendungen", "Zuschüsse", "Erstattungen" erwähnt. Eine Besonderheit ist jedoch der Begriff der "Beihilfe", der in der Praxis oftmals als Synonym zur Förderung herangezogen wird<sup>13</sup>. Der Begriff der Beihilfe wurde durch das europäische Recht definiert und ist gerade nicht mit der innerstaatlichen Förderung deckungsgleich. Unter dem Begriff der Förderung werden ebenso vermögenswerte Zuschüsse an Privathaushalte und Nichtunternehmer verstanden, dessen Regelungsgegenstand im europarechtlich geprägtem Beihilfenrecht keine Anwendung findet. Die Vergabe von Aufträgen und Förderungen können als sog "aktive" Instrumente der öffentlichen Tätigkeit bezeichnet werden. Das Beihilfenrecht wirkt demgegenüber eher passiv, da die Kontrolle eines fairen Wettbewerbs an erster Stelle steht. Die Kontrolle übt dabei die Europäische Kommission aus<sup>14</sup>.

Wollen öffentliche Stellen mit einem Privatrechtssubjekt rechtsgeschäftlich tätig werden, ergeben sich zwei Handlungsalternativen. Davon ausgenommen sind Fälle, in denen der Gesetzgeber ohnehin ein bestimmtes Vorgehen normiert. Etwa wenn die Förderung mittels Hoheitsakt (zB Bescheid) vergeben wird.

Die erste Alternative bildet die Auftragsvergabe. Als zweite Möglichkeit steht die Gewährung einer Förderung zur Wahl. In beiden Fällen ist das unionsrechtliche Beihilfenverbot zu beachten<sup>15</sup>. Der wesentliche Abgrenzungsfaktor besteht darin, dass der Förderungsempfänger keine marktkonforme Gegenleistung an die öffentliche Stelle entrichten muss. Er schuldet lediglich ein subventionsentsprechendes Verhalten. Bei Fehlverhalten droht der Wegfall der Förderung, der bloß eine diesbezügliche Rückzahlungsverpflichtung auslösen könnte. Insofern hat der Förderungsgeber bei einer widmungswidrigen Benutzung der Gelder oder eines anderen Vertragsverstößes durch den Förderungsnehmer nur einen Anspruch auf Rückabwicklung bzw Nichtauszahlung<sup>16</sup>. Dieser Anspruch kann zwar im Verfahren vor den ordentlichen Zivilgerichten geltend gemacht werden, dessen Durchsetzung aber mehrere Jahre in Anspruch nehmen kann<sup>17</sup>. Im Kernbereich der Auftragsvergabe stehen hingegen privatrechtlich verbindliche Verträge. Die Leistungspflicht des Auftragnehmers tritt der Gegenleistungspflicht des Auftragge-

---

<sup>13</sup> Vgl *Katary/Breitenfeld/Ertl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 240.

<sup>14</sup> Vgl *Katary/Breitenfeld/Ertl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 242.

<sup>15</sup> Vgl *Katary/Breitenfeld/Ertl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 243.

<sup>16</sup> Vgl *Katary/Breitenfeld/Ertl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 244.

<sup>17</sup> EuG 13.01.2004, Rs T-158/99.

bers gegenüber<sup>18</sup>. Im öffentlichen Vergabewesen findet sich daher auch ein rascher, effizienter und spezifischer Rechtsschutz<sup>19</sup>.

### 1.2.2. Die Schnittstelle zum Kartellrecht

In Art 101 AEUV ist das sog "Kartellverbot" verankert. Dieses Verbot stellt eine Wettbewerbsregel des europäischen Binnenmarktes dar, das abgesprochene Vereinbarungen und Verhaltensmuster zwischen Unternehmen verbietet<sup>20</sup>. Dieser Grundsatz muss auch im Vergaberecht beachtet werden. Gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG hat der Auftraggeber Angebote von Bieter, die mit anderen Mitstreitern nachteilige, sittenwidrige oder wettbewerbsverstoßende Abreden vereinbart haben, unverzüglich auszuschneiden<sup>21</sup>.

## 2. Die innerstaatliche Rechtsschutzsituation

### 2.1. Die Ausgangslage

Der innerstaatliche Vergaberechtsschutz basiert grundlegend auf unionsrechtlichen Vorgaben<sup>22</sup>. Das Fundament bilden dafür die Rechtsmittelrichtlinien<sup>23</sup>, sowie die Rechtsprechung des EuGH. Der Gesetzgeber musste bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes zudem die verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten, weshalb von einer sog "doppelten Bindung" des Gesetzgebers an Unions- und Verfassungsrecht auszugehen ist<sup>24</sup>. So erkannte der VfGH die Regelung, wonach Bestimmungen im Bereich des Rechtsschutzes nur für Vergaben im Oberschwellenbereich galten, als mit der Verfassung unvereinbar<sup>25</sup>. Der Gesetzgeber war aufgefordert die Rechtsschutzmöglichkeiten des Bieters auch für den Unterschwellenbereich entsprechend zu adaptieren<sup>26</sup>.

Verfassungsrechtlich verankert ist das österreichische Vergaberecht in Art 14b B-VG, der den Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenztatbestand darstellt. Diese Verfassungsbestimmung splittet die Auftragsvergabe einerseits in das materielle Recht und andererseits in den Rechtsschutz. Die Gesetzgebung des materiellen Rechts ist dem Bund vorbehalten. Eine Teilung zwischen Bund und Länder findet nur bei der Vollzie-

<sup>18</sup> Vgl *Katary/Breitenfeld/Ertl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 243.

<sup>19</sup> Vgl *Katary/Breitenfeld/Ertl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 247.

<sup>20</sup> Vgl *Binder/Trauner*, Öffentliches Recht- Grundlagen<sup>3</sup> (2014) 291.

<sup>21</sup> Vgl *Hauk/Oder* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 210.

<sup>22</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 187.

<sup>23</sup> RMR-RL 1989/665/EWG idF RL 2007/66/EG ABI L 2007/335, 31, Sektoren-Rechtsmittel-RL 1992/13/EWG ABI L 1992/76, 14, idF RL 2007/66/EG ABI L 2007/335, 31.

<sup>24</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 187.

<sup>25</sup> VfGH 30.11.2000, B4773/96.

<sup>26</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 187.

hung statt. Die Gesetzgebung und Vollziehung des Vergaberechtsschutzes ist zwischen Bund und Länder aufgeteilt<sup>27</sup>.

Das BVergG 2006 ist die wichtigste materielle Grundlage für Bund und Länder, das einheitliche Regelungen vorsieht<sup>28</sup>. Der Rechtsschutz wird im vierten Teil des BVergG 2006 (§§ 291 bis 335) geregelt und behandelt auf Bundesebene ein umfassendes System für den klassischen Bereich, als auch den der Sektorenauftraggeber<sup>29</sup>. Eine bundesweite Vereinheitlichung des Rechtsschutzes ist nicht gegeben<sup>30</sup>. So finden sich auf Landesebene eigene länderspezifische Vorschriften, die teilweise von den Vorgaben des Bundesgesetzes abweichen. Es gibt spezifische Vergabekontrollbehörden und eigene verfahrensrechtliche Normen der Länder<sup>31</sup>.

## 2.2. Die Kompetenzverteilung

Die Rechtsschutzmöglichkeiten des Auftragnehmers hängen von mehreren Faktoren ab. In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, ob die Vergabe des öffentlichen Auftraggebers in den Vollziehungsbereich des Bundes (Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht) oder des Landes (Rechtsschutz vor dem jeweiligen Verwaltungsgericht) fällt<sup>32</sup>. Die Gesetzgebung des öffentlichen Vergabewesens ist gemäß Art 14b B-VG Sache des Bundes und daher im BVergG normiert. Das föderalistische Prinzip kommt hingegen bei der Vollziehung dieses Gesetzes zum Tragen, wobei grundsätzlich Folgendes gilt:

- Bundessache ist die "*Vergabe von Aufträgen durch den Bund*" gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG
- Landessache ist die "*Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden oder Gemeindeverbände*" gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 lit a B-VG<sup>33</sup>.

Das in der österreichischen Verfassung verankerte Grundrecht des gesetzlichen Richters gemäß Art 83 Abs 2 B-VG verpflichtet den Gesetzgeber Kompetenzkonflikte zu vermeiden und den rechtlichen Rahmen klar, eindeutig und präzise vorzugeben. Entscheiden demnach mehrere Behörden in derselben Sache, resultiert daraus ein Grund-

<sup>27</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 4.

<sup>28</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 111.

<sup>29</sup> Vgl Werschtz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 24.

<sup>30</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 4.

<sup>31</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 111.

<sup>32</sup> Vgl Huber in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 67.

<sup>33</sup> Vgl Huber in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 66.

rechtsverstoß<sup>34</sup>. Kompetenzkonflikte im Bereich der Vollziehung folgen naturgemäß nur dann, wenn eine zweifelsfreie Einordnung des Auftraggebers in die Bundes- oder Landessphäre nicht möglich ist. Eine eindeutige Zuordnung erfolgt beispielsweise bei ausgliederten Gesellschaften, die aufgrund des jeweiligen Eigentümers einer bestimmten Gebietskörperschaft zugewiesen werden können. Sofern sich mehrere Auftraggeber hinsichtlich einer gemeinsamen Auftragsvergabe zusammengeschlossen haben, wird der Auftrag dem Bund zugeordnet, wenn dieser zumindest die Hälfte der finanziellen, wirtschaftlichen bzw organisatorischen Machtausübung trägt<sup>35</sup>.

## 2.3. Der Rechtsschutz auf Bundesebene

### 2.3.1. Der Verfahrensablauf unter rechtsschutzauslösenden Gesichtspunkten iSd BVergG 2006

Auf Seiten des Auftraggebers ist die Auftragsvergabe im Rahmen eines gesetzlich normierten Vergabeverfahrens gemäß § 25 ff BVergG zu führen. Wird eine Verfahrensart gewählt, die im Rahmen des BVergG nicht zulässig ist, weil beispielsweise bestimmte Auftragswerte überschritten worden sind, führt die falsche Verfahrensauswahl zu einem rechtswidrigen Vergabeverfahren<sup>36</sup>.

Es sei an dieser Stelle nur angemerkt, dass die jeweiligen Schwellenwerte für das Vergabeverfahren von wesentlicher Bedeutung sind, da beispielsweise die Vergaberichtlinien nur im Oberschwellenbereich zur Anwendung gelangen oder eine Differenzierung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich im Hinblick auf die Bekanntmachung des Auftrags stattfindet<sup>37</sup>. Für den klassischen Bereich sind die Schwellenwerte in §§ 12 ff BVergG 2006 normiert. Die einschlägigen Schwellenwerte für den Sektorenbereich finden sich in § 180 ff BVergG 2006. Die Schwellenwertverordnung<sup>38</sup> ist zusätzlich für den Unterschwellenbereich zu beachten<sup>39</sup>. Zusätzlich sind die einschlägigen Schwellenwerte aufgrund europarechtlicher Vorgaben (insbesondere für den Oberschwellenbereich) zu berücksichtigen<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> VfGH 01.10.1994, V65/93.

<sup>35</sup> Vgl *Huber in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 69.

<sup>36</sup> Vgl *Kaufmann/Schnabl*, Vergaberecht in der Praxis<sup>3</sup> (2010) 55.

<sup>37</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 40.

<sup>38</sup> Schwellenwertverordnung, BGBl II 2013/262.

<sup>39</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 171.

<sup>40</sup> Vgl Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren; sowie 2015/2171 und 2015/2172.

## Die Ausschreibung

In einem ersten Schritt beschreibt der Auftraggeber die begehrte Leistung ("Ausschreibung") und gibt seine Vergabeabsicht bekannt. Wo die Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe erfolgen muss, hängt vom jeweiligen Auftragswert und der Verfahrensart ab<sup>41</sup>. Durch die Veröffentlichung wird das Vergabeverfahren eingeleitet<sup>42</sup>. Die Ausschreibung enthält wesentliche Bestimmungen für den weiteren Verfahrensablauf. So wird insbesondere die jeweilige Verfahrensart und die Anforderungen an die Unternehmer festgelegt. Ist eine elektronische Angebotsabgabe zulässig, muss dies der Auftraggeber gemäß § 91 BVergG ausdrücklich vorsehen<sup>43</sup>. Der Hinweis über die zuständige Vergabekontrollbehörde gemäß § 79 Abs 1 BVergG ist für den Rechtsschutzsuchenden hilfreich<sup>44</sup>. Wird die exakte Zuschlagsfrist in den Ausschreibungsdokumenten nicht angegeben, gilt eine einmonatige Frist im klassischen Vergabebereich und eine Zwei-monatsfrist für Sektorenauftraggeber<sup>45</sup>. Der Auftraggeber hat zu beachten, dass die Berichtigung der Ausschreibung eine Verlängerung der jeweiligen Fristen mit sich bringt, wenn die Ausschreibungsänderung einen wesentlichen Einfluss auf die Angebote hat<sup>46</sup>. Außerdem kann eine mangelhafte Ausschreibung die Anfechtung des Bewerbers im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens auslösen<sup>47</sup>.

## Die Angebotslegung

Der Bieter erklärt in seinem Angebot gemäß § 2 Z 3 BVergG, dass er eine spezifische Leistung gegen Vergütung im Rahmen der festgelegten Kriterien erbringen will. Die Teilnahme am Vergabeverfahren ist nur zulässig, wenn der Unternehmer während der Angebotsfrist ein Angebot stellt, das den Ausschreibungserfordernissen entspricht. Bis zum Fristenende ist der angebotsstellende Unternehmer an sein Vorbringen gebunden. Eine Zurückziehung, sowie eine Abänderung ist nur unter ganz bestimmten Umständen gemäß § 106 Abs 8 BVergG möglich. Jedenfalls sind die in § 106 BVergG normierten Mindestanforderungen des Angebots einzuhalten, wie beispielsweise die Benennung der beteiligten Subunternehmer und eine überblicksschaffende Preiskalkulation<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> Vgl Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis<sup>3</sup> (2010) 98.

<sup>42</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 155.

<sup>43</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 157.

<sup>44</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 76.

<sup>45</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 161.

<sup>46</sup> VwGH 12.09.2013, 2010/04/0119.

<sup>47</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 161.

<sup>48</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 169.

## Die Angebotsöffnung

Bei der Entgegennahme erfolgt eine zeitliche Markierung der Angebote nach dem Zeitpunkt ihres Einlangens. Dem Auftraggeber wird eine strenge Geheimhaltungspflicht auferlegt, dessen Nichtbeachtung zu einem Verfahrenswiderruf führen kann<sup>49</sup>. Die Angebote werden von einer Kommission geöffnet, um das Vorhandensein der festgelegten Ausschreibungsbedingungen zu überprüfen. Unter Anwesenheit aller Bieter findet gemäß § 118 Abs 3 BVergG eine Verlesung der geöffneten und fristentsprechenden Angebote statt. Die anwesenden Bieter trifft eine Rügepflicht, sodass das Nichtvortragen maßgeblicher Angebotsteile einen schweren Mangel bedeutet, der nicht verbesserungsfähig ist<sup>50</sup>. Das Nichtvorlesen des Preises belastet das betreffende Angebot dahingehend, dass es bei der Zuschlagsentscheidung nicht (mehr) in Frage kommt. Die Angebotsöffnung wird in einer Niederschrift festgehalten<sup>51</sup>.

## Die Angebotsprüfung

Der Auftraggeber hat in einem nächsten Schritt die Angebotsprüfung im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit den Kriterien und Anforderungen der Ausschreibung vorzunehmen<sup>52</sup>. Hierbei sind vom Auftraggeber fachkundige Personen mit der Beurteilung der Angebote zu bestellen<sup>53</sup>. Im Kernbereich der Angebotsprüfung steht die Ermittlung der jeweiligen Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des jeweiligen Unternehmers<sup>54</sup>.

## Das Ausscheiden von Angeboten

Kommen Angebote für den Zuschlag nicht in Betracht, sind sie auszuscheiden. In § 129 Abs 1 BVergG sind Angebote angeführt, die zwingend auszuscheiden sind. Beispielsweise dürfen Vorbringen nicht berücksichtigt werden, die eine nicht nachvollziehbare Zusammensetzung der Gesamtkosten darlegen oder die erforderliche technische Leistungskraft nicht aufweisen<sup>55</sup>. Das Ausscheiden des Bieters kann als gesondert anfecht-

---

<sup>49</sup> Vgl. *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 171.

<sup>50</sup> Vgl. *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 172.

<sup>51</sup> Vgl. *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 173.

<sup>52</sup> Vgl. *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 90.

<sup>53</sup> Vgl. *Kaufmann/Schnabl*, Vergaberecht in der Praxis<sup>3</sup> (2010) 121.

<sup>54</sup> Vgl. *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 274.

<sup>55</sup> Vgl. *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 177.

bare Entscheidung des Auftraggebers im Rahmen der Nachprüfungskontrolle bekämpft werden<sup>56</sup>.

## Die Beendigung des Vergabeverfahrens

Das Verfahren wird beendet, wenn der Zuschlag erteilt oder das Verfahren vom Auftraggeber widerrufen worden ist. In jedem Fall müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, sodass das Ende des Vergabeverfahrens nicht im Ermessen des Auftraggebers liegt<sup>57</sup>.

## Die Zuschlagsentscheidung

Die Zuschlagsentscheidung fällt zugunsten des Bieters aus, dessen Angebot der Ausschreibung am ehesten entspricht<sup>58</sup>. In der Judikatur des EuGH wird festgehalten, dass die Bekanntmachung der Auftraggeberentscheidung über einen angestrebten Vertragsabschluss allen Bietern zukommen muss, um einem effektiven Rechtsschutzsystem entsprechen zu können<sup>59</sup>. Die Zuschlagsentscheidung ist gemäß § 2 Z 48 BVergG als unverbindliche Absichtserklärung definiert, welche die Bieter erkennen lässt, welchem Unternehmer die Zuschlagserteilung zukommen soll<sup>60</sup>. Die Benachrichtigung ist dabei sogleich durch den Auftraggeber per Telefax oder elektronisch vorzunehmen. Maßgebliche Bedeutung kommt ebenso dem Inhalt der Mitteilung zu. So sind der siegende Bieter samt Angebot, sowie der Endzeitpunkt der jeweiligen Stillhaltefrist allen verbliebenen Verfahrensbeteiligten bekanntzugeben. Die Gründe, die zur Angebotsablehnung geführt haben, sind dem betreffenden Bieter mitzuteilen<sup>61</sup>. Das Absenden der Mitteilung löst die sog Stillhaltefrist aus<sup>62</sup>. Unter der Stillhaltefrist ist der Zeitraum *zwischen der Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagserteilung* zu verstehen<sup>63</sup>. Die Bestimmung räumt dem Bieter die Möglichkeit ein, die Überprüfung der Zuschlagsentscheidung zeitgerecht, also vor einer konkreten Zuschlagserteilung, vor den jeweiligen Nachprüfungsinstanzen zu erreichen<sup>64</sup>. Die Stillhaltefrist wird jedoch nur ausgelöst, wenn die Zuschlagsentschei-

---

<sup>56</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 178.

<sup>57</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 98.

<sup>58</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 179.

<sup>59</sup> EuGH 28.10. 1999, Rs C-81/98.

<sup>60</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 94.

<sup>61</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 179.

<sup>62</sup> Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 181.

<sup>63</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 97.

<sup>64</sup> VfGH 06.06.2005 B 76/04.



derung von Gesetzes wegen gemäß § 43 ff BVergG mitgeteilt werden muss<sup>65</sup>. In den besonderen Fälle des § 131 Abs 2 BVergG muss ausnahmsweise keine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgen<sup>66</sup>. Der Fristenlauf, der maßgeblich für eine etwaige Nachprüfungskontrolle ist, bestimmt sich somit individuell und ist für jeden Bieter gesondert zu beachten.

Die Zuschlagserteilung innerhalb der Stillhaltefrist führt gemäß § 132 Abs 1 BVergG zur absoluten Nichtigkeit der Entscheidung des Auftraggebers. Im Oberschwellenbereich gilt gemäß § 132 Abs 1 BVergG eine Stillhaltefrist von zehn Tagen bei einer elektronischen Übermittlung. Bei Versendung mittels Brief erstreckt sie sich auf bis zu 15 Tage. Im Unterschwellenbereich findet eine Fristenverkürzung statt. Die Zeitspanne umfasst dabei sieben Tage. Der Zuschlag kann erst nach Verstreichen der Stillhaltefrist rechtswirksam zugesprochen werden<sup>67</sup>.

## Die Zuschlagserteilung

Im Rahmen der Zuschlagserteilung gemäß § 2 Z 49 BVergG erklärt der Auftraggeber das Angebot eines Bieters anzunehmen<sup>68</sup>. Es wird ein rechtsverbindliches Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Zuschlagsempfänger geschaffen. Die Zuschlagserteilung hat jedenfalls ein Auftragschreiben und eine zu unterfertigende Auftragsbestätigung des ausgewählten Bieters zu enthalten. Der Zuschlag erfährt mit der schriftlichen Verständigung des Unternehmers Rechtswirksamkeit, wenn der Auftraggeber sein Angebot innerhalb der Zuschlagsfrist annimmt. Bei Ablauf der Zuschlagsfrist muss der Bieter gemäß § 133 BVergG den Auftrag gesondert annehmen, um die Rechtsverbindlichkeit der Auftragsvergabe zu erwirken. Selbiges gilt bei einem Abweichen des Auftrags von dem vorgebrachten Angebot des Bieters<sup>69</sup>. Es liegt im Ermessen des Auftraggebers gemäß § 132 Abs 2 BVergG den verbliebenen Verfahrensbeteiligten die Zuschlagserteilung zuzustellen und so den Vertragsabschluss publik zu machen<sup>70</sup>. Dies ist mit dem Hinweis auf die Fristverkürzung bei Feststellungsanträgen gemäß § 331 Abs 1 Z 2 bis 4

---

<sup>65</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 181.

<sup>66</sup> Vgl *Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 131 Rz 13.

<sup>67</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 181.

<sup>68</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 298.

<sup>69</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 181.

<sup>70</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 182.

und 332 Abs BVergG zu beachten. Die Sechsmonatsfrist reduziert sich in diesem Fall auf 30 Tage<sup>71</sup>.

## Die Widerrufsentscheidung

Gemäß § 2 Z 45 BVergG hat der Auftraggeber den Unternehmern eine unverbindliche Absichtserklärung abzugeben, in der er den beabsichtigten Verfahrenswiderruf bekanntgibt<sup>72</sup>. Im Unterschwellenbereich findet sich insofern eine Besonderheit, als es zum Einen im Ermessen des Auftraggebers gemäß § 140 Abs 7 BVergG steht, die Widerrufsentscheidung publik zu machen und zum Anderen dieser befugt ist, den Verfahrenswiderruf sogleich unter zeitgleicher Bieterverständigung auszusprechen<sup>73</sup>. Ist die Angebotsfrist noch nicht abgelaufen, muss der Widerruf analog der Ausschreibung bekanntgemacht werden<sup>74</sup>. Ist das Ausscheiden von den betroffenen Bietern noch nicht in Bestandskraft erwachsen, sind auch diese von der Widerrufsentscheidung zu verständigen<sup>75</sup>.

Die inhaltliche Ausgestaltung der Mitteilung umfasst die Bekanntgabe des Ablaufs der Stillhaltefrist und die Gründe, die für den Verfahrenswiderruf ausschlaggebend sind. Als anfechtbare Bestimmung iSv § 2 Z 16 BVergG ist die Bekämpfung der Widerrufsentscheidung gemäß § 321 BVergG innerhalb der Stillhaltefrist geltend zu machen. In diesem Zusammenhang ist nicht die vorher genannte Definition der Stillhaltefrist heranzuziehen. Die Stillhaltefrist bei einem Verfahrenswiderruf bestimmt sich nach der Verfügbarkeit und Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung gemäß § 140 Abs 2 BVergG. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Frist zu laufen. Nun existiert im Oberschwellenbereich insofern eine Besonderheit, dass der Verfahrenswiderruf mit Nichtigkeit behaftet ist, wenn die Entscheidung des Auftraggebers innerhalb einer zehntägigen Stillhaltefrist ergeht. Bei brieflicher Übermittlung der Entscheidung gilt eine fünfzehntägige Stillhaltefrist. Eine Siebentagesfrist findet sich gemäß § 140 Abs 3 BVergG im Unterschwellenbereich. Ist die Stillhaltefrist noch nicht abgelaufen, ist ein rechtswirksamer Verfahrenswiderruf nicht möglich. Die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens über den selben Auftragsgegenstand ist während der Stillhaltefrist gemäß § 140 Abs 5 BVergG ebenso unzulässig.

---

<sup>71</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 128.

<sup>72</sup> Vgl *Schwartz* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 2 Rz 198.

<sup>73</sup> Vgl *Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 140 Rz 14.

<sup>74</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 183.

<sup>75</sup> Vgl *Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 140 Rz 3.

## Der Widerruf

In § 2 Z 45 BVergG ist die Widerrufserklärung als Erklärung des Auftraggebers über die Beendigung des Vergabeverfahrens definiert. Es unterbleibt dabei die Erteilung des Zuschlags und somit ein obsiegender Bieter<sup>76</sup>. Der Widerruf führt das Verfahrensende herbei<sup>77</sup>. Im klassischen Bereich findet eine Differenzierung zwischen dem Ausschreibungswiderruf während oder nach Ende der Angebotsfrist statt<sup>78</sup>. Eine uneingeschränkte Widerrufsmöglichkeit besteht im Sektorenbereich, wenn sachliche Kriterien dies rechtfertigen<sup>79</sup>. Die Einreihung des Auftraggebers in den Bereich der Sektorenauftragsvergabe findet ihre gesetzliche Grundlage in §§ 163 ff BVergG<sup>80</sup>.

Die Ausschreibung ist in gewissen Fällen zwingend zu widerrufen, in anderen Fällen liegt es im Ermessen des Auftraggebers<sup>81</sup>. Umstände, die die Ausschreibung in ihrer ergangenen Form ausgeschlossen hätten oder erheblich zur Abweichung des gegenständlichen Inhalts der Ausschreibung führen, bilden bei ihrem Auftreten innerhalb der Angebotsfrist einen zwingenden Widerrufstatbestand gemäß § 138 Abs 1 BVergG<sup>82</sup>. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die falsche Verfahrensart gewählt wurde<sup>83</sup>. Gemäß § 138 Abs 2 BVergG liegt es im Ermessen des Auftraggebers weitere Gründe vorzubringen, die den Verfahrenswiderruf sachlich rechtfertigen<sup>84</sup>. Dem Sachlichkeitserfordernis wird entsprochen, wenn die subjektive Sicht des Auftraggebers den Widerruf rechtfertigt<sup>85</sup>. Zu den fakultativen (freiwilligen) Widerrufsgründen zählt das Aufkommen einer neuwertigeren Technologie, die für die Auftragsvergabe von wesentlicher Bedeutung sein kann<sup>86</sup>.

Die genannten Umstände machen den Verfahrenswiderruf (auch) nach Verstreichen der jeweiligen Angebotsfrist gemäß § 139 Abs 1 BVergG erforderlich<sup>87</sup>. Gleiches gilt, wenn keinerlei Angebote einlangen. Gemäß § 139 Abs 2 BVergG kann der Auftraggeber wei-

---

<sup>76</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 184.

<sup>77</sup> VwGH 26.04.2007, 2005/04/0222.

<sup>78</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 184.

<sup>79</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 304.

<sup>80</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 8.

<sup>81</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 301.

<sup>82</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 185.

<sup>83</sup> Vgl *Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 138 Rz 3.

<sup>84</sup> Vgl *Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 138 Rz 4.

<sup>85</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 185.

<sup>86</sup> Vgl *Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 138 Rz 5.

<sup>87</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 303.

tere sachliche Motive vorbringen, die den Ausschreibungswiderruf auch nach Ablauf der betreffenden Angebotsfrist rechtfertigen<sup>88</sup>.

Es ist festzuhalten, dass der Widerruf nicht von Gesetzes wegen eintritt. Vielmehr bedarf es ein entsprechendes Handeln des Auftraggebers. Gemäß § 140 Abs 6 BVergG hat eine Widerrufserklärung des Auftraggebers an die verbliebenen Bieter zu erfolgen. Eine Internetbekanntmachung erscheint uU geboten<sup>89</sup>. Nach erfolgtem Widerruf erlangen gemäß § 140 Abs 8 BVergG sowohl die Bieter, als auch der Auftraggeber ihre Handlungsfreiheit zurück<sup>90</sup>. Die Unternehmer sind nicht mehr an die Teilnahmeanträge bzw Angebote gebunden. Das Vergabeverfahren bedarf keiner weiteren Fortführung durch den Auftraggeber<sup>91</sup>. Beendet der Auftraggeber das Verfahren hingegen weder durch einen Widerruf, noch durch eine Zuschlagserteilung oder in sonstiger Weise trotz Aufforderung eines Bieters, so kann die angerufene Nachprüfungsinstanz gemäß § 140 Abs 9 BVergG dessen Untätigkeit feststellen, mit der Wirkung, dass das Verfahren als widerrufen gilt<sup>92</sup>.

### **2.3.2. Das Vergabekontrollverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht**

#### **2.3.2.1. Die Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit des BVwG ist in Abhängigkeit mit dem konkreten Auftraggeber des Vergabeverfahrens zu sehen. Das Gericht wird tätig, wenn es sich um einen Auftraggeber handelt, der gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG dem Wirkungsbereich des Bundes zugeweiht ist. Dies ist dann zutreffend, wenn dieser in einem charakteristischen Naheverhältnis zum Bund steht. Die Entscheidungsbefugnis des Gerichts erstreckt sich dabei gemäß § 291 BVergG auf Anträge, die die Anfechtung eines rechtswidrigen Verhaltens des Auftraggebers zum Gegenstand haben<sup>93</sup>. Im Vergabekontrollverfahren hängt die Zuständigkeit des BVwG mit Berücksichtigung des Art 14b B-VG einzig vom öffentlichen Auftraggeber ab, der eine Entscheidung getroffen hat, die nun im Nachprüfungsverfahren untersucht werden soll. In welchem Vollziehungsbereich die Leistungen schlussendlich benötigt werden, ist nicht entscheidend<sup>94</sup>. Ebenso ist der Eigentumserwerb des öf-

<sup>88</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 185.

<sup>89</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 186.

<sup>90</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 101.

<sup>91</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 186.

<sup>92</sup> Vgl *Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 140 Rz 17.

<sup>93</sup> Vgl *Walther* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1896.

<sup>94</sup> VwGH 13.11.2013, 2012/04/0022.

fentlichen Auftraggebers an den Leistungen nicht ausschlaggebend<sup>95</sup>. Gemäß § 3 Abs 2 und 3 BVergG sind auch private Förderungsnehmer vom Anwendungsbereich erfasst. Da sie in Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG nicht genannt werden, ist es unerheblich, ob die Förderung vom Land oder von einer Gemeinde genehmigt wurde. Die ausschließliche Zuständigkeit gebührt dem BVwG. Werden Bauaufträge von Baukonzessionären vergeben, die keine öffentlichen Auftraggeber sind oder Entscheidungen von sog privaten Sektorenauftraggebern im Sinne des § 163 ff BVergG zur Kontrolle vorgelegt, ist ebenso das BVwG zuständig<sup>96</sup>. Es sei an dieser Stelle angeführt, dass die sachliche und örtliche Einordnung in den Zuständigkeitsbereich des Bundes oder des Landes gemäß Art 14b B-VG von Amts wegen wahrzunehmen ist<sup>97</sup>. Nicht zuletzt aufgrund der oftmals schwer zu beantwortenden Frage der Zuständigkeit, sind Nachprüfungs- und Feststellungsanträge gemäß § 322 Abs 3 und 4 BVergG noch fristgerecht, auch wenn diese bei der unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingereicht werden<sup>98</sup>.

### 2.3.2.2. Die Entscheidungsbefugnis

Gemäß § 312 Abs 1 BVergG trifft das Gericht Entscheidungen über Anträge zur Umsetzung von Nachprüfungsverfahren (§§ 320 ff BVergG), zur Verhängung einstweiliger Verfügungen - dem sog Provisorialverfahren<sup>99</sup> (§§ 328 ff BVergG) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (§§ 331 ff BVergG)<sup>100</sup>. Die vergabespezifischen Angelegenheiten des Rechtsschutzes werden meist in Dreiersenaten entschieden, deren Abhandlung durch Beschluss oder Erkenntnis endet<sup>101</sup>. Die Anträge sind gemäß § 312 Abs 1 BVergG unmittelbar beim BVwG einzubringen<sup>102</sup>. Sowohl das VwGVG, als auch das AVG kommen zudem subsidiär zur Anwendung. Der VwGH und der VfGH können ebenso angerufen werden. Das Rechtsmittel der (ordentlichen und außerordentlichen) Revision ist an den VwGH zu stellen, wobei sich die Beschwerde an den VfGH richtet<sup>103</sup>. Siehe dazu 2.6.

<sup>95</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1896.

<sup>96</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1899.

<sup>97</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1901.

<sup>98</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1902.

<sup>99</sup> Vgl Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 186.

<sup>100</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 113.

<sup>101</sup> Vgl Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 184.

<sup>102</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 113.

<sup>103</sup> Vgl Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 184.

Wann ein Rechtsschutzmittel erhoben wird, ist von zentraler Bedeutung für die Zuständigkeit des BVwG im Hinblick auf das Vergabekontrollverfahren<sup>104</sup>. Befindet sich das Vergabeverfahren vor der Zuschlagserteilung und wurde es nicht widerrufen, erfolgt eine Nachprüfungskontrolle durch das Gericht, indem sog gesondert anfechtbare Entscheidungen des Auftraggebers gegebenenfalls für nichtig erklärt werden. Wird der Rechtsschutzsuchende erst nach Verfahrensende tätig, ist ein Feststellungsverfahren zu führen<sup>105</sup>.

§ 312 BVergG stellt eine abschließende Bestimmung dar, weshalb dem BVwG grundsätzlich nur die beschriebenen Kompetenzen zukommen<sup>106</sup>.

### 2.3.2.3. Die Rechtsschutzlegitimation des Einzelnen

Im Vergaberecht gilt nach Maßgabe des § 312 Abs 1 BVergG eine strenge Antragsgebundenheit, um die Rechtsschutzmöglichkeiten in Anspruch nehmen zu können. Das Gericht darf nur auf Antrag des Rechtssuchenden tätig werden. Aufgrund dieser gesetzlichen Vorgaben muss stets das verfassungsrechtlich verankerte Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Art 83 Abs 2 B-VG beachtet werden. Ein Grundrechtsverstoß liegt demnach immer dann vor, wenn sich die Behörde eine Zuständigkeit anmaßt, die ihr von Gesetzes wegen nicht zukommt<sup>107</sup>.

Im Ermittlungsverfahren gilt gemäß § 39 Abs 2 AVG iVm § 17 VwGVG und § 311 BVergG der Grundsatz der *Offizialmaxime*. Das BVwG hat von Amts wegen den entscheidungsrelevanten Sachverhalt festzustellen. So sind Ausscheidungsgründe vom Gericht anzuführen, auch wenn diese weder vom Auftraggeber, noch von einer anderen Partei behauptet wurden<sup>108</sup>. Dem Antragsteller muss diesbezüglich Gelegenheit zu einer Stellungnahme eingeräumt werden<sup>109</sup>.

Das Prinzip der *Offizialmaxime* gilt im Vergabekontrollverfahren nicht uneingeschränkt. Die Kognitionsbefugnis des Gerichts hängt wesentlich vom jeweiligen Begehren ab. Die Zuständigkeit erstreckt sich gemäß § 312 Abs 2 Z 2, Abs 3 Z 1 und Abs 4 Z 1 BVergG nur auf die vom Antragsteller vorgebrachten Beschwerdepunkte. Der Inhalt des Nachprüfungsantrags muss gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG auf "*die Bezeichnung des Rechts,*

<sup>104</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1903.

<sup>105</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1903.

<sup>106</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 113.

<sup>107</sup> VfGH 05.03.2014, B344/2013.

<sup>108</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1914.

<sup>109</sup> EuGH 19.06.2003, Rs C-249/01.

*in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet"* und gemäß § 322 Abs 1 Z 6 BVergG auf *"die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt"*, schließen lassen. Die inhaltliche Ausgestaltung muss auch beim Feststellungsantrag gemäß § 332 Abs 1 Z 6 und 7 BVergG beachtet werden<sup>110</sup>. Die vorgebrachten Beschwerdepunkte bestimmen den Umfang des Verfahrens und sind daher möglichst umfassend zu formulieren, um eine mögliche Abweisung des Antrags zu verhindern.

Jeder Verstoß gegen Bestimmungen des materiellen Teils des BVergG, den einschlägigen Verordnungen und unmittelbar anzuwendendes Unionsrecht können eine Verletzung der subjektiven Rechte von Bewerber bzw Bieter bedeuten und sind als Beschwerdepunkte im Antrag anzuführen.

Beispielhaft sind hier folgende subjektiven Rechte angeführt:

*Das Recht auf Verwendung nicht diskriminierender technischer Spezifikationen gemäß § 98 iVm § 19 Abs 1 BVergG, das Recht auf Verlesung der Angebotspreise im offenen und nicht offenen Verfahren gemäß § 118 Abs 5 BVergG, das Recht auf Ausscheiden eines nicht zuverlässigen oder nicht leistungsfähigen Mitbewerbers gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG, das Recht auf Nichtausscheiden des eigenen Angebotes ohne Vorliegen von Ausscheidensgründen oder das Recht auf Zuschlagserteilung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen*<sup>111</sup>.

#### **2.3.2.4. Das Nachprüfungsverfahren**

##### **2.3.2.4.a Regelungsgegenstand und Rechtsschutzlegitimation**

Das Ziel des Nachprüfungsverfahrens ist die Geltendmachung subjektiver Rechte des Rechtsschutzsuchenden. Die objektive Rechtmäßigkeit des Verfahrens bleibt außerhalb der Kontrolle<sup>112</sup>. Die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens bedarf eines Antrags, der gemäß § 312 Abs 1 BVergG unmittelbar beim BVwG mit Sitz in Wien einzubringen ist<sup>113</sup>. Die Prüfung der Antragslegitimation des Unternehmers wird von Amts wegen wahrgenommen<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1915.

<sup>111</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1916.

<sup>112</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 117.

<sup>113</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 1/2.

<sup>114</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 3.

Ein Antrag kann nur dann erhoben werden, wenn gemäß § 320 Abs 1 BVergG zwei Voraussetzungen kumulativ vorliegen. Sowohl das Interesse am Vertragsabschluss eines dem BVergG unterliegenden Rechtsgeschäftes, als auch ein entstandener oder drohender Schaden sind im Begehren anzuführen<sup>115</sup>. Der Schaden muss im kausalen Zusammenhang mit der rechtswidrigen Verhaltensweise des Auftraggebers stehen. Das vergabewidrige Vorgehen ist somit entweder ursächlich für die Herbeiführung des Schadens oder trägt wesentlich für dessen spätere Entstehung bei<sup>116</sup>. Der Schadensbegriff des BVergG deckt sich nicht mit dem sog reinen Vermögensschaden des Zivilrechts<sup>117</sup>. Nach hA werden alle Nachteile umfasst, die daraus resultieren, dass die bloße Teilnahmemöglichkeit am Vergabeverfahren beeinträchtigt wird<sup>118</sup>. Ein Schaden liegt demnach beispielsweise vor, wenn Kosten für die Beschaffung der Unterlagen des Angebotes aufgewendet wurden. Auch die Pauschalgebühr für die Eingabe des Nachprüfungsantrages wird in der Praxis oftmals als Schaden angeführt<sup>119</sup>. Der Schaden muss aus dem Begehren des Antragstellers plausibel und wertmäßig hervorgehen<sup>120</sup>.

Dem Rechtsschutzsuchenden kommt keine Legitimation zur Erhebung des Nachprüfungsantrags zu, wenn trotz rechtmäßigen Verhaltens des Auftraggebers seine Situation im Vergabeverfahren nicht verbessert werden würde<sup>121</sup>.

Die Behauptung der Rechtswidrigkeit muss bis zur Erteilung des Zuschlags bzw bis zur Erklärung des Widerrufs vorgebracht werden. Im Rahmen des Nachprüfungsantrags ist das BVwG nur befugt, die Nichtigkeit der Entscheidung des Auftraggebers mit Erkenntnis festzustellen. Dies hat zur Folge, dass das Verfahren in jenes Stadium zurückfällt, in dem es sich vor der rechtswidrigen Entscheidung des Auftraggebers befunden hat. Die Kassationsbefugnis des Gerichts führt somit zu einer Art "Nichtentscheidung"<sup>122</sup>. Das BVwG ist beispielsweise nicht zur Verfahrensdurchführung oder zur Angebotskontrolle befugt<sup>123</sup>. Wurde eine ausführliche Überprüfung der Angebote durch den Auftraggeber unterlassen, so hat das Gericht die Nichtigkeit dieser Entscheidung auszusprechen. Der Auftraggeber ist aufgefordert, eine erneute Angebotsüberprüfung vorzunehmen<sup>124</sup>.

<sup>115</sup> EuGH 11.12.2014, C-440/13.

<sup>116</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1920.

<sup>117</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1931.

<sup>118</sup> VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128.

<sup>119</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1931.

<sup>120</sup> VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127.

<sup>121</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1920.

<sup>122</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 186.

<sup>123</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2192.

<sup>124</sup> BVwG 14.04.2014, W138 2003084-1.



Ein Vertragsabschlussinteresse des Unternehmers ist zu bejahen, wenn er seinen Willen an der Verfahrensbeteiligung erkennbar macht. Diese Außenwirkung tritt bei Stellung eines Angebots ein. Ebenso, wenn ein Teilnahmeantrag abgegeben wird oder Unterlagen im Internet gemäß § 88 BVergG abgerufen werden. Der Antragsberechtigung wird ausnahmsweise vor Angebotsabgabe oder Stellen eines Teilnahmeantrags entsprochen, wenn die Ausschreibungsbestimmungen diskriminierend verfasst wurden oder Fehler betreffend der Bekanntmachung und der Art des Verfahrens vorliegen<sup>125</sup>. In diesem Fall ist der Vertragsabschlusswille auch ohne Angebotsabgabe gegeben<sup>126</sup>. Unternehmer sind nicht darauf angewiesen, erfolglose Angebote oder Teilnahmeanträge zu formulieren, um antragslegitimiert zu sein<sup>127</sup>. Ebenso gewährt der VwGH dem Bewerber die Möglichkeit diskriminierende Ausschreibungen zu bekämpfen<sup>128</sup>. Der Antragsteller hat in seinem Vorbringen schlüssig darzulegen, weshalb er als Vertragspartner ebenso geeignet ist, wie der siegreiche Unternehmer<sup>129</sup>.

Der Begriff "Entscheidung" wird gemäß § 2 Z 16 BVergG definiert als "*jede Festlegung des Auftraggebers im Vergabeverfahren*". Der Auftraggeber bildet einen rechtsgeschäftlichen Willen, den dieser nach außen zu erkennen gibt<sup>130</sup>. Bloße Vorbereitungsmaßnahmen wie Bedarfsermittlungen oder Vorstudien sind kein Gegenstand der Nachprüfung<sup>131</sup>.

Die Entscheidung des Auftraggebers muss nicht ausdrücklich oder schriftlich erklärt werden, sie kann mündlich, als auch konkludent abgegeben werden<sup>132</sup>. Wesentlich ist, ob ein objektiver Dritter, eine inhaltlich bestimmbare Erklärung erkennen konnte<sup>133</sup>. In diesem Zusammenhang wird auch von "Willens- oder Absichtserklärungen" des Auftraggebers gesprochen<sup>134</sup>.

Nur sog "gesondert anfechtbare Entscheidungen" können die Grundlage einer Anfechtung im Nachprüfungsverfahren sein. Das Gesetz legt in § 2 Z 16 lit a BVergG eine abschließende Aufzählung fest, welche Entscheidungen gesondert anfechtbar sind. Die gesetzlich festgelegte Verfahrensart muss dabei Berücksichtigung finden. Alle anderen

<sup>125</sup> BVwG 19.09.2014, W139 2009635-2.

<sup>126</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 2.

<sup>127</sup> EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02.

<sup>128</sup> VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200.

<sup>129</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1926.

<sup>130</sup> Vgl Schwartz in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 2 Rz 67.

<sup>131</sup> EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03.

<sup>132</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2114.

<sup>133</sup> VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149.

<sup>134</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2115.

Entscheidungen sind gemäß § 2 Z 16 lit b BVergG als "nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen" angeführt. Sind diese Entscheidungen mit Rechtswidrigkeit bedroht, eröffnet sich nur die Möglichkeit, diese gemeinsam mit der *nächstfolgend gesondert anfechtbaren Entscheidung* vorzubringen. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen können dann von Gewicht sein, wenn etwa der Auftraggeber einen ungeeigneten Unternehmer nicht ausscheidet und die Zuschlagsentscheidung zu seinen Gunsten fällt. Die Anfechtungsmöglichkeit wäre in diesem Fall zu bejahen<sup>135</sup>. Ein Nachprüfungsantrag, dessen Anfechtungsgegenstand nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen umfasst, ist als unzulässig zurückzuweisen<sup>136</sup>.

Das Ausscheiden des Angebotes ist nach dem Konzept des BVergG eine Entscheidung, die gesondert anfechtbar ist. Es besteht aber keine Regelung, wann diese Entscheidung durch den Auftraggeber getroffen werden muss. Wird der Grund dem Auftraggeber bekannt, der das Ausscheiden rechtfertigt, kann die Entscheidung sodann erfolgen. Diese kann aber auch erst im Zusammenhang mit der Zuschlagserteilung oder der Mitteilung über das Ausscheiden des Bieters erklärt werden<sup>137</sup>. Darüber hinaus muss die Entscheidung des Ausscheidens des Bieters nicht unbedingt im zeitlichen Konnex mit der Entscheidung über den Zuschlag stehen<sup>138</sup>. Das Ausscheiden könnte sogar erst nach der Zuschlagsentscheidung verkündet werden.

Stellt die Zeitspanne zwischen der Bekanntmachung des Ausscheidungsgrundes und dem Zugang der Zuschlagsentscheidung bzw der Entscheidung über den Widerruf eine Verkürzung der Frist des § 321 BVergG dar, resultiert daraus gemäß § 320 Abs 2 BVergG die Berechtigung, die Ausscheidung zusammen mit der Entscheidung über den Zuschlag bzw des Widerrufs binnen deren diesbezüglicher Frist anzufechten<sup>139</sup>. Grundsätzlich beginnt der Zeitraum, indem das Ausscheiden angefochten werden muss, mit dessen Mitteilung gemäß § 321 Abs 1 BVergG zu laufen. Nun beginnt die Frist zur Antragshebung, vereinfacht formuliert, mit Kenntnisnahme von Zuschlags- oder Widerrufsentscheidung. Die gemeinsame Anfechtung kann somit im Rahmen eines Antrags erfolgen, der einmalig zu vergeben ist. Der Bieter hat bei Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und dem Ausscheiden seines Angebots das Antragsbegehren dahingehend zu konkretisieren, dass sowohl die Zuschlagsentscheidung, als auch sein

<sup>135</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2119.

<sup>136</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 187.

<sup>137</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) 2039.

<sup>138</sup> BVwG 31.01.2014, W139 2000171-1.

<sup>139</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2039.

Ausscheiden für nichtig zu erklären ist, andernfalls es ihm am notwendigen Rechtsschutzbedürfnis mangelt<sup>140</sup>.

Sofern die Mitteilungen nicht innerhalb Frist gemäß § 321 BVergG liegen, kann der Unternehmer gegen die zwei gesondert anfechtbaren Entscheidungen je einen separaten Nachprüfungsantrag verfassen. Dies hat grundsätzlich nur Bedeutung, wenn die Zuschlagsentscheidung nicht bereits durch eine einstweilige Verfügung abgewehrt wurde. Beide Anträge sind zu vergebühren, wobei für den zweiten Schriftsatz gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG nur eine 80 prozentige Gebühr anfällt. Die Bestandskraft der Ausscheidensentscheidung wird durch die fristgerechte Anfechtung entgegengewirkt. Der Bieter erhält sich dadurch die Möglichkeit weitere Entscheidungen mittels Antrages bekämpfen zu können<sup>141</sup>.

Ob einem auszuscheidenden oder bereits ausgeschiedenen Bieter, Rechtsschutz im Rahmen der Nachprüfungskontrolle zusteht, ist in der Lehre und Rechtsprechung umstritten. Ein Unternehmer, dessen Angebot mit Mängel behaftet ist, rechtfertigt dessen Ausscheidung. Den Nachweis eines Schadens gemäß § 320 Abs 1 Z 2 BVergG, der daraus resultiert, dass sein Angebot den Zuschlag nicht erhält, kann dieser Unternehmer nicht erbringen. Schließlich stehe ihm trotz Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, der Zuschlag aufgrund seines mangelhaften Angebots nicht zu<sup>142</sup>.

An dieser Stelle ist auf das Urteil "*Fastweb*" des EuGH hinzuweisen<sup>143</sup>. Sowohl das Angebot des Antragstellers, als auch das Angebot des Bieters, der den Zuschlag erhalten sollte, war mangelhaft und daher im Verfahren auszuscheiden. Der EuGH hat sich in diesem Zusammenhang mit der Frage beschäftigt, ob dem (auszuscheidenden) Bieter die Antragsberechtigung im Nachprüfungsverfahren zusteht. Die Frage wurde bejaht. Im Rahmen des Nachprüfungsantrags müsse auch geprüft werden, ob das Angebot des "zukünftigen" Zuschlagsempfängers mängelfrei sei. Laut EuGH muss jedenfalls dann eine inhaltliche Kontrolle im Nachprüfungsverfahren "nachgeholt" werden, wenn die Angebote bereits im Verfahren auszuscheiden gewesen wären<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 4.

<sup>141</sup> Vgl *Walther* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2039.

<sup>142</sup> Vgl *Walther* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) 2040.

<sup>143</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 3.

<sup>144</sup> EuGH 04.07.2013, C-100/12.

Gemäß § 131 Abs 1 BVergG hat der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung allen Bietern mitzuteilen, die nicht ausgeschieden sind (siehe dazu 2.3.1.)<sup>145</sup>. Hierzu zählen vor allem der Zuschlagsempfänger und alle Unternehmer, deren Ausscheiden noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Die Entscheidung ist insbesondere dann noch nicht rechtskräftig, wenn eine fristentsprechende Anfechtung möglich ist bzw das Nachprüfungsverfahren nicht beendet wurde<sup>146</sup>.

Dem Bieter ist in allen Fällen empfohlen, einen Antrag auf einstweilige Verfügung zu stellen und gemäß § 320 Abs 2 BVergG die möglicherweise bereits ergangene Zuschlagserteilung ("auf Verdacht") zu bekämpfen (Siehe dazu 2.3.2.5.). Denn aus einem Mitteilungsverstoß des Auftraggebers gemäß §§ 132 und 273 BVergG resultiert keine absolute Nichtigkeit. Der Verstoß könne demnach nur im Rahmen eines Feststellungsverfahrens vorgebracht werden<sup>147</sup>. Siehe dazu 2.3.2.6.

Der Nachprüfungsantrag entfaltet keine aufschiebende Wirkung im gegenständlichen Vergabeverfahren gemäß § 320 Abs 3 BVergG<sup>148</sup>. Eine aufschiebende Wirkung kommt Anträgen nur insoweit zu, als dies im Gesetz ausdrücklich normiert ist<sup>149</sup>.

Die Beantragung einstweiliger Verfügungen kann in manchen Fällen eine aufschiebende Wirkung auslösen<sup>150</sup>. Diese sind in § 328 Abs 5 BVergG aufgezählt. Die aufschiebende Wirkung erstreckt sich *ab Zugang der Verständigung vom Einlangen bis zur Entscheidung über den Antrag*. Das Antragsbegehren zielt dabei gemäß § 328 Abs 5 BVergG auf das Untersagen des Zuschlags, des Abschlusses der Rahmenvereinbarung, der Widerrufserklärung oder der *Unterlassung der Angebotsöffnung*, ab. Zusätzlich wird das Fortlaufen der Zuschlagsfrist während des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 112 Abs 4 und § 260 Abs 4 BVergG gehemmt<sup>151</sup>. Als Zuschlagsfrist wird gemäß § 112 BVergG die Zeitspanne zwischen Ablauf der Angebotsfrist und Zuschlagserteilung bezeichnet. Sie umfasst in der Regel höchstens fünf Monate. Der Unternehmer ist gemäß § 112 Abs 2 BVergG während der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden<sup>152</sup>. Siehe dazu 2.3.1. Der Auftraggeber hat aufgrund der Fortlaufshemmung im Nachprüfungsverfahren genügend Zeit für die Zuschlagserteilung. Dies hat jedoch keine Auswirkung auf die Stillhaltefrist. Sie läuft ohne Hemmung ab Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung<sup>153</sup>. Wäh-

<sup>145</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 5.

<sup>146</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2041.

<sup>147</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2042.

<sup>148</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 6.

<sup>149</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2044.

<sup>150</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 6.

<sup>151</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2044.

<sup>152</sup> Vgl Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 141.

<sup>153</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2044.

rend der Stillhaltefrist darf der Auftraggeber den Zuschlag nicht veranlassen, andernfalls die Entscheidung gemäß § 132 BVergG für nichtig zu erklären ist. Wurde die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und ist die Stillhaltefrist abgelaufen, kann der Auftraggeber den Vertrag mit dem ausgewählten Bieter abschließen<sup>154</sup>. Siehe dazu ebenso 2.3.1.

Das BVwG hat grundsätzlich die Pflicht gemäß § 320 Abs 4 BVergG ein gemeinsames Verfahren anzustreben, wenn von mehreren Beteiligten die gleiche Entscheidung angefochten wird<sup>155</sup>. Das Verfahren kann getrennt geführt werden, wenn dies im Sinne der Verfahrensökonomie zweckmäßig erscheint<sup>156</sup>.

Erfolgt eine Verfahrensverbindung, ist auf die Geheimhaltungspflicht besonders Bedacht zu nehmen<sup>157</sup>. Den Bietern wird grundsätzlich nur die Einsicht der Prüfung des eigenen Angebots gewährt, wenn keine zwingenden Gründe im Interesse der Allgemeinheit vorliegen, die auch eine Offenlegung von Unterlagen der anderen Unternehmer rechtfertigen würde<sup>158</sup>. Das Gericht hat im Hinblick auf ein faires Verfahren eine Abwägung vorzunehmen<sup>159</sup>.

#### 2.3.2.4.b Fristen und Präklusion

Nach dem System der sog "Präklusionsfristen" muss jeder Rechtsverstoß im Vergabeverfahren binnen der jeweiligen Anfechtungsfrist geltend gemacht werden, andernfalls der Rechtsanspruch erlischt (=Präklusion/Ausschluss)<sup>160</sup>. Bei einer angemessenen Anfechtungsfrist ist dieses System aus europarechtlicher Sicht jedenfalls zulässig<sup>161</sup>. Der Antrag wäre als unzulässig zurückzuweisen, wenn deren Rechtzeitigkeit durch entsprechende Angaben gemäß § 322 Abs 1 Z 8 BVergG nicht ermittelbar wäre<sup>162</sup>. Zu berücksichtigen ist, dass zu früh eingereichte Anträge als unzulässig zurück zuweisen sind<sup>163</sup>.

Wird eine Frist versäumt, erwachsen sowohl gesondert anfechtbare, als auch einem Verfahrensabschnitt zuvor getroffene, nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen in

<sup>154</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 159.

<sup>155</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2045.

<sup>156</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 7.

<sup>157</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 320 Rz 8.

<sup>158</sup> VwGH 25.01.2011, 2006/04/0238.

<sup>159</sup> VwGH 09.04.2013, 2011/04/0207.

<sup>160</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2046.

<sup>161</sup> EuGH 12.12. 2002, C-470/99.

<sup>162</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2047.

<sup>163</sup> VwGH 09.05.2001, 2001/04/0022.

Bestandkraft<sup>164</sup>. Die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers erlangt dann Rechtmäßigkeit. Weicht der Auftraggeber nun von diesen bestandkräftigen Entscheidungen ab, ist sein Verhalten "erneut" als rechtswidrig anzusehen<sup>165</sup>.

Mängel, die aufgrund des Fristablaufs nicht (mehr) vorgebracht werden können, sind auch im Zusammenhang mit anderen Rechtswidrigkeiten, die fristentsprechend geltend gemacht werden, im Nachprüfungsverfahren zu vernachlässigen<sup>166</sup>.

Die Fristen sind in § 321 BVergG normiert und stehen sowohl im Einklang mit der Verfassung, als auch mit den unionsrechtlichen Vorgaben. Die Zeitspanne umfasst in der Regel zehn Tage ab Bekanntwerden der Entscheidung. Die zehntägige Frist gilt auch für Anträge betreffend Entscheidungen, die auf elektronischem Weg oder per Telefax übermittelt werden<sup>167</sup>. Die Zustellung per Brief löst eine fünfzehntägige Zeitspanne aus. Angesichts der Vorgaben in § 43 Abs 1 und § 204 Abs 1 BVergG soll die briefliche Art der Mitteilung nur *in begründeten Ausnahmefällen* erfolgen<sup>168</sup>. Im Unterschwellenbereich ist gemäß § 321 Abs 2 BVergG eine siebentägige Anfechtungsfrist vorgesehen, sofern der Anfechtungsgegenstand nicht eine freiwillig veröffentlichte Entscheidung gemäß § 55 Abs 5 oder 219 Abs 5 BVergG darstellt. Die Anfechtungsfrist bei Direktvergaben beträgt gemäß § 321 Abs 3 BVergG ebenfalls sieben Tage, die ausnahmsweise mit der möglichen Kenntnisnahme der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu laufen beginnt<sup>169</sup>.

Für die Fristen sind die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des AVG zu beachten. Aufgrund § 32 Abs 1 AVG ist der Tag, an welchem die Entscheidung abgesendet wurde oder deren erstmalige Bekanntmachung verfügbar ist, nicht mit einzuberechnen<sup>170</sup>.

Gemäß § 321 Abs 4 BVergG besteht im Nachprüfungsverfahren eine Sonderregelung für die Kontrolle der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, als auch für das Aufgebot zur Abgabe des Teilnahmeantrages, wonach in bestimmten Fällen eine Fristenverlängerung möglich ist<sup>171</sup>.

Wird die betreffende Frist versäumt, könnte der Rechtsschutzsuchende allenfalls das außerordentliche und antragsbedürftige Rechtsmittel der "*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*" gemäß § 33 Abs 1 VwGVG geltend machen<sup>172</sup>. Die Bewilligung durch das

<sup>164</sup> Vgl. Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2047.

<sup>165</sup> Vgl. Schwartz in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 2 Rz 70.

<sup>166</sup> EuGH 08.05.2014, C-161/13.

<sup>167</sup> Vgl. Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2048.

<sup>168</sup> Vgl. Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2049.

<sup>169</sup> Vgl. Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2048.

<sup>170</sup> Vgl. Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2050.

<sup>171</sup> Vgl. Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2053.

<sup>172</sup> Vgl. Binder/Trauner, Öffentliches Recht - Grundlagen<sup>3</sup> (2014) 344.

BVwG erfolgt, wenn mangelndes Verschulden auf Seiten des Antragstellers bezüglich des Nichteinhaltens der Frist vorgebracht werden kann. Es obliegt der betroffenen Partei, die Verhinderung des Fristenlaufs durch ein unvorhersehbares oder unabwendbares Ereignis glaubhaft zu machen. Der Partei erwächst ein Rechtsnachteil, da Auftraggeberentscheidungen nicht (mehr) angefochten werden können. Ob ein möglicher Nachprüfungsantrag erfolgreich ist, kann für die Rechtsmittellegitimation außer Betracht gelassen werden<sup>173</sup>. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist ab Wegfall des Hindernisses binnen zwei Wochen beim BVwG einzubringen. Das Gericht kann dem Antrag gemäß § 33 Abs 4 letzter Satz VwGVG aufschiebende Wirkung zusprechen. Der Nachprüfungsantrag ist sodann von der Partei einzureichen<sup>174</sup>.

#### 2.3.2.4.c Inhalt und Zulässigkeit

Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 13 Abs 1 AVG in Schriftform während der Amtszeiten einzubringen<sup>175</sup>. Ein Samstag zählt nicht als Werktag<sup>176</sup>. Die Praxis zeigt, dass per Email eingereichte Anträge nicht zurückgewiesen werden<sup>177</sup>. In § 322 Abs 1 Z 1 bis 8 BVergG werden die inhaltlichen Erfordernisse aufgezeigt<sup>178</sup>. Die Darstellung erfolgt demonstrativ. Es wird beispielhaft ausgeführt, welche Angaben der Antrag jedenfalls zu enthalten hat<sup>179</sup>.

Gemäß § 322 Abs 1 Z 1 BVergG muss das gegenständliche Vergabeverfahren und die angefochtene Entscheidung genau bezeichnet werden<sup>180</sup>. Die fehlende Bezeichnung kann den Antrag verbesserungsfähig machen. Der Form wird entsprochen, wenn aus dem Antrag hervorgeht, auf welches Vergabeverfahren Bezug genommen wird<sup>181</sup>. Ebenso muss gemäß § 322 Abs 1 Z 2 BVergG der Auftraggeber und Antragsteller, sowie deren Faxnummer oder elektronische Adresse und eine umfangreiche Schilderung des maßgeblichen Sachverhalts, wonach das Interesse am Vertragsabschluss und der Name des Bieters, dem der Zuschlag zukommt (Z 3), angeführt werden. Der drohende oder bereits erwachsene Schaden (Z 4), die Verletzung des subjektiven Rechts der Partei (Z 5) und die Gründe, die die Rechtswidrigkeit der Entscheidung darlegen (Z 6), bil-

<sup>173</sup> Vgl. *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2084.

<sup>174</sup> Vgl. *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2085.

<sup>175</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2090.

<sup>176</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2092.

<sup>177</sup> zB BVwG 06.08.2014, W123 2009469-1.

<sup>178</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 322 Rz 1*.

<sup>179</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2093.

<sup>180</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 322 Rz 3*.

<sup>181</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2094.

den den Hauptbestandteil des Nachprüfungsantrages. Der Antrag muss zudem gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung abzielen. Wie oben bereits ausgeführt, müssen gemäß § 322 Abs 1 Z 8 BVergG Angaben getroffen werden, die auf die Rechtzeitigkeit des Antrages schließen lassen<sup>182</sup>.

Es muss jener Auftraggeber benannt werden, von dem die zu kontrollierende Entscheidung stammt. Das Gericht hat im Rahmen ihrer Kontrolle vorrangig zu prüfen, ob der jeweilige Auftraggeber vom Antragsteller auch richtig bezeichnet wurde<sup>183</sup>.

Ist die Bezeichnung ungenau oder mehrdeutig, kann eine Verbesserung des Mangels iSv § 13 Abs 3 AVG erfolgen. Sofern eine Person explizit als Auftraggeber genannt wird, dies aber in Wahrheit nicht zutrifft, ist der Antrag nicht verbesserungsfähig und als unzulässig zurückzuweisen<sup>184</sup>.

Zudem muss dem Auftraggeber die rasche Verständigung des jeweiligen Antragstellers möglich sein. Diesem Erfordernis wird entsprochen, wenn die Informationen aus den Antragsunterlagen hervorgehen<sup>185</sup>.

Wird die Zuschlagsentscheidung angefochten, ist gemäß § 322 Abs 1 Z 3 BVergG der Bieter zu nennen, dem der Zuschlag zukommen wird<sup>186</sup>. Diesem Erfordernis wird ebenfalls dadurch entsprochen, dass sich aus den Unterlagen der sog präsumtive Zuschlagsempfänger bestimmen lässt<sup>187</sup>. Dieser Bieter ist gemäß § 323 Abs 4 und 6 BVergG vom Gesuch des Nachprüfungsantrages und des Bevorstehens einer mündlichen Verhandlung durch das Gericht in Kenntnis zu setzen. Von dieser Bestimmung kann immer dann Abstand genommen werden, wenn dem Antragsteller der Name des Bieters unbekannt ist, weil ihm die Zuschlagsentscheidung nicht berichtet wurde. Die Mitteilung unterbleibt beispielsweise im Falle der Ausscheidung. Will der Bieter nun seine Ausscheidung bekämpfen, verbleibt er damit im Verfahren. Der zuschlagsempfängende Bieter ist ihm namenlos<sup>188</sup>.

Die Nachprüfung des BVwG erstreckt sich nur auf die angeführten Beschwerdepunkte des Antrags. Diese zeigen Verstöße des materiellen Vergaberechts auf<sup>189</sup>. Das Gericht

<sup>182</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 198.

<sup>183</sup> VwGH 15.09.2011, 2005/04/0060.

<sup>184</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2095.

<sup>185</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup>* § 322 Rz 4.

<sup>186</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2096.

<sup>187</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup>* § 322 Rz 5.

<sup>188</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2096.

<sup>189</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2098.



ist an das diesbezügliche Begehren gebunden<sup>190</sup>. Die Beimessung einer Bedeutung durch das BVwG, dessen Gehalt dem Antrag nicht unterstellt werden kann, ist aufgrund fehlender rechtlicher Grundlage unzulässig<sup>191</sup>. Beispielhaft sind folgende Begehren verfehlt: "Antrag auf Auftragserteilung", „Antrag auf Abänderung der Zuschlagsentscheidung“ oder "Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidung, der Antragstellerin den Zuschlag nicht zu erteilen“. Das Gericht muss stets im Einzelfall ermitteln, ob sich die Partei lediglich in der Ausdrucksweise vergriffen hat oder ein verfehltes Vorbringen begehrt wurde. Die Auflistung mehrerer Eventualbegehren ist durchaus üblich<sup>192</sup>.

Die genaue Gesetzesstelle hat der Antragsteller nicht anzuführen. Im Rahmen der vorgebrachten Beschwerdepunkte greift das Gericht von Amts wegen alle Rechtswidrigkeiten auf, die nicht bereits präkludiert sind<sup>193</sup>. Dahingehend ist es ausreichend, wenn das gesamte Vorbringen auf die Rechtswidrigkeiten schließen lässt. Bei Fehlbezeichnung des Beschwerdepunkts muss kein Verbesserungsauftrag gemäß § 13 Abs 3 AVG ergehen, wenn der Nachprüfungsantrag in seiner Gesamtheit eine Ableitung der behaupteten Beschwerdepunkte zulässt<sup>194</sup>.

Mit Fristablauf endet auch die Möglichkeit weitere Beschwerdepunkte geltend zu machen<sup>195</sup>. Werden in einem späteren Vorbringen neue Gründe genannt, die sich im Rahmen der bereits dargelegten Beschwerdepunkte bewegen, hat das BVwG darauf Rücksicht zu nehmen und von Amts wegen alle (subjektiven) Rechtswidrigkeiten zu ermitteln, die zwar vom Antragsteller nicht ausdrücklich angeführt wurden, aber im Ausmaß der dargelegten Beschwerdepunkte Deckung finden<sup>196</sup>. Insofern ist auf die differenzierte Terminologie der "Beschwerdepunkte " und der "Beschwerdegründe" besondere Rücksicht zu nehmen.

Auszugsweise können die Beschwerdepunkte wie folgt lauten: "*Recht auf Einhaltung des Vergaberechtsregimes*", „*Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens und auf Gleichbehandlung der Bieter*“. Die Formulierung ist also möglichst weit anzustellen. Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG nur dann

---

<sup>190</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 322 Rz 8.

<sup>191</sup> VwGH 24.01.2001, 2001/04/0004.

<sup>192</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2100.

<sup>193</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2098.

<sup>194</sup> VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127.

<sup>195</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2098.

<sup>196</sup> VwGH 27.11.2003, 2003/04/0069.

erfolgreich, wenn die Beseitigung der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten, den Ausgang des Verfahrens, wesentlich beeinflussen kann. Daher ist dem Antragsteller geraten, die Kausalität zwischen rechtswidriger Anwendung der vergaberechtlichen Vorgaben und potenzieller Zuschlagseignung darzulegen<sup>197</sup>.

Bestimmungen des AVG gelangen gemäß § 311 BVergG im Vergabeverfahren subsidiär zur Anwendung, wobei die §§ 1 bis 5 und der IV. Teil des AVG ausgenommen sind. Ist der Nachprüfungsantrag mangelhaft, resultiert daraus keine unmittelbare Befugnis des BVwG, diesen als unzulässig zurückzuweisen. Die Behörde hat dem Antragsteller gemäß § 13 Abs 3 AVG die Verbesserung binnen angemessener Frist zu gewähren<sup>198</sup>. Die rechtzeitige Beseitigung des Mangels bewirkt die ursprüngliche Richtigkeit des Einbringens<sup>199</sup>. Kommt der Antragsteller dem Verbesserungsauftrag nicht fristgerecht und vollumfänglich nach, ist der Antrag zurückzuweisen<sup>200</sup>. Als Mängel im Sinne des § 13 Abs 3 AVG werden insbesondere Formwidrigkeiten, wie fehlende Beilagen und das Nichtanführen der gesetzlichen Mindestangaben gemäß § 322 Abs 1 BVergG bezeichnet<sup>201</sup>.

Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 322 Abs 2 BVergG in jedem Fall unzulässig, wenn er sich auf eine Entscheidung bezieht, die nicht gesondert anfechtbar ist (Z 1), die Antragsfrist gemäß § 321 BVergG verabsäumt wird (Z 2) oder die Gebühr trotz Aufforderung nicht vorschriftsgemäß bezahlt wurde (Z 3)<sup>202</sup>. § 322 Abs 2 BVergG stellt keine abschließende Regelung der Unzulässigkeitsgründe dar<sup>203</sup>.

Parteien im Nachprüfungsverfahren sind der Antragsteller, der Auftraggeber und Unternehmer, die durch die gewünschte Entscheidung des Antragstellers in rechtlich gesicherten Interessen negativ betroffen sein könnten<sup>204</sup>. Die Unternehmer müssen jedenfalls am Vertragsabschluss interessiert sein<sup>205</sup>. Den Parteien kommen im Verfahren fundamentale Rechte zu. Die Parteistellung eröffnet beispielsweise das Recht zur Verhandlung geladen und angehört zu werden, Akteneinsicht vorzunehmen und die ergehenden

<sup>197</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2098.

<sup>198</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2102.

<sup>199</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 322 Rz 1*.

<sup>200</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 322 Rz 2*.

<sup>201</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2102.

<sup>202</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2103.

<sup>203</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2104.

<sup>204</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2107.

<sup>205</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 324 Rz 3*.

Entscheidung des BVwG zu erhalten<sup>206</sup>. Wird die Zuschlagsentscheidung angefochten, so ist gemäß § 324 Abs 2 BVergG auch der dafür in Betracht gezogene Bieter "Partei" im Verfahren<sup>207</sup>. Dieser wird auch als sog "präsumtiver Zuschlagsempfänger" bezeichnet<sup>208</sup>. Der Verlust der Parteistellung resultiert gemäß § 324 Abs 3 BVergG aus der Nichterhebung von Einwänden gegen die vom Antragsteller angeführten Beschwerdepunkte<sup>209</sup>. Der zehntägige Fristenlauf hierfür beginnt ab Bekanntgabe der Verfahrenseinführung bzw ab Zugang der Zuschlagsentscheidung. Ist die Frist nicht verstrichen und findet die mündliche Verhandlung bereits vorher statt, so sind die Einwände (spätestens) während der Verhandlung vorzubringen<sup>210</sup>.

Wird die Frist durch den Auftraggeber (irrtümlich) zu lange bemessen, ist das objektiv verspätete Einbringen des Antrags durch den Unternehmer nicht schädlich. Seine Parteistellung bleibt bestehen. Insofern kann er auf die Angaben des Auftraggebers vertrauen<sup>211</sup>.

Wird ein Nachprüfungsantrag beim BVwG eingebracht, so erfolgt gemäß § 323 Abs 1 BVergG eine Bekanntgabe im Internet unter "www.bvwg.gv.at/amtstafel"<sup>212</sup>. Bei Nichteinhaltung der Verständigungspflichten durch das BVwG gemäß § 323 BVergG, insbesondere wenn der Antragsgegner nicht von der Anberaumung der mündlichen Verhandlung erfährt, tritt die oben beschriebene Präklusion (=Verlust der Parteistellung) nicht ein<sup>213</sup>. Dem Auftraggeber treffen keine Mitteilungspflichten im Nachprüfungsverfahren<sup>214</sup>. Die Internetkundgabe muss gemäß § 323 Abs 2 BVergG jedenfalls den Auftraggeber, das einschlägige Verfahren und die gesondert anfechtbare Entscheidung, wie im Nachprüfungsantrag bezeichnet, beinhalten. Ebenso ist auf die Folgen der Präklusion gemäß § 324 Abs 3 BVergG hinzuweisen<sup>215</sup>.

Da der Nachprüfungsantrag auf die Nichtigkeit der begehrten Punkte abzielt, können nur Entscheidungen des Auftraggebers bekämpft werden, die gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG gesondert anfechtbar im Sinne des § 2 Z 16 BVergG sind<sup>216</sup>. Siehe dazu 2.3.2.4.d.

<sup>206</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 324 Rz 1/1.

<sup>207</sup> VfGH 10.12.2001, B546/00.

<sup>208</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2107.

<sup>209</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 324 Rz 7.

<sup>210</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 324 Rz 6.

<sup>211</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 324 Rz 7.

<sup>212</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2108.

<sup>213</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 324 Rz 7.

<sup>214</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2110.

<sup>215</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2109.

<sup>216</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2113.

Unterlassungen sind nur dann gesondert anfechtbar, wenn sie ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis veranlassen<sup>217</sup>. Als Beispiel kann hier das Unterlassen einer begehrten Berichtigung von Ausschreibungsunterlagen genannt werden. Die Mitteilung des Auftraggebers, diese Unterlagen nicht richtig zu stellen, kann auch als aktives Tun gewertet werden und ist daher jedenfalls gesondert anfechtbar<sup>218</sup>.

Da im Vergaberecht auch der Grundsatz der Privatautonomie Anwendung findet, ist der Auftraggeber befugt, erklärte Entscheidungen auch wieder zurückzunehmen<sup>219</sup>. Deshalb stellt die Zuschlagsentscheidung (wie oben bereits erwähnt) eine unverbindliche Absichtserklärung gemäß § 2 Z 49 BVergG dar, die durch eine spätere "verdrängt" werden kann<sup>220</sup>.

Wird eine Entscheidung während eines Nachprüfungsverfahrens vom Auftraggeber zurückgenommen, etwa weil sie sehr wahrscheinlich mit Nichtigkeit behaftet ist, fehlt es an einer anfechtbaren Bestimmung. Eine "nicht mehr vorhandene Entscheidung" kann auch nicht vom Gericht für nichtig erklärt werden. Das Abgehen von einer Zuschlagsentscheidung hat bloß zivilrechtliche Konsequenzen (vgl § 918 ABGB ff). Ein beendetes Vergabeverfahren wird dadurch nicht wieder aufgenommen<sup>221</sup>. Die Widerrufserklärung darf hingegen nicht zurückgenommen werden<sup>222</sup>.

#### **2.3.2.4.d Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen als Erfordernis der Nachprüfung**

Das Vergabeverfahren teilt sich in Abschnitte, die je mit gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Auftraggebers enden. Sie werden bekannt gemacht und bildet die Grundlage für die Anfechtung und Präklusion<sup>223</sup>. In § 2 Z 16 lit a BVergG erfolgt eine abschließende (taxative) Darstellung der Entscheidungen des Auftraggebers, die gesondert anfechtbar sind<sup>224</sup>. Maßgeblich hierfür ist ebenso die einschlägige Art des Vergabeverfahrens<sup>225</sup>. Die Bestimmungen, welches Vergabeverfahren vom jeweiligen Auftraggeber durchzuführen ist, lässt sich aus § 25 ff BVergG entnehmen<sup>226</sup>. Unter "nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen" versteht man gemäß § 2 Z 16 lit b BVergG

<sup>217</sup> VfGH 02.03.2002, B691/01.

<sup>218</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2115.

<sup>219</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2117.

<sup>220</sup> Vgl *Schwartz in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 2 Rz 214.

<sup>221</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2117.

<sup>222</sup> VwGH 26.04.2007, 2005/04/0222.

<sup>223</sup> Vgl *Schwartz in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 2 Rz 68.

<sup>224</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2121.

<sup>225</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2123.

<sup>226</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 51.

alle übrigen Bestimmungen, die den gesondert anfechtbaren zeitlich vorangehen<sup>227</sup>.  
Siehe dazu ebenso 2.3.2.4.c.

Die überwiegende Ansicht bezeichnet das Konzept des § 2 Z 16 BVerG als Nachprüfungsangelegenheit im Sinne des Art 14b Abs 3 B-VG. In Folge dessen ist es den Ländern vorbehalten, eine abweichende Regelung davon zu treffen<sup>228</sup>.

Bei Fristablauf erwächst die fehlerhafte Art des Vergabeverfahrens in Bestandskraft. Dies ist insbesondere zutreffend für die Direktvergabe gemäß § 2 Z 16 lit a sublit nn BVerG und die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 2 Z 16 lit a sublit oo BVerG. Bei den übrigen Verfahrensarten gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa bis mm BVerG muss die falsche Verfahrensart mit der folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden<sup>229</sup>.

### **Im Folgenden wird das Regelungssystem des § 2 Z 16 lit a BVerG vollumfänglich dargestellt.**

Im **offenen Verfahren** sind gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVerG die Ausschreibung, sonstige Festlegungen innerhalb der Angebotsfrist, das Ausscheiden des Angebots, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar<sup>230</sup>.

Nicht eindeutig geklärt ist, ob Zuschlagsentscheidungen des Auftraggebers wirksam und somit anfechtbar sind, wenn sie gegen interne Vorgaben verstoßen<sup>231</sup>. Das damalige BVA beurteile die Wirksamkeit der Zuschlagsentscheidung danach, ob die organisatorischen Voraussetzungen eingehalten wurden<sup>232</sup>. Im Ergebnis wird die Zuschlagsentscheidung aber als "Erklärung ohne rechtsgeschäftlichen Willen" verstanden, weshalb ein Verstoß gegen interne Regeln, als unerheblich für dessen Wirksamkeit argumentiert wurde. Sie ist demnach gesondert anfechtbar<sup>233</sup>. Eine andere Auffassung nimmt auf Vorschriften des Stellvertretungsrechts im Sinne des ABGB Bezug und beruft sich insbesondere auf die Regeln der Anscheinsvollmacht. Bieten ist die Wahrnehmung nahezu unmöglich, ob die Zuschlagsentscheidung möglicherweise gegen eine interne Vorschrift verstößt. Wird ein "internes Dürfen" überschritten, soll trotzdem im Hinblick

<sup>227</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2121.

<sup>228</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> 194.

<sup>229</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2124.

<sup>230</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2126.

<sup>231</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2130.

<sup>232</sup> BVA 09.04.2004, 15N-17/04-40.

<sup>233</sup> VwGH 27.01.2006, 2005/04/0202.

auf den Vertrauensgrundsatz die Berechtigung zur Anfechtung der Zuschlagsentscheidung vorliegen. Wird eine Mitteilung ausdrücklich unter Vorbehalt formuliert, dass der beste Bieter noch nicht ermittelt wurde, finden die Regeln über die Anscheinsvollmacht keine Anwendung<sup>234</sup>.

Der Anfechtung zugänglich sind auch solche Zuschlagsentscheidungen, die Übermittlungsfehler oder fehlenden Informationen aufweisen<sup>235</sup>. Bei Nichtbenennung des obsiegenden Bieters entfaltet die Zuschlagsentscheidung keine Rechtswirkungen<sup>236</sup>.

Welche Bezeichnung der Auftraggeber für die Zuschlagsentscheidung wählt, ist unerheblich<sup>237</sup>. Ein "Vergabevorschlag" stellt beispielsweise eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers dar<sup>238</sup>.

Gleichermaßen ist bei der sog Ausscheidensentscheidung auf den objektiven Empfängerhorizont abzustellen, ob das Ausscheiden des Angebots nun als gesondert anfechtbare Entscheidung iSv § 2 Z 16 lit a BVergG beseitigt werden kann oder nicht. Führt die Entscheidung keine rechtliche Grundlage an, ist dies vernachlässigbar. Zu beachten ist, dass die Gründe, die zum Ausscheiden des Angebots geführt haben, dem Bieter gemäß § 129 Abs 3 BVergG bekannt gemacht werden müssen, andernfalls die Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären ist<sup>239</sup>.

**Im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit bb BVergG** die *Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung* gesondert anfechtbar<sup>240</sup>.

Ein Nachprüfungsantrag, der die Ausschreibungsentscheidung anfecht, ist gemäß § 321 Abs 4 BVergG binnen sieben Tagen *vor Ablauf der auferlegten Angebotsfrist* (wenn diese Frist mit mehr als 17 Tage bemessen ist) einzubringen. Wird die "Aufforderung zur Angebotsabgabe" bekämpft, ist zu differenzieren<sup>241</sup>. Die übliche Frist des § 321 Abs 1

<sup>234</sup> Vgl Küchli in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 131 Rz 3.

<sup>235</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2132.

<sup>236</sup> Vgl Küchli in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 131 Rz 8.

<sup>237</sup> VwGH 27.01.2006, 2005/04/0202.

<sup>238</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2133.

<sup>239</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2134.

<sup>240</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2135.

<sup>241</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2136.

und 2 BVergG kommt dann zur Anwendung, wenn nicht der Inhalt der Ausschreibung, sondern bloß die Aufforderung dazu bestritten wird. Die speziellere Frist gemäß § 321 Abs 4 BVergG ist anwendbar, wenn die zugestellten Unterlagen "inhaltlich" als Ausschreibung zu verstehen sind, weil etwa bereits Kriterien hinsichtlich Auswahl und Leistung getroffen wurden<sup>242</sup>.

Der Auftraggeber hat im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb den besten Bewerber unter Zuhilfenahme seiner Auswahlkriterien zu bestimmen. Jene Bewerber, die kein Angebot stellen dürfen, sind von dieser Entscheidung gemäß § 103 Abs 7 und § 252 Abs 7 BVergG zu benachrichtigen. Hierbei handelt es sich um die oben angesprochene "Nicht-Zulassung zur Teilnahme", die in § 2 Z 16 lit a sublit bb und dd BVergG Deckung findet und keine Ausscheidensentscheidung ist, sondern eine eigenständige Grundlage für eine Anfechtung bildet. Der Antragsteller kann nur seine Nicht-Zulassung bekämpfen. Die Vorgangsweise des Auftraggebers, einen Bewerber trotz Ungeeignetheit auszuwählen und ihn nicht sogleich auszuschneiden, kann nur in Verbindung mit der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht werden. Ebenso müssen gemäß § 103 Abs 7 BVergG nur die Gründe genannt werden, die zur Nicht-Zulassung geführt haben. Warum den anderen Unternehmern der Vorzug gebührt, muss nicht erläutert werden<sup>243</sup>.

**Im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb** sind gemäß § 2 Z 16 lit a sublit cc BVergG *die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung* gesondert anfechtbar<sup>244</sup>.

Die Ausschreibung bildet im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren keine Grundlage für eine Anfechtung. Die Entscheidung kann nur gemeinsam mit der "Aufforderung zur Angebotsabgabe" vorgebracht werden. Bezieht sich der Prüfgegenstand auf den Inhalt der Entscheidung, ist § 321 Abs 4 BVergG einschlägig<sup>245</sup>. Andernfalls die Frist gemäß § 321 Abs 1 und 2 BVergG zur Anwendung gelangt<sup>246</sup>. Der Auftraggeber muss die Bewerberauswahl nicht bekanntgeben. Mangels Außenwirkung ist daher die

---

<sup>242</sup> VwGH 22.06.2011, 2007/04/0037.

<sup>243</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2137.

<sup>244</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2138.

<sup>245</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2139.

<sup>246</sup> VwGH 21.01.2014, 2011/04/0003.

Nicht- Zulassung des Unternehmers als Entscheidung nicht gesondert anfechtbar. Es besteht bloß die Option ein Feststellungsverfahren § 312 Abs 3 Z 3 BVerG einzuleiten<sup>247</sup>. Siehe dazu 2.3.2.6.

Im **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung** bzw **nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVerG** sind die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht- Zulassung zur Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar<sup>248</sup>.

Bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sind die Bewerber über die Auswahl des Auftraggebers gemäß § 103 Abs 7 und § 252 Abs 7 BVerG zu verständigen, weshalb die Entscheidung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme in diesem Zusammenhang bekämpfbar ist. Den Anfechtungsgegenstand bildet dabei das eigene Ausscheiden<sup>249</sup>.

Gemäß § 105 Abs 2 und § 254 Abs 2 BVerG kann ein Verfahren mehrere Phasen durchlaufen, in denen die Angebote der Bieter, aufgrund der festgelegten Zuschlagskriterien, reduziert werden (sog "short-listing"). Die Bieter können diese Entscheidung als "sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist" anfechten. Wird ein Unternehmer zu weiteren Verhandlungen eingeladen, ist diese Entscheidung ebenso bestreitbar<sup>250</sup>. Gemäß § 105 Abs 2 S 4 BVerG besteht keine Verpflichtung des Auftraggebers vom "*short-listing*" Gebrauch zu machen<sup>251</sup>.

Im **Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung** bzw **ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit ee BVerG** die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar<sup>252</sup>.

Im **offenen Wettbewerb** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit ff BVerG** die Ausschreibung, die Widerrufsentscheidung und die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes

<sup>247</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2140.

<sup>248</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2141.

<sup>249</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2142.

<sup>250</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2143.

<sup>251</sup> Vgl Pallitsch in Schwartz, BVerG 2006<sup>2</sup> § 105 Rz 6.

<sup>252</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2144.



bzw der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren gesondert anfechtbare Entscheidungen des Auftraggebers<sup>253</sup>.

Es ist anzumerken, dass im Zuge von sog Ideenwettbewerben gemäß § 155 Abs 9 BVergG die Entscheidung erfolgt, wessen Teilnehmer ein Preisgeld zukommen oder eine Zahlung erhalten soll. Diese Entscheidung ist gesondert anfechtbar<sup>254</sup>. Die Durchführung einer Verhandlung findet nicht statt, weshalb die Nicht-Zulassung zur Teilnahme auch nicht angefochten werden kann. Im Rahmen der Realisierungswettbewerbe gemäß § 155 Abs 10 BVergG bildet hingegen die Nicht-Zulassung zur Teilnahme und die Zusammenstellung des Preisgerichts aufgrund des Stattfindens einer Verfahrensverhandlung eine taugliche Anfechtungsgrundlage. Die übrigen gesondert anfechtbaren Entscheidungen sind in § 2 Z 13 lit a sublit ee BVergG normiert<sup>255</sup>.

Trifft das Preisgericht im Rahmen der Wettbewerbe Entscheidungen, sind diese kein Gegenstand der Anfechtung, da die Nichtigerklärung gemäß § 325 Abs 1 BVergG nur im Hinblick auf *Entscheidungen des Auftraggebers* möglich ist<sup>256</sup>.

Im **nicht offenen Wettbewerb** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit gg BVergG** die Ausschreibung, die Nicht- Zulassung zur Teilnahme, die Widerrufsentscheidung und die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren (Auswahlentscheidung gemäß § 154 Abs 5 BVergG) gesondert anfechtbar<sup>257</sup>.

Im **geladenen Wettbewerb** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit hh BVergG** die Wettbewerbsunterlagen, die Widerrufsentscheidung und die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw der Zahlungen oder die Nichtzulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren gesondert anfechtbar<sup>258</sup>.

Im offenen als auch im nicht offenen Wettbewerb wird der Terminus "Ausschreibung" gewählt. Im geladenen Wettbewerb bilden sog "Wettbewerbsunterlagen" den Anfechtungsgegenstand. Die "Ausschreibung" besitzt jedenfalls Außenwirkung, die im geladenen Wettbewerb hingegen nicht stattfindet<sup>259</sup>. Wird ein (geladener) Wettbewerb durchgeführt, obwohl dies nicht im Einklang mit den vergaberechtlichen Vorschriften steht,

<sup>253</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2147.

<sup>254</sup> Vgl Pallitsch in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 155 Rz 16.

<sup>255</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2149.

<sup>256</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2150.

<sup>257</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2153.

<sup>258</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2154.

<sup>259</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2155.

beispielsweise weil der Verfahrensgegenstand im Oberschwellenbereich angesiedelt ist, kann der Rechtsverstoß im Rahmen der Anfechtung der Wettbewerbsunterlagen vorgebracht werden<sup>260</sup>.

Bei der **Rahmenvereinbarung** iSd § 25 Abs 7 BVergG, sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit ii BVergG**, 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 und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar<sup>261</sup>.

Wird eine Rahmenvereinbarung mit einem oder mehreren Unternehmern abgeschlossen, resultiert daraus eine Entscheidung, die gesondert anfechtbar ist. In diesem Zusammenhang wird nicht von einer Zuschlagsentscheidung gesprochen, sondern der Fachbegriff "Auswahlentscheidung" gewählt<sup>262</sup>. Verwechselt der Antragsteller die beiden Begriffe, gilt der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*, der Antrag wird als zulässig erachtet<sup>263</sup>. Die "Bekanntgabe der Auswahlentscheidung zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung" muss den unberücksichtigten Bietern gemäß § 151 Abs 3 BVergG zugehen<sup>264</sup>. Außerdem muss eine Stillhaltefrist eingehalten werden, die vor Rahmenvereinbarungsabschluss zu laufen beginnt. Dies verhindert, dass Leistungen aus der möglicherweise rechtswidrigen Rahmenvereinbarung beansprucht werden<sup>265</sup>.

Ein Wettbewerbsaufruf ist bekämpfbar, sofern nicht eine Rahmenvereinbarung ohne neuerlichen Aufruf gemäß § 152 Abs 4 Z 1 BVergG durchgeführt wurde<sup>266</sup>.

Es steht gemäß § 131 Abs 2 Z 3 BVergG im Ermessen des Auftraggebers, ob er die Zuschlagsentscheidung in der Spannweite der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems bekanntgibt. Wird nun von dieser Freiwilligkeit der Offenlegung der Zuschlagsentscheidung Gebrauch gemacht, kann eine Entscheidungsanfechtung

<sup>260</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2156.

<sup>261</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2157.

<sup>262</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2158.

<sup>263</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2159.

<sup>264</sup> Vgl Pallitsch in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 151 Rz 12.

<sup>265</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2158.

<sup>266</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2160.

tung stattfinden. Beim Unterlassen der Mitteilung ist im Rahmen eines umfänglichen Rechtsschutzes nur noch die Einleitung eines Feststellungsverfahrens möglich<sup>267</sup>.

Bei der **Rahmenvereinbarung** gemäß § 192 Abs 7 BVergG sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit jj BVergG** hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit aa bis ee oder nn mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung, die Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar<sup>268</sup>.

Gemäß § 197 Abs 3 BVergG muss die Nachricht, welche Unternehmer an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind, den unberücksichtigten Bietern mitgeteilt werden. Die Stillhaltfrist muss auch der Auftraggeber im Sektorenbereich gemäß § 197 Abs 4 BVergG beachten<sup>269</sup>.

Bei **dynamischen Beschaffungssystemen** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit kk BVergG** hinsichtlich des zum Abschluss des dynamischen Beschaffungssystems führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit aa mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung, die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, die gesonderte Aufforderung zur Angebotsabgabe, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar<sup>270</sup>.

In diesem Zusammenhang wird nicht von "Zuschlagsentscheidung" gesprochen, sondern von einer "Zulassung" oder "Nicht-Zulassung". Die Bekanntgabe, dass eine Beschaffung erfolgt (Ausschreibung) und die darauf basierenden Ausschreibungsunterlagen, bilden den Anfechtungsgegenstand des Nachprüfungsantrages<sup>271</sup>. Erhält ein Teilnehmer keine Zulassung und wird er nicht zu einer Angebotsabgabe aufgefordert, können beide Entscheidung für sich genommen eine Nachprüfungsantrag rechtfertigen<sup>272</sup>.

Bei dem **wettbewerblichen Dialog** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit ll BVergG** die Ausschreibung, die Nicht-Zulassung zur Teilnahme, die Aufforderung zur Teilnahme, die Nichtberücksichtigung einer Lösung in der Dialogphase, der Abschluss der Dialogphase,

<sup>267</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2161.

<sup>268</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2162.

<sup>269</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2163.

<sup>270</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2164.

<sup>271</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2165.

<sup>272</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2167.

die Aufforderung zur Angebotsabgabe, das Ausscheiden eines Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar<sup>273</sup>.

Für die Ausschreibungsentscheidung des Auftraggebers ist die längere Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs 4 BVergG anwendbar<sup>274</sup>. Die Ablehnung der Bewerber zur Teilnahme ist gemäß § 160 Abs 7 BVergG bekanntzugeben. Die Publizität dieser Mitteilung ermöglicht eine gesonderte Anfechtbarkeit. Die Zulassung und das Nichtausscheiden der anderen Bewerber kann dabei nicht Gegenstand des Nachprüfungsantrages sein<sup>275</sup>. Im Rahmen der "Aufforderung zur Teilnahme" erfolgt gemäß § 160 Abs 9 BVergG die Bekanntgabe der genauen Auftragsbeschreibung. Diese Unterlagen kommen den Ausschreibungsunterlagen der anderen Vergabeverfahren gleich<sup>276</sup>.

Fordert der Auftraggeber gemäß § 161 Abs 5 BVergG die Teilnehmer auf, verschiedene Lösungswege darzustellen, werden diese später aber nicht berücksichtigt, kann die Nichtberücksichtigung, als Entscheidung des Auftraggebers mittels Nachprüfungsantrages gesondert angefochten werden<sup>277</sup>. Außerdem findet eine Kundmachung der Lösungsvorschläge statt. Dadurch wird den Teilnehmern die Chance eingeräumt, ihre Vorschläge mit den anderen zu vergleichen, um mögliche Ungerechtigkeiten aufzeigen zu können<sup>278</sup>.

Im **Prüfsystem** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit mm BVergG** die Ausschreibung, die Ablehnung des Antrages auf Aufnahme in das Prüfsystem und die Mitteilung über die beabsichtigte Aberkennung der Qualifikation gesondert anfechtbar<sup>279</sup>.

Das Prüfsystem stellt keine eigenständige Verfahrensart dar. Es findet eine Vorprüfung statt, im Zuge dessen die jeweilige Eignung der Unternehmer für die Auftragsvergabe ermittelt wird. Die Bestimmungen über die Anfechtung von Entscheidungen des Auftraggebers im nicht offenen und im Verhandlungsverfahren finden eine sinngemäße Anwendung<sup>280</sup>. Es sei hervorgehoben, dass im Bereich des Prüfsystems die Nichtaufnahme gesondert bekämpfbar ist<sup>281</sup>. Teilt der Auftraggeber einem Bieter mit, dass diesen die Qualifikation im Hinblick auf das Prüfsystem aberkannt wird, kann diese Mitteilung ebenso als gesondert anfechtbare Entscheidung Gegenstand des Nachprüfungsbegeh-

<sup>273</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2169.

<sup>274</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2170.

<sup>275</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2171.

<sup>276</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2172.

<sup>277</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2173.

<sup>278</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2174.

<sup>279</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2176.

<sup>280</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2179.

<sup>281</sup> Vgl. Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2177.

rens sein<sup>282</sup>. Werden anderen Unternehmen trotz Verdachts der Ungeeignetheit berücksichtigt, können die diesbezüglichen Entscheidungen nicht angefochten werden<sup>283</sup>.

Bei der **Direktvergabe** ist gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG** nur die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert anfechtbar<sup>284</sup>. Der Nachprüfungsantrag ist ab Kenntnisnahme bzw möglicher Kenntnisnahme innerhalb von sieben Tagen einzubringen. Die Zuschlagserteilung bildet dabei gemäß § 321 Abs 3 BVergG den spätestmöglichen Zeitpunkt der Frist<sup>285</sup>. Danach ist nur mehr ein Feststellungs- oder Schadenersatzverfahren möglich<sup>286</sup>. Siehe dazu 2.3.2.6. und 2.5.

Bei der **Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung** bzw **nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb** sind gemäß **§ 2 Z 16 lit a sublit oo BVergG** die Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung gesondert anfechtbar<sup>287</sup>. Für die Antragsfrist gilt § 321 Abs 4 BVergG. Auch hier sind die Rechtsschutzmöglichkeiten stark eingeschränkt. Eine Anfechtung der Zuschlagsentscheidung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil nach Bekanntmachung keine weiteren Entscheidungen mehr vorgesehen sind. Als Rechtsschutzmöglichkeiten können das Feststellungsverfahren und die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen angeregt werden<sup>288</sup>.

Es sei an dieser Stelle noch angeführt, dass § 2 Z 16 BVergG nicht auf jede Arten der Vergabeverfahren Anwendung findet. Dienstleistungskonzessionen, die im klassischen Bereich angesiedelt sind und Bau-, und Dienstleistungskonzessionen von Sektorenauftraggebern, wie auch Aufträge von nicht prioritärer Dienstleistungen und die Bauauftragsvergabe an Dritte, durch sog Baukonzessionäre, die nicht dem klassischen Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 BVergG gleichen, stellen jeweils für sich eine Ausnahme dar. In § 141 Abs 5, § 145 Abs 2 und § 280 Abs 5 BVergG sind dafür besondere Bestimmungen normiert. In diesem Zusammenhang ist die bereits mehrfach angesprochene "Generalklausel" beachtenswert. Nur "*nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des (Sektoren-) Auftraggebers*" können eine Anfechtungsgrundlage des Nachprüfungsantrags begründen. Da den oben angeführten Ausnahmefällen kein Ty-

<sup>282</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2178.

<sup>283</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2177.

<sup>284</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2180.

<sup>285</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2181.

<sup>286</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2183.

<sup>287</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2184.

<sup>288</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2185.

penzwang auferlegt wird, existiert auch kein abschließender Katalog, der für diese abweichende Verfahrensarten eine Auflistung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen anführt<sup>289</sup>. Die Heranziehung der Rechtsprechungen der Höchstgerichte und ein Vergleich mit § 2 Z 16 lit a BVergG kann in diesen Fällen zur Klärung der Frage, welche Entscheidungen gesondert anfechtbar sind, dienlich sein<sup>290</sup>.

#### 2.3.2.4.e Ergebnis

Gemäß § 311 BVergG entscheidet das BVwG im Vergaberechtsschutz mit Erkenntnis oder Beschluss<sup>291</sup>. Das Gericht hat im Rahmen des § 325 BVergG Entscheidungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren mit Nichtigkeit zu belasten, wenn diese im Widerspruch zu den Rechtsnormen des BVergG stehen<sup>292</sup>. Keine Nichtigkeitssanktion folgt, wenn die Entscheidung des Auftraggebers trotz verfehlter Begründung im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben liegt<sup>293</sup>.

Der Nichtigkeitsausspruch im Rahmen der Nachprüfungskontrolle bezieht sich dabei auf Entscheidungen, die vor der Zuschlagserteilung oder eines Widerrufs ergehen<sup>294</sup>.

Sie umfassen jene Entscheidungen des Auftraggebers, die gesondert anfechtbar im Sinne des § 2 Z 16 lit a BVergG sind oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung beinhalten<sup>295</sup>. Siehe dazu wiederum 2.3.2.4.d. Die Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung muss einerseits in den Beschwerdepunkten des Antragstellers Begründung finden<sup>296</sup>, andererseits den Verfahrensausgang wesentlich beeinflussen können<sup>297</sup>.

Gemäß § 325 Abs 2 BVergG hat das Gericht die Möglichkeit, bloß einzelne Bestimmungen der Ausschreibung für nichtig zu erklären (sog Teilnichtigklärung)<sup>298</sup>. Die Streichung von diskriminierenden Bedingungen in Ausschreibungsunterlagen oder anderen Dokumenten, die den Bewerbungen auferlegt worden sind, kommt der Nichtigklärung vergabewidriger Entscheidungen gleich<sup>299</sup>. Die Teilnichtigkeit kann sich nicht auf einen Ausschreibungsgegenstand beziehen, dessen Streichung den gänzlichen Wegfall (der

<sup>289</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2186.

<sup>290</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2187.

<sup>291</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 1*.

<sup>292</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2189.

<sup>293</sup> VwGH 03.09.2008, 2008/04/0109.

<sup>294</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2189.

<sup>295</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2194.

<sup>296</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 2*.

<sup>297</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 3*.

<sup>298</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 4*.

<sup>299</sup> Vgl *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2190.

Ausschreibung) zur Folge hätte oder der Inhalt der Ausschreibung beträchtlich verändert werden würde. Diesfalls ist die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären<sup>300</sup>.

Der Rechtsverstoß hat gemäß § 325 Abs 1 Z 2 BVergG dann einen wesentlichen Einfluss auf das Vergabeverfahren, wenn dessen Entfall zu einem anderen Verfahrensausgang führen würde<sup>301</sup>. Es genügt dabei die abstrakte Möglichkeit durch vergabekonformen Ablauf ein günstigeres Ergebnis des rechtsschutzsuchenden Antragstellers zu erzielen<sup>302</sup>. Beispielsweise stellt das Unterlassen einer vertieften Angebotsprüfung ein vergaberechtswidriges Verhalten dar, das den weiteren Verfahrensablauf beträchtlich beeinflussen kann<sup>303</sup>.

Ebenso erschwert eine unbegründete Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG das Antragsvorbringen. Es sind dem Bieter bereits am Anfang der Stillhaltefrist alle wesentlichen Informationen für einen möglichen Nachprüfungsantrag zur Verfügung zustellen<sup>304</sup>. Kein Gegenstand der Nichtigklärung des BVwG sind Mängel in der Zuschlagsentscheidung, die ungeeignet sind, einen anderen Verfahrensausgang zu bewirken<sup>305</sup>.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass die Widerrufsentscheidung gemäß § 140 Abs 1 BVergG ebenfalls einer Rechtfertigung bedarf<sup>306</sup>. Das Fehlen stellt jedoch keine erhebliche Auswirkung für das Verfahren dar, wenn eine objektive Begründung des Widerrufs gegeben ist und somit das Verfahren zweifellos zu beenden ist<sup>307</sup>.

Das Kriterium des Wesentlichkeit im Sinne des § 325 Abs 2 BVergG wird im Zuge der Nachprüfungskontrolle untersucht und ist nicht Voraussetzung für die Antragslegitimation. Stellt das BVwG demnach die Unerheblichkeit der Rechtsverletzung für den Verfahrensausgang fest, erfolgt die Abweisung des Nachprüfungsantrages<sup>308</sup>.

Die Nichtigkeitserklärung durch das Gericht führt zu einer rückwirkenden Beseitigung der Entscheidung des Auftraggebers<sup>309</sup>. Es wird so gehandelt, als wäre sie nie gesetzt worden<sup>310</sup>. Die Anfechtung einer bereits nichtig festgestellten Entscheidung führt zur

<sup>300</sup> VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077.

<sup>301</sup> VwGH 06.03.2013, 2010/04/0037.

<sup>302</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 3.

<sup>303</sup> BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2.

<sup>304</sup> VwGH 09.04.2013, 2011/04/0224.

<sup>305</sup> VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130.

<sup>306</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 3/1.

<sup>307</sup> VwGH 25.09.2012, 2008/04/0054.

<sup>308</sup> Vgl *Walther* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2198.

<sup>309</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 6.

<sup>310</sup> VwGH 26.04.2007, 2005/04/0222.

Zurückweisung des Nachprüfungsantrages<sup>311</sup>. Eine Teilbestandskraft entfalten hingegen die verbliebenen Bestimmungen, die einer späteren Anfechtung zugänglich sind<sup>312</sup>.

Nach Nichtigklärung der Entscheidung folgt eine Verfahrensfortsetzung durch den Auftraggeber. Er hat die betroffene Entscheidung nochmals rechtskonform auszusprechen<sup>313</sup>. Eine Bindung an die Rechtsansicht des Gerichts besteht zwar nicht, dem Auftraggeber würde aber bei Nichteinhaltung eine erneute Nichtigkeitssanktion drohen<sup>314</sup>. Das BVwG wäre in diesem Zusammenhang nicht an die Gründe des vorangegangenen Erkenntnisses gebunden<sup>315</sup>.

Erteilt der Auftraggeber während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag oder erklärt er während der Nachprüfungskontrolle das Verfahren als widerrufen, ist der Unternehmer gemäß § 331 Abs 4 BVergG ermächtigt, ein Feststellungsverfahren anzuregen. Diese Möglichkeit besteht gemäß § 331 Abs 4 Z 1 und 2 BVergG auch, wenn die Höchstgerichte darüber zu erkennen haben, ob die Nichtigklärung des BVwG vergaberechtskonform war und während dieser Phase die Zuschlagsentscheidung oder der Widerruf erfolgt<sup>316</sup>. Antragslegitimiert sind nur jene Unternehmer, die den Nachprüfungsantrag eingebracht haben<sup>317</sup>.

Die Nachprüfungskontrolle wandelt sich nicht "automatisch" in ein Feststellungsverfahren. Da das BVwG nur auf Antrag des Rechtsschutzsuchenden tätig werden kann, ist ein neuerlicher Antrag unerlässlich. Eine erneute Antragsgebühr entfällt gemäß § 318 Abs 1 BVergG<sup>318</sup>. Das Verfahren ruht bis zur Antragseinbringung. Wird kein Antrag eingebracht, ist das Verfahren einzustellen<sup>319</sup>. Siehe dazu 2.3.2.6.a.

### 2.3.2.5. Einstweilige Verfügungen als "vorläufiger" Rechtsschutz

Das Nachprüfungsverfahren entfaltet gemäß § 320 Abs 3 BVergG keine Suspensivwirkung (= aufschiebende Wirkung) für das gegenwärtige Vergabeverfahren<sup>320</sup>. Der Auftraggeber kann trotz Einleitung der Nachprüfungskontrolle das Verfahren weiterfüh-

<sup>311</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2202.

<sup>312</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 325 Rz 6*.

<sup>313</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2202.

<sup>314</sup> VwGH 27.06.2007, 2005/04/0111.

<sup>315</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2202.

<sup>316</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 10*.

<sup>317</sup> VwGH 08.11.2012, 2012/04/0097.

<sup>318</sup> Vgl. *Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2203.

<sup>319</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 10*.

<sup>320</sup> Vgl. *Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 194*.



ren<sup>321</sup>. Dem Antrag auf Verhängung einer einstweiligen Verfügung ist besondere Bedeutung beizumessen, da dieser einen effektiven Rechtsschutz vor der Zuschlagserteilung des Auftraggebers gewährleistet. In diesem Zusammenhang werden die Begriffe "vorläufiger Rechtsschutz" und "Provisorialrechtsschutz" verwendet<sup>322</sup>.

Der Antrag auf einstweilige Verfügung kann gemäß § 328 Abs 5 BVergG nur die Zuschlagserteilung, den Rahmenvereinbarungsabschluss, die Widerrufserklärung oder die Angebotsöffnung verhindern, da nur diesen Bestimmungen aufschiebende Wirkung zukommt<sup>323</sup>. Das Verwaltungsgericht entscheidet über die einstweilige Verfügung gemäß § 1 Abs 1 Z 3 VVG mit Beschluss<sup>324</sup>. Dieser ist gemäß § 329 Abs 5 BVergG sofort vollstreckbar<sup>325</sup>. Das Antragsvorbringen gemäß § 328 BVergG löst nicht automatisch die Rechtsfolgen aus. Vielmehr bedarf es der Stattgebung gemäß § 329 BVergG durch das BVwG<sup>326</sup>. Das Gericht ist verpflichtet, dem Auftraggeber unverzüglich vom Eingang des Antrags bzw von Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu informieren. Dem Zeitraum ab Verständigung des Auftraggebers bis zur Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Verfügung kommt dabei aufschiebende Wirkung zu (sog Sperrwirkung)<sup>327</sup>. Wird eine Antrag eingereicht, der der Verbesserung gemäß § 13 Abs 2 AVG durch den Antragsteller bedarf, ist das BVwG ebenso verpflichtet, den Auftraggeber (sogleich) von dem Begehren auf einstweilige Verfügung in Kenntnis zu setzen.

Die einstweilige Verfügung hat zur Folge, dass Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig erklärt werden, wenn er währenddessen den Zuschlag erteilt oder eine Rahmenvereinbarung abschließt. Ebenso ist der Verfahrenswiderruf unwirksam und die Möglichkeit der Angebotsöffnung verwehrt. Das BVwG hat gemäß § 328 Abs 6 BVergG dem Auftraggeber die Rechtsfolgen aufzuzeigen. Eine unterbliebene Verständigung durch das Gericht hindert das Auslösen der Rechtsfolgen jedoch nicht<sup>328</sup>.

Das Provisorialverfahren ist im Konnex mit der Nachprüfungskontrolle zusehen<sup>329</sup>. Die Antragslegitimation kommt allen Unternehmern zu, die auch die Voraussetzungen zur

<sup>321</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2204.

<sup>322</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 194.

<sup>323</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2205.

<sup>324</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 1.

<sup>325</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 196.

<sup>326</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 194.

<sup>327</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 9.

<sup>328</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2205.

<sup>329</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 194.

Erhebung eines Nachprüfungsantrages gemäß § 320 Abs 1 BVergG mitbringen<sup>330</sup>. Dabei handelt es sich um eine sog Grobprüfung<sup>331</sup>. Erfolgsversprechend ist der Antrag auf einstweilige Verfügung dann, wenn er Maßnahmen fordert, deren Grundlage in den behaupteten Rechtswidrigkeiten angelegt sind. Die Nichtigerklärung dieser Rechtswidrigkeiten muss im Nachprüfungsverfahren auch tatsächlich beantragt werden<sup>332</sup>. Eine einstweilige Verfügung kann unabhängig von einem Nachprüfungsgesuch begehrt werden, wenn der Antrag innerhalb der Fristen des § 321 BVergG gestellt wird<sup>333</sup>. Der zweite Schritt muss aber stets in der Stellung eines Nachprüfungsantrages liegen<sup>334</sup>. Andersfalls folgt die formlose Einstellung des Verfahrens. Die einstweilige Verfügung tritt *ex lege* außer Kraft<sup>335</sup>. Demzufolge unterliegen einstweilige Verfügungen einer zeitlichen Befristung. Spätestens mit Erledigung des Nachprüfungsantrags in der Hauptsache tritt die einstweilige Verfügung gemäß § 329 Abs 4 BVergG außer Kraft<sup>336</sup>. Die Antragsstellung ist somit bis zur Entscheidung über das Nachprüfungsbegehren zulässig<sup>337</sup>.

Wird eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht, ist der Antrag auf einstweilige Verfügung zu versagen<sup>338</sup>. Sowohl der Auftraggeber, als auch der Antragsteller sind davon zu benachrichtigen<sup>339</sup>. Nur sie sind als Parteien im Provisorialverfahren gemäß § 330 Abs 2 BVergG vorgesehen. Eine mündliche Verhandlung kann gemäß § 330 Abs 1 BVergG unterbleiben<sup>340</sup>.

Der vorläufige Rechtsschutz der einstweiligen Verfügung äußert sich in der Möglichkeit des BVwG, dem Auftraggeber Maßnahmen aufzuerlegen, die mögliche Schäden im Vergabeverfahren verhindern sollen<sup>341</sup>. Der Zweck des Nachprüfungsverfahrens soll nicht derweil durch Handlungen des Auftraggebers vereitelt werden<sup>342</sup>. Hat das BVwG bereits die Zurück- oder Abweisung des Nachprüfungsantrags verfügt, kommt der einstweiligen Verfügung keine Bedeutung zu. Das Provisorialverfahren ist ebenso einzustellen, wenn der Unternehmer den Antrag auf Nachprüfung zurückzieht und die Frist ge-

<sup>330</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 1/1.

<sup>331</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2210.

<sup>332</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2212.

<sup>333</sup> EuGH 19.09.1996, Rs C-236/95.

<sup>334</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 8.

<sup>335</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 8.

<sup>336</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 196.

<sup>337</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2212.

<sup>338</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 4.

<sup>339</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 8.

<sup>340</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 330 Rz 2.

<sup>341</sup> BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11.

<sup>342</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 3.

mäß § 321 Abs 1 BVergG bereits verstrichen ist<sup>343</sup>. Zu beachten ist, dass eine Pauschalgebühr bereits bei Einbringen des Antrags beim BVwG gemäß § 318 Abs 1 Z 4 BVergG iVm § 330 Abs 4 BVergG anfällt. Das Zurückziehen des Antrags kann deshalb nicht zum Erlöschen der Gebühr führen<sup>344</sup>.

In § 328 Abs 2 BVergG sind die inhaltlichen Erfordernisse des Antrags erläutert<sup>345</sup>. Demnach ist das betreffende Vergabeverfahren, der Auftraggeber und die Entscheidungen, die jeweils gesondert anfechtbar sind, sowie Angaben des Antragstellers anzuführen (Z 1). Der relevante Sachverhalt ist kurz darzustellen. Ebenso das Vertragsabschlussinteresse und der behauptete Schaden (Z 2). Die Rechtswidrigkeit im Vergabeverfahren ist explizit zu bezeichnen (Z 3). Darüberhinaus hat der Antragsteller glaubhaft zu machen, dass seine Interessen durch das Vergabeverfahren geschädigt werden (Z 4). Er hat die begehrte Maßnahme genau zu benennen (Z 5) und Angaben vorzubringen, die auf die Rechtzeitigkeit des Antrags schließen lassen<sup>346</sup>. Der Antragsteller kommt seiner Bezeichnungspflicht nach, wenn aus dem Antragsvorbringen deutlich hervorgeht, welches Sicherungsmittel angestrebt wird<sup>347</sup>. Der Schaden muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintreten können<sup>348</sup>. Der Eintritt muss demnach plausibel und denkmöglich sein<sup>349</sup>. Die genaue Bezifferung ist nicht vorausgesetzt<sup>350</sup>. Siehe dazu auch 2.3.2.4.c.

Als vorläufiges Sicherungsmittel hat das BVwG gemäß § 329 Abs 3 BVergG nur Maßnahmen zu erlassen, die verhältnismäßig und geeignet erscheinen, um einen effektiven Rechtsschutz des Antragstellers zu gewährleisten<sup>351</sup>. Zwar ist das Gericht befugt, das gesamte Verfahren mittels Erlassung der einstweiligen Verfügung auszusetzen, dies wird aber in den meisten Fällen eine überschießende Maßnahme sein<sup>352</sup>. Der Auftraggeber wäre demzufolge auch daran gehindert, Entscheidungen im Verfahren zu treffen, die den Antragsteller in Wahrheit keinerlei Schaden zufügen<sup>353</sup>. Die Interessenabwägung des Gerichts gemäß § 329 Abs 1 BVergG muss auf die vorhersehbaren Folgen der begehrten Maßnahme Bezug nehmen. Dafür sind die Interessen des Antragstellers, der Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers zu berücksichtigen. Außerdem muss das öffentliche Interesse an der Verfahrensfortsetzung Beachtung finden. Ein öffentli-

<sup>343</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2212.

<sup>344</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2213.

<sup>345</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 328 Rz 4.

<sup>346</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 316.

<sup>347</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2219.

<sup>348</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2215.

<sup>349</sup> VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127.

<sup>350</sup> VwGH 23.05.2007, 2007/04/0010.

<sup>351</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2218.

<sup>352</sup> BVwG 10.01.2014, W139 2000171-1.

<sup>353</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 329 Rz 6.

ches Interesse ist insbesondere dann gegeben, wenn der raschen Auftragserteilung besondere Bedeutung zukommt. Dies kann beispielweise bei einem Autobahnausbau bejaht werden, dessen Bauverzögerungen eine erhebliche Unfallwahrscheinlichkeit schaffen würde<sup>354</sup>. Im Interesse der Öffentlichkeit muss jedenfalls sichergestellt werden, dass die Auftragserteilung auch tatsächlich dem Bestbieter im Vergabeverfahren zufällt<sup>355</sup>. Sofern die nachteiligen Folgen überwiegen, erfolgt die Abweisung des Antrags auf Erlassung der einstweiligen Verfügung<sup>356</sup>.

Eine Abwägung kann im Falle eines anhängigen Schlichtungsverfahrens unterbleiben oder wenn der Auftraggeber seine ausdrückliche Zustimmung zur einstweiligen Verfügung erteilt<sup>357</sup>.

Einstweilige Verfügungen können sowohl auf Auftraggeberseite, als auch auf Auftragnehmerseite zeitliche Verzögerungen mit sich bringen. Doch nicht jeder zeitliche Rückstand im Vergabeverfahren ist von so starkem Gewicht, dass er der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegensteht<sup>358</sup>. Der Auftraggeber hat vor Beginn des Vergabeverfahrens Zeitverzögerungen, die sich aus der Erlassung einstweiliger Maßnahmen und möglicher Nachprüfungsverfahren ergeben können, einzuplanen<sup>359</sup>. Dem "späteren" Antragsteller steht ebenso die Möglichkeit offen, die Erlassung einer bereits beantragten einstweiligen Verfügung zu begehren. Das Sicherungsmittel ist nochmals zu erlassen<sup>360</sup>. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Interessenabwägung durch das BVwG stets einzelfallspezifisch erfolgt<sup>361</sup>. Dem Rechtsschutzsuchenden ist geraten, möglichst viele Argumente vorzubringen, die die Dringlichkeit der Erlassung der einstweiligen Verfügung rechtfertigen<sup>362</sup>.

Wird dem Begehren des Antragstellers auf Erlassung der einstweiligen Verfügung stattgegeben, ergibt sich gemäß § 329 Abs 2 BVergG ein Zuschlagsverbot des Auftraggebers, dass zur absoluten Nichtigkeit seiner Entscheidung führt<sup>363</sup>. Der Antrag muss durch das Gericht gemäß § 330 Abs 3 BVergG binnen sieben Werktagen ab Einbringen erledigt werden. Sofern eine Verbesserung auferlegt wird, erstreckt sich die Bearbei-

<sup>354</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 329 Rz 3.

<sup>355</sup> VfGH 15.10.2001, B1369/01.

<sup>356</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 329 Rz 1.

<sup>357</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 329 Rz 3.

<sup>358</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 329 Rz 3.

<sup>359</sup> BVwG 16.07.2014, W123 2009470-1.

<sup>360</sup> BVwG 16.06.2014, W187 2008561-1 und W187 200858-1.

<sup>361</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2219.

<sup>362</sup> Vgl *Madl in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2223.

<sup>363</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 329 Rz 5.

tungsfrist auf zehn Werktage. Der Frist wird entsprochen, wenn die Entscheidung innerhalb der Zeitspanne an die Parteien abgesendet wird<sup>364</sup>.

### 2.3.2.6. Das Feststellungsverfahren

#### 2.3.2.6.a Regelungsgegenstand und Rechtsschutzlegitimation

Ist das Vergabeverfahren durch Erteilung des Zuschlags oder eines Widerrufs bereits beendet worden, so ist im Rahmen des Feststellungsverfahrens nur noch die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Auftraggeberentscheidungen möglich<sup>365</sup>. Das Feststellungsverfahren berührt demnach nicht das laufende Vergabeverfahren<sup>366</sup>. Vielmehr stellt es eine nachträgliche Kontrolle dar, die gegenüber dem Nachprüfungsverfahren gemäß § 320 ff BVergG subsidiär ist<sup>367</sup>. Der Antrag ist daher als unzulässig zurückzuweisen, wenn der Rechtssuchende den Verstoß nicht im Zuge der Nachprüfungskontrolle vorgebracht hat, da eine frühzeitige Geltendmachung der Rechtsverstöße innerhalb der Präklusionsfristen erfolgen muss<sup>368</sup>. Das Feststellungsverfahren dient vorrangig der Aufbereitung eines möglichen Schadenersatzprozesses. Ebenso können rechtswidrige Verträge für nichtig erklärt, Geldbußen verhängt oder ein Widerruf für vergabewidrig befunden werden. Ausnahmsweise hat das Gericht bei unterlassenen Handlungen des Auftraggebers, dessen Untätigkeit festzustellen, auch wenn noch keine Zuschlagserteilung oder eine Widerrufserklärung erfolgte<sup>369</sup>.

§ 312 Abs 2 bis 4 BVergG normiert abschließend, welche Feststellungskompetenzen dem BVwG zukommen. Nicht angeführte Feststellungen liegen außerhalb des Zuständigkeitsbereiches<sup>370</sup>.

Ist der Zuschlag bereits erteilt worden, erstreckt sich die Zuständigkeit des Gerichts gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG auf die Feststellung, dass die Entscheidung des Auftraggebers weder dem Billigstbieter, noch dem Bestbieter zugesprochen wurde<sup>371</sup>. Unter "Billigstbieter" ist jener Unternehmer zu verstehen, dessen Angebot mit dem günstigsten Preis berechnet ist<sup>372</sup>. Der "Bestbieter" entspricht darüberhinaus sowohl den techni-

<sup>364</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 125.

<sup>365</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 196.

<sup>366</sup> Vgl *Reisner* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2227.

<sup>367</sup> Vgl *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 332 Rz 9.

<sup>368</sup> VwGH 06.03.2013, 2011/04/0115.

<sup>369</sup> Vgl *Walther* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1903.

<sup>370</sup> VwGH 14.03.2012, 2008/04/0228.

<sup>371</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 196.

<sup>372</sup> VwGH 22.11.2011, 2007/04/0078.

schen, als auch den wirtschaftlich Anforderungen. Sein Angebot ist dabei zusätzlich noch mit dem niedrigsten Preis veranschlagt<sup>373</sup>. Im Zuge der Novellierung des BVergG 2006 (im März 2016) erfolgte eine Stärkung des Bestbieterprinzips. Der Begriff "Billigstbieter" soll dabei weitgehend vernachlässigbar werden<sup>374</sup>. Siehe dazu 7.

Das BVwG hat Verstöße gegen das BVergG, den einschlägigen Verordnungen und unmittelbar anwendbares EU-Recht in der Spannweite der vorgebrachten Rechtswidrigkeiten des Antragstellers aufzuzeigen und mit Erkenntnis festzustellen<sup>375</sup>. Das Gericht trifft im Rahmen ihrer Kassationsbefugnis keine Aussage darüber, ob der Antragsteller besser geeignet ist<sup>376</sup>.

Wurde ein Verfahren ohne vorangegangene Bekanntgabe oder ohne vorherigen Wettbewerbsaufruf durchgeführt, erkennt das BVwG gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG diese Rechtswidrigkeit. Weiters ergeht die Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 4 BVergG, dass ein Zuschlag ohne Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 ff und § 272 BVergG vergaberechtswidrig ist. Im Bereich der Rahmenvereinbarung und des dynamischen Beschaffungssystems zeigt das BVwG gemäß § 312 Abs 3 Z 5 BVergG Rechtsverstöße auf, die aus der Missachtung der Vorschriften betreffend der Zuschlagsempfängerermittlung resultieren<sup>377</sup>. Bei den drei zuletzt aufgeführten Fällen kann das Gericht die Nichtigkeitserklärung oder die Aufhebung des Vertrages gemäß § 312 Abs 3 Z 6 BVergG aussprechen und anderwärtige Sanktionen gemäß § 312 Abs 3 Z 7 BVergG vorsehen<sup>378</sup>.

Nach Widerruf des Vergabeverfahrens hat das BVwG gemäß § 312 Abs 4 Z 1 BVergG dessen Vergabewidrigkeit festzustellen. Diese ergibt sich dabei aus Verstößen gegen Bestimmungen des BVergG, den diesbezüglichen Verordnungen und dem Unionsrecht. Weiters ist der Widerruf gemäß § 312 Abs 4 Z 3 BVergG für rechtswidrig zu erklären, wenn die Bekanntgabe oder Mitteilung der Widerrufsentscheidung unterblieb. Die Feststellungskompetenz ist nur im Rahmen des Oberschwellenbereichs von Bedeutung, da nur in diesem Zusammenhang die Pflicht des Auftraggebers besteht, die Widerrufsentscheidung bekanntzugeben. Im Unterschwellenbereich ist die Mitteilung gemäß § 140 Abs 7 BVergG und § 279 Abs 7 BVergG nicht zwingend vorgeschrieben<sup>379</sup>.

<sup>373</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 153.

<sup>374</sup> Vgl BVergG 2006 vom 01.03.2016, geändert durch BGBl. I Nr. 7/2016.

<sup>375</sup> VwGH 23.05.2007, 2005/04/0214.

<sup>376</sup> OGH 27.06.2001, 7Ob200/00p.

<sup>377</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 196.

<sup>378</sup> Vgl *Reisner* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2229.

<sup>379</sup> Vgl *Reisner* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2230.

Die Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Schadenersatzrecht ist ohne vorheriges Feststellungsverfahren zulässig, wenn der Widerruf zwar an sich vergaberechtskonform erfolgte, der Auftraggeber diesen aber schuldhaft herbeigeführt hat<sup>380</sup> und die Geltendmachung der Rechtswidrigkeit im Nachprüfungsverfahren nicht möglich war<sup>381</sup>. Voraussetzung dafür ist, dass der Unternehmer bis zur Widerrufsentscheidung durch den Auftraggeber seine Stellung als Bieter gewahrt hat<sup>382</sup>. Die selbe Situation liegt vor, wenn der Auftraggeber einer drohender Nichtigerklärung durch den Widerruf des Verfahrens zuvorkommen will<sup>383</sup>.

Auf Antrag des Auftraggebers gemäß § 312 Abs 2 Z 2 und Abs 4 Z 2 BVergG trifft das BVwG die Feststellung, dass trotz rechtmäßigen Verhaltens keine Chance des Antragsteller bestanden hat, den Zuschlag zu erhalten. Dies hat zur Folge, dass einem späteren Schadenersatzbegehren nicht stattgegeben wird. Dadurch soll auch die Entlastung der Zivilgerichte gewährleistet sein<sup>384</sup>. Der Antrag des Auftraggebers (auf Schadenersatz) ist jedoch in Abhängigkeit mit der Stattgabe eines Feststellungsantrags zu sehen<sup>385</sup>. Das BVwG entscheidet dessen Gegenstand nur bei Legitimität des Feststellungsbegehrens<sup>386</sup>. Eine tatsächliche Chance des Bieters kann angenommen werden, wenn er in die engere Auswahl hinsichtlich des Auftrags kommt. Es ist dabei auf den Einzelfall abzustellen, ob die Zuschlagserteilung bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmung mit großer Wahrscheinlichkeit erfolgt wäre<sup>387</sup>.

Die Feststellungskompetenz des BVwG hinsichtlich der Säumnis des Auftraggebers, ist in § 312 Abs 5 BVergG normiert. Der Auftraggeber ist untätig, wenn er die Zuschlagsfrist erheblich überschreitet und trotz Aufforderung des Bieters das Verfahren nicht fortführt oder beendet<sup>388</sup>. Der Feststellung des BVwG gilt als Widerruf von Gesetzes wegen (ex lege)<sup>389</sup>. Da das Vergabeverfahren stets förmlich beendet werden muss<sup>390</sup>, wäre der Bieter ohne die Feststellung der Säumnis des Auftraggebers unverhältnismäßig lange, an sein Angebot und die Bereitstellung der Ressourcen gebunden<sup>391</sup>.

<sup>380</sup> OGH 16.2.2005, 7 Ob 18/04d.

<sup>381</sup> VwGH 11.12.2013, 2012/04/0133.

<sup>382</sup> VwGH 27.01.2010, 2008/04/0153.

<sup>383</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2232.

<sup>384</sup> Vgl *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 197.

<sup>385</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 5.

<sup>386</sup> VwGH 24.03.2004, 2001/04/0218.

<sup>387</sup> VwGH 08.11.2000, 2000/04/0040.

<sup>388</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2234.

<sup>389</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 8.

<sup>390</sup> OGH 17.08.2006, 10Ob94/04b.

<sup>391</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2259.

### 2.3.2.6.b Fristen

Der Feststellungsanspruch erlischt grundsätzlich nach Verabsäumen einer sechswöchigen Antragsfrist. § 332 Abs 2 BVergG sieht jedoch zwei Arten von Fristen vor. Einerseits eine subjektive, andererseits eine objektive Antragsfrist<sup>392</sup>. Die subjektive Frist beginnt mit der möglichen Kenntnisnahme von der Zuschlagserteilung bzw des Ausschreibungswiderrufes zu laufen. Die objektive Frist umfasst eine Zeitspanne von sechs Monaten. Die Zuschlagserteilung bzw die Widerrufserklärung sind dabei fristauslösend<sup>393</sup>.

Der Antrag hat gemäß § 332 Abs 1 Z 9 BVergG Angaben zu enthalten, die das rechtzeitige Einbringen des Antrags nachweisen<sup>394</sup>. Die mögliche Kenntnisnahme erlangt der Unternehmer, wenn er Gewissheit über den Zuschlag und dessen Empfänger erfährt<sup>395</sup>. Dies kann beispielsweise durch die schriftliche Bestätigung des Auftraggebers oder durch die Kundmachung im Amtsblatt bejaht werden<sup>396</sup>.

Von Gesetzes wegen tritt in zwei Fällen eine Fristverkürzung auf dreißig Tage gemäß § 332 Abs 3 BVergG ein, wenn entsprechende Feststellungsanträge eingebracht werden<sup>397</sup>. Einerseits, wenn der Auftraggeber den Unternehmern die Zuschlagserteilung mitteilt. Davon sind jene Unternehmer umfasst, die im Vergabeverfahren verblieben sind. Andererseits beginnt die kurze Antragsfrist ab dem Zeitpunkt, indem die nicht am Verfahren verbliebenen Bieter die Bekanntmachung der Zuschlagserteilung erfahren. Dieser Fall ist nur möglich, wenn ein Verfahren ohne zuvor ergangene Bekanntmachung oder vorherigen Wettbewerbsaufruf stattfindet und der Auftraggeber freiwillig die Zuschlagserteilung bekanntgibt<sup>398</sup>. Es ist dem Auftraggeber geraten, bei Vorliegen der Voraussetzungen, diese Verfahrensart anzustreben. Es kann durch die Verkürzung der Antragsfrist die raschere Vertragsbestandsfestigkeit erreicht werden. Unterbleibt die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, kann die spätere Kundmachung der Zuschlagserteilung, die kurze Anfechtungsfrist nicht auslösen<sup>399</sup>.

Bringt der Rechtsschutzsuchende den Feststellungsantrag bei der falschen Behörde ein, bleibt die Frist gemäß § 333 Abs 4 BVergG gewahrt, wenn der Antrag rechtzeitig gestellt wird und es sich nicht um eine offensichtliche Unzuständigkeit der Behörde handelt<sup>400</sup>.

<sup>392</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 332 Rz 5.

<sup>393</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 207.

<sup>394</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 332 Rz 6.

<sup>395</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2272.

<sup>396</sup> VwGH 09.10.2002, 2000/04/0155.

<sup>397</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 332 Rz 7.

<sup>398</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2275.

<sup>399</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2276.

<sup>400</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 332 Rz 8.



Unklarheiten bestanden darüber, ob Schadenersatzansprüche ebenfalls mit einer sechsmonatigen Frist zu bemessen sind und bei Fristablauf, deren Durchsetzung nicht mehr möglich ist<sup>401</sup>. Die Antragsfrist beginnt gemäß § 332 Abs 2 BVergG unabhängig von der Kenntnisnahme des Rechtsverstoßes durch den Unternehmer zu laufen<sup>402</sup>. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen beginnt der Fristenlauf für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gemäß § 1489 ABGB mit Kenntnis von Schaden und Schädiger<sup>403</sup>. Der EuGH hat in seinem Urteil ausgeführt, dass die Sechsmonatsfrist mit dem Unionsrecht unvereinbar ist. Eine vergaberechtskonforme Frist, die die Durchsetzung von Schadenersatz gewährleistet, darf erst mit Kenntnis des Rechtsverstoßes zu laufen beginnen<sup>404</sup>.

### 2.3.2.6.c Inhalt

Aus dem Feststellungsantrag des Unternehmers muss gemäß § 331 Abs 1 BVergG hervorgehen, dass dieser aufgrund der rechtswidrigen Vorgangsweise des Auftraggebers einen (möglichen) Schaden erlitten hat und er ein Interesse am gegenständlichen Vertragsabschluss aufweist. Das Gericht wird nur auf Antrag des Unternehmers tätig. Dieser hat die Grundlage des Feststellungsbegehren gemäß § 331 Abs 1 Z 1 bis 5 BVergG vorzugeben<sup>405</sup>. Die abschließende Aufzählung des § 331 Abs 1 BVergG stimmt mit der bereits beschriebenen Feststellungskompetenz des Gerichts gemäß § 312 Abs 3 und Abs 4 BVergG überein<sup>406</sup>. Siehe dazu 2.3.2.1. Darüberhinaus begehrte Feststellung sind als unzulässig zurückzuweisen<sup>407</sup>.

Da während des laufenden Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Verfahren widerrufen werden kann, ist der Verfahrensf Fortsetzung mittels Feststellungsbegehren große Bedeutung beizumessen<sup>408</sup>. Antragslegitimiert ist dabei nur jener Unternehmer, der auch einen Nachprüfungsantrag eingereicht hat<sup>409</sup>. Ein erneutes Antragsvorbringen ist unerlässlich<sup>410</sup>. Unterbleibt die erforderliche Antragstellung, erfolgt die

<sup>401</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2279.

<sup>402</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 332 Rz 6.

<sup>403</sup> OGH 21.02.2013 2 Ob 241/12y.

<sup>404</sup> EuGH 26.11.2015, C-166/44.

<sup>405</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 1/1.

<sup>406</sup> VwGH 01.03.2004, 2004/04/0012.

<sup>407</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2241.

<sup>408</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 10.

<sup>409</sup> VwGH 08.11.2012, 2012/04/0097.

<sup>410</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2237.

formlose Verfahrenseinstellung gemäß § 331 Abs 4 BVergG mit Beschluss<sup>411</sup>. Das Vergabeverfahren ruht bis zur Antragstellung<sup>412</sup>.

Wird der Zuschlag während eines anhängigen höchstgerichtlichen Verfahrens zugesprochen oder das Vergabeverfahren währenddessen widerrufen und erfolgt die Aufhebung der Entscheidung des BVwG durch das Höchstgericht, so ist ein Feststellungsantrag zulässig<sup>413</sup>. Selbiges gilt, wenn die Verfahrenswiederaufnahme oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Verfahrensstand durch das BVwG bewilligt wird, das Verfahren aber währenddessen gemäß § 331 Abs 4 Z 2 BVergG bereits beendet wurde<sup>414</sup>. Es bedarf eines erneuten Fortsetzungsantrages. Die Zustellung der höchstgerichtlichen Entscheidung löst dabei den Fristenlauf des Feststellungsantrags aus. Bei Untätigkeit des Rechtsschutzsuchenden ergeht die formlose Verfahrenseinstellung<sup>415</sup>. In jedem Fall muss die Entscheidung des Höchstgerichts abgewartet werden, andernfalls das Feststellungsgesuch als unzulässig zurückzuweisen ist<sup>416</sup>.

Der Beweis des Vertragsschlussinteresses gelingt, wenn der Unternehmer nachweisen kann, dass er die Auftragserteilung angestrebt hat<sup>417</sup>. Die Beeinträchtigung des Antragstellers sein Angebot im Vergabeverfahren vorbringen zu können, um den Zuschlag zu erhalten, ist einem drohenden Schaden gleichzuhalten<sup>418</sup>. Die Aussagen des Antragstellers müssen dabei plausibel vorgebracht werden, deren inhaltlicher Wahrheitsgehalt im Feststellungsverfahren festgestellt wird<sup>419</sup>. Siehe dazu (zu den selbigen Voraussetzungen des Nachprüfungsantrages) 2.3.2.4.c.

Die Subsidiarität des Feststellungsverfahrens führt nicht dazu, dass neuerliche Rechtswidrigkeiten, die nach Ende der Nachprüfungskontrolle durch den Auftraggeber verursacht werden, nicht angefochten werden können. Der Antrag auf Feststellung ist in diesem Fall zulässig<sup>420</sup>. Das Feststellungsverfahren gewährt dem Unternehmer insbesondere dann eine Rechtsschutzmöglichkeit, wenn die Veröffentlichung der Zuschlagsentscheidung unterblieb<sup>421</sup>.

Eine Antragszurückweisung erfolgt, wenn im Nachprüfungsantrag der Auftraggeber, trotz müheloser Kenntnisaufnahme der tatsächlichen Bezeichnung, falsch benannt wurde.

<sup>411</sup> BVwG 03.10.2014, W187 2012440-1.

<sup>412</sup> Vgl. *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2237.

<sup>413</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 10*

<sup>414</sup> Vgl. *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2239.

<sup>415</sup> Vgl. *Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 331 Rz 10*.

<sup>416</sup> Vgl. *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2244.

<sup>417</sup> Vgl. *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2242.

<sup>418</sup> VwGH 24.02.2010, 2009/04/0209.

<sup>419</sup> VwGH 24.02.2010, 2008/04/0239.

<sup>420</sup> VwGH 06.03.2013, 2011/04/0115.

<sup>421</sup> Vgl. *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2246.

Ist die Entscheidung des BVwG bereits in Rechtskraft erwachsen, kann sie nur mehr vor den Höchstgerichten bekämpft werden<sup>422</sup>. Die Nichtbezahlung der Pauschalgebühr trotz Aufforderung macht das Begehren gemäß § 332 Abs 6 BVergG ebenso unzulässig<sup>423</sup>.

Das Gericht hat das Ausscheiden des Angebots des Bieters zu überprüfen. Stellt es die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung fest, ist der Feststellungsantrag unzulässig<sup>424</sup>. Die Zurückweisung des Antrags ergeht, wenn der Rechtsschutzsuchende die Möglichkeit des Schadenseintritts nicht darlegen kann<sup>425</sup>. In diesem Fall ist es unerheblich, ob der Bieter tatsächlich keine wirkliche Chance auf die Erteilung des Zuschlags hatte<sup>426</sup>.

In Bestandskraft erwachsene Entscheidungen des Auftraggebers können nie ein Gegenstand des Feststellungsverfahrens sein<sup>427</sup>. Wurde die Zuschlagsentscheidung freiwillig unter Zuwarten einer angemessenen Anfechtungsfrist bekanntgemacht, ist der Feststellungsantrag nach fruchtlosen Verstreichen der Frist als unzulässig zurück zuweisen<sup>428</sup>. Dieses Fall tritt nicht ein, wenn das BVwG die falsche Verfahrenswahl des Auftraggebers gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG festgestellt hat<sup>429</sup>. Rechtskräftige Entscheidungen des Auftraggebers können in diesen besonderen Fällen von Bedeutung sein, da das BVwG, die Ermittlung, ob die konkrete Chance des Bieters auf Zuschlagserteilung tatsächlich bestanden hat, auf Basis der rechtswidrigen, aber bestandfesten Grundlage vornehmen muss. Eine versäumte Rechtsschutzmöglichkeit (wegen Bestandfestigkeit der Auftraggeberentscheidungen) kann durch das Feststellungsverfahren nicht nachgeholt werden<sup>430</sup>.

Die Kumulierung von Anträgen gemäß § 312 Abs 3 Z 1 bis 4 BVergG ist gemäß § 331 Abs 1 BVergG gestattet<sup>431</sup>.

Das BVwG stellt fest, ob der Verfahrenswiderruf durch den Auftraggeber rechtswidrig erfolgte. Dabei untersucht es einerseits die Gründe, die den Auftraggeber zum Widerruf veranlassen haben und andererseits die Pflicht des Auftraggebers zur Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung. Das BVwG hat sodann die Unwirksamkeit des Widerrufs auf Antrag des Rechtsschutzsuchenden auszusprechen<sup>432</sup>.

<sup>422</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2244.

<sup>423</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006*<sup>2</sup> § 332 Rz 10.

<sup>424</sup> VwGH 26.02.2014, 2011/04/0134.

<sup>425</sup> VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043.

<sup>426</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2249.

<sup>427</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2250.

<sup>428</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2251.

<sup>429</sup> EuGH 11.9.2014, C-19/13.

<sup>430</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2262.

<sup>431</sup> Vgl *Mandl in Schwartz, BVergG 2006*<sup>2</sup> § 331 Rz 4.

<sup>432</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2257.

Als Parteien sind gemäß § 333 Abs 1 BVergG der Auftraggeber, der Antragsteller und ein möglicher Zuschlagsempfänger zulässig. Eine Ausnahme besteht beim Verfahren betreffend der Untätigkeit des Auftraggebers, wonach allen verbliebenen Bieter Parteilstellung zukommt<sup>433</sup>. Das BVwG entscheidet gemäß § 333 Abs 2 BVergG binnen sechs Wochen<sup>434</sup>. Zuvor hat eine öffentlich zugängliche, mündliche Verhandlung zu erfolgen<sup>435</sup>.

Die Durchsetzung von Ansprüchen aus Schadenersatz und unlauterem Wettbewerb nach dem UWG setzt gemäß § 341 Abs 2 BVergG eine positive Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das BVwG voraus. Das bedeutet, dass das Zivilgericht an die Rechtsansicht des BVwG (über das rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers) gebunden ist<sup>436</sup>. Die Bindungswirkung erstreckt sich nicht auf ein etwaiges Verschulden des Auftraggebers und die Kausalität des Schadenseintrittes<sup>437</sup>. Das Zivilgericht kann im Rahmen der Amtsrevision gemäß § 341 Abs 4 BVergG begründete Zweifel an der Rechtsansicht an den VwGH herantragen<sup>438</sup>. Den Verfahrensparteien steht dieses Antragsrecht nicht zu<sup>439</sup>.

#### 2.3.2.6.d Ergebnis

Das BVwG hat die Nichtigkeit von Verträgen, deren Ausgestaltung gegen Bestimmungen des BVergG verstößt, auszusprechen<sup>440</sup>. Dabei findet eine Differenzierung zwischen Rechtsverstößen im Unter- und Oberschwellenbereich statt<sup>441</sup>.

Im Oberschwellenbereich ist ein Vertrag gemäß § 334 Abs 1 erster Satz BVergG vollumfänglich für nichtig zu erkennen, wenn das Vergabeverfahren ohne zuvor ergangenen Bekanntmachung stattgefunden hat, die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig unterblieb oder der Zuschlag im Rahmen des dynamischen Beschaffungssystems oder der Rahmenvereinbarung vergabewidrig war. Die absolute Nichtigkeit tritt unabhängig von einem diesbezüglichen Antragsvorbringen ein<sup>442</sup>. Es hat eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des nichtig erklärten Vertrages zur erfolgen<sup>443</sup>. Die Rückstel-

<sup>433</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 333 Rz 1.

<sup>434</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 333 Rz 3.

<sup>435</sup> Vgl Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 209.

<sup>436</sup> OGH 17.08.2006, 10Ob94/04b.

<sup>437</sup> OGH 10.04.2003, 8Ob183/02y.

<sup>438</sup> Vgl Fink in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 341 Rz 7.

<sup>439</sup> OGH 26.09.2012, 7Ob101/12x.

<sup>440</sup> Vgl Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014) 199.

<sup>441</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 132.

<sup>442</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2282.

<sup>443</sup> VwGH 18.03.2015, 2012/04/0070.

lung kann jedoch nur in jenem Ausmaß erfolgen, wonach die Abwicklung nicht unmöglich oder mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit tritt unabhängig von einem Ermessen des BVwG ein. Bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen muss von der Vertragsaufhebung gemäß § 334 Abs 4 BVergG abgesehen werden<sup>444</sup>.

Der Auftraggeber kann den Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Rückabwicklung dem BVwG vortragen, um die Aufhebung des Vertrags und den Verlust seiner Gewährleistungsansprüche aus den bereits erbrachten Leistungen zu verhindern<sup>445</sup>. Von der Nichtigkeitsklärung kann ebenso gemäß § 334 Abs 2 zweiter Satz BVergG abgesehen werden, wenn zwingende öffentliche Interessen der Vertragsauflösung entgegenstehen<sup>446</sup>.

Die absolute Nichtigkeitserklärung durch das BVwG erfolgt, wenn der Auftraggeber im Unterschwellenbereich offensichtlich rechtswidrig vorgegangen ist. Das Absehen von der Vertragsaufhebung ist jedoch unter einer Abwägung der Interessen von Auftraggeber und Öffentlichkeit möglich<sup>447</sup>. Es kann alternativ eine Geldbuße verhängt werden. Der Auftraggeber bleibt sanktionslos, wenn er gegen den Vorwurf der Rechtswidrigkeit, einen Irrtum über rechts- oder tatsächenerhebliche Umstände als Rechtfertigungsgrund vorbringt<sup>448</sup>.

Sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber in gemäß § 334 Abs 5 BVergG beantragen, dass die Vertragsaufhebung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll. Das BVwG prüft, ob dies im Hinblick der beteiligten Interessen erforderlich erscheint<sup>449</sup>.

Wird von der Nichtigkeitsklärung des Vertrages abgesehen, sind anderweitige Sanktionen gemäß § 334 Abs 7 und 8 BVergG zu verhängen. Sie umfassen verschuldensunabhängige Geldbußen, die effektiv, verhältnismäßig und präventiv wirken sollen<sup>450</sup>. Das Gericht hat die Buße unter Berücksichtigung etwaiger Erschwerungs- oder Milderungsgründe gemäß § 334 Abs 8 BVergG festzusetzen<sup>451</sup>. Es besteht eine Höchstgrenze, die

---

<sup>444</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2289.

<sup>445</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2287.

<sup>446</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 334 Rz 3.

<sup>447</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 334 Rz 4.

<sup>448</sup> VwGH 24.02.2010, 2009/04/0209.

<sup>449</sup> Vgl *Mandl in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 334 Rz 6.

<sup>450</sup> Vgl *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 207.

<sup>451</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2293.

von der jeweiligen Auftragssumme abhängt<sup>452</sup>. Die Auftragssumme bemisst sich gemäß § 2 Z 26 lit a BVergG aus dem Angebotspreis zuzüglich Umsatzsteuer<sup>453</sup>.

Das BVwG hat die Unwirksamklärung des Widerrufs gemäß § 335 BVergG auf Antrag des Rechtsschutzsuchenden festzustellen, wenn das Verfahren ohne vorherige Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung widerrufen worden ist oder der Widerruf an sich mit Rechtswidrigkeit behaftet ist. Zusätzlich hat eine Interessenabwägung der beteiligten Parteien gemäß § 335 Z 2 BVergG zu erfolgen. Das Interesse des Bieters an der Verfahrensfortsetzung muss mit höherer Wertigkeit beurteilt werden, als das Interesse des Auftraggebers, das Verfahren zu beenden. Ist der Widerruf durch das BVwG für unwirksam erklärt worden, findet eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens statt. Eine Bindung an die eingebrachten Angebote der Unternehmer besteht nicht (mehr)<sup>454</sup>.

## 2.4. Der Rechtsschutz auf Landesebene

Die vergabespezifische Nachprüfungskontrolle ist gemäß Art 14b Abs 3 iVm Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG Aufgabe des Landes, wenn der Auftraggeber diesem zurechenbar ist<sup>455</sup>. Dem Land steht dann sowohl die Gesetzgebungs-, als auch die Vollziehungskompetenz zu<sup>456</sup>. Auf der Grundlage des Art 130 Abs 2 Z 2 B-VG ist der Landesgesetzgeber ermächtigt, eine Beschwerdemöglichkeit zur Geltendmachung von Rechtsverstößen im Vergabeverfahren vorzusehen<sup>457</sup>. Von dieser Befugnis haben alle Bundesländer Gebrauch genommen und neun länderspezifische Vergabenachprüfungsgesetze erlassen, deren inhaltliche Ausgestaltung sich weitgehend an dem BVergG 2006 orientiert<sup>458</sup>. Das LVwG ist als Vergabekontrollbehörde des jeweiligen Bundeslandes eingerichtet<sup>459</sup>. Die Anträge sind direkt beim gegenständlichen LVwG einzureichen<sup>460</sup>. Die Anrufung des VfGH und des VwGH gegen Entscheidungen der LVwG steht ebenso offen<sup>461</sup>.

<sup>452</sup> Vgl Mandl in Schwartz, BVergG 2006<sup>2</sup> § 334 Rz 8.

<sup>453</sup> VwGH 09.09.2015, 2013/04/0046.

<sup>454</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2294.

<sup>455</sup> Vgl Hoehne/Joechl/Lummerstorfer, Das Recht der Vereine<sup>5</sup> (2016) 274.

<sup>456</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2320.

<sup>457</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2322.

<sup>458</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2323.

<sup>459</sup> Vgl Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 112.

<sup>460</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2332.

<sup>461</sup> Vgl Walther in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2323.

## 2.5. Der Rechtsschutz vor den Zivilgerichten

Der innerstaatliche Rechtsschutz basiert auf einem gemeinschaftsrechtlichen System, das neben einem verwaltungsbehördlichen Primärrechtsschutz auch die Zuerkennung von Schadenersatz im Rahmen des zivilrechtlichen Sekundärrechtsschutzes vorsieht. Die §§ 337-343 BVergG stellen dabei sonderrechtliche Besonderheiten des Schadenersatzrechts dar<sup>462</sup>. Darüberhinaus sind die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts gemäß § 340 BVergG anwendbar<sup>463</sup>. Insbesondere muss die Gehilfenzurechnung des § 1313a ABGB beachtet werden, wonach alle Organe der vergebenen Stelle iSv § 2 Z 42 BVergG dem Auftraggeber zugerechnet werden, wenn sie im Rahmen der Auftragsvergabe für den Auftraggeber tätig geworden sind<sup>464</sup>.

Anspruchsberechtigt sind alle übergangenen Parteien des Vergabeverfahrens<sup>465</sup>. Die schadenersatzrechtliche Besonderheit liegt insbesondere darin, dass der Auftraggeber unabhängig von einem etwaigen Verschulden schadenersatzpflichtig wird, wenn ein hinreichend qualifizierter Vergaberechtsverstoß vorliegt<sup>466</sup>. Ein Verstoß gegen Bestimmungen des Vergaberechts ist hinreichend qualifiziert, wenn der Auftraggeber die Grenzen seines Ermessens offensichtlich und erheblich überschreitet<sup>467</sup>.

Die Zulässigkeit der Schadenersatzklage setzt grundsätzlich die Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes durch die jeweilige Vergabekontrollbehörde gemäß § 341 Abs 2 BVergG voraus<sup>468</sup>. Siehe dazu 2.3.2.6.c. Dies gilt ebenso für die Durchsetzung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen, die gegen den Auftraggeber und den Mitbewerber durchgesetzt werden sollen<sup>469</sup>.

Die Zuständigkeit des jeweiligen Landesgerichtes bestimmt sich dem Sitz des Auftraggebers. Ist dieser nicht im Inland ansässig, richtet sich die Klageeinbringung an das Landesgericht für Zivilrechtssachen in Wien<sup>470</sup>.

Ohne diesbezügliche Feststellung ist die Schadenersatzklage gemäß § 341 Abs 3 BVergG nur in jenem Fall zulässig, wonach der Auftraggeber den Verfahrenswiderruf

<sup>462</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 337 Rz 1.

<sup>463</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 134.

<sup>464</sup> OGH 28.03.2000, 1Ob201/99m.

<sup>465</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 337 Rz 3.

<sup>466</sup> EuGH 30. 09. 2010, C-314/091.

<sup>467</sup> EuGH 05.05.1996, C- 46/93.

<sup>468</sup> OGH 26.09.2012 7 Ob 101/12x.

<sup>469</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 135.

<sup>470</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 341 Rz 1.

schuldhaft verursacht hat<sup>471</sup>. Dieser Fall ist beispielsweise gegeben, wenn die Festlegung eines rechtswidrigen Zuschlagskriteriums zur Bekämpfung der Ausschreibung führt und infolgedessen das Verfahren vom Auftraggeber zu widerrufen ist<sup>472</sup>.

Der Ersatzanspruch umfasst gemäß § 337 Abs 1 BVergG sowohl den Aufwand der Angebotsstellung, als auch die Kosten der Verfahrensteilnahme, die als sog Vertrauensschäden geltend zu machen sind<sup>473</sup>. In diesem Zusammenhang wird auch von einem negativen Vertragsinteresse gesprochen. Aufwendungen des Nachprüfungsverfahrens sind Teilnahmekosten des Vergabeverfahrens<sup>474</sup>. Aus dem Klagebegehren muss hervorgehen, ob das negative oder das positive Vertragsinteresse gefordert wird. Ein positives Vertragsinteresse liegt vor, wenn der Bieter jene Position erlangen will, die er erlangt hätte, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre<sup>475</sup>.

Im Rahmen des § 337 Abs 1 BVergG findet eine Haftungserleichterung des Rechtsschutzsuchenden statt, da die Kausalität der Rechtsverletzung für den eingetretenen Schaden nicht gefordert wird<sup>476</sup>. Der Bieter muss nicht darlegen, dass ohne den Rechtsverstoß die Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten ausgefallen wäre. Bringt die Vergabekontrollbehörde gemäß § 337 Abs 2 BVergG keine gegenteiligen Feststellungen vor, ist dem Schadenersatzbegehren stattzugeben<sup>477</sup>. Insofern können nicht nur jenem Bieter, der bei Vergabekonformität die Zuschlagserteilung erfahren hätte, Ersatzansprüche zugesprochen werden, sondern auch allen übrigen Verfahrensbeteiligten<sup>478</sup>. In diesem Fall gebührt den übergangenen Bietern das negative Vertragsinteresse<sup>479</sup>.

Alternativ kann der Kläger gemäß § 337 Abs 3 BVergG das Erfüllungsinteresse begehren. Dies setzt den Nachweis voraus, dass das Angebot des Klägers den Zuschlag tatsächlich erfahren hätte<sup>480</sup>. Im vorangegangenen Feststellungsverfahren darf das Gericht somit nicht dessen Untauglichkeit entschieden haben<sup>481</sup>. Eine mangelhafte Ausschreibung macht den Nachweis unmöglich, dass der Bieter die Zuschlagserteilung auf Grundlage der fehlerhaften Ausschreibung erhalten hätte. Der Nachweis gelingt, wenn das Angebot den höchsten Qualitätsstandart mit den niedrigsten Preis aufweist. Der Un-

<sup>471</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 341 Rz 4.

<sup>472</sup> Vgl *Vrba* in *Vrba (Hrsg)*, Schadenersatz in der Praxis<sup>30. Lfg</sup> (2014) Rz 6.

<sup>473</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 337 Rz 6.

<sup>474</sup> OGH 14.09.2006 6 Ob 85/06b.

<sup>475</sup> Vgl *Vrba* in *Vrba (Hrsg)*, Schadenersatz in der Praxis<sup>30. Lfg</sup> (2014) Rz 13.

<sup>476</sup> Vgl *Keschmann* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2368.

<sup>477</sup> OGH 26.09.2012 7 Ob 101/12x.

<sup>478</sup> OGH 28.03.2000 1 Ob 201/99m.

<sup>479</sup> Vgl *Vrba* in *Vrba (Hrsg)*, Schadenersatz in der Praxis<sup>30. Lfg</sup> (2014) Rz 13.

<sup>480</sup> OGH 29.04.2004 6 Ob 177/03b.

<sup>481</sup> OGH 27.06.2001, 7Ob200/00p.



ternehmer ist in diesem Fall als Bestbieter iSd § 338 Abs 1 Satz 2 BVergG anzusehen<sup>482</sup>.

Der Auftraggeber kann ebenso ein etwaiges Mitverschulden des Bieters gemäß § 1304 ABGB einwenden. Die Sorglosigkeit des Unternehmers kann beispielsweise darin erblickt werden, dass er trotz eigener Sachkunde an einem vergabewidrigen Verfahren teilnimmt<sup>483</sup>.

Anspruchsvernichtend ist neben der Feststellung der Chancenlosigkeit des Bieters, auch die unterbliebene Schadensabwendung gemäß § 337 Abs 2 und Abs 4 BVergG durch das Stellen eines Nachprüfungsantrags oder das Begehren auf Verhängung einer Einstweiligen Verfügung<sup>484</sup>. Der Schadenersatzanspruch ist ebenso zu versagen, wenn der Kläger die Bestbieterposition durch eine sittenwidrige Absprache mit den übrigen Unternehmern erlangt hat<sup>485</sup>. Auf Grundlage des § 338 BVergG steht dem Auftraggeber ein besonderes Regressrecht zu, wenn dem Bieter eine Beteiligung an einer strafbaren Handlung nachgewiesen werden kann<sup>486</sup>. Dem Auftraggeber kommt in diesem Zusammenhang auch ein spezielles Rücktrittsrecht zu Gute, wenn der Vergabevertrag bereits rechtsgeschäftlich abgeschlossen ist<sup>487</sup>. Unerheblich ist, ob der Bieter tatsächliche Kenntnis über das Tatverhalten seiner Vertreter und Gehilfen hatte<sup>488</sup>. Der Auftraggeber kann demnach vom Vergabevertrag zurücktreten, wenn die Straftat die Eignung besitzt, die Zuschlagsentscheidung zu beeinflussen. Der Nachweis der Kausalität der strafbaren Handlung für die Erteilung des Zuschlags ist nicht erforderlich<sup>489</sup>. Eine rechtskräftige Verurteilung des Bieters ist ebenso entbehrlich. Ein ungerechtfertigter Vertragsrücktritt lässt die Entgeltverpflichtung des Auftraggebers gegenüber seinem Vertragspartner nicht entfallen<sup>490</sup>. Das Rücktrittsrecht wirkt rechtsgestaltend. Eine außergerichtliche Geltendmachung ist möglich<sup>491</sup>.

Das Zivilgericht kann bei vermuteter, rechtswidriger Entscheidung der Vergabekontrollbehörde gemäß § 341 Abs 4 BVergG eine Amtsrevision gemäß Art 133 Abs 2 B-VG an

<sup>482</sup> Vgl Keschmann in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2370.

<sup>483</sup> OGH 13.09.2006 3 Ob 122/05w.

<sup>484</sup> Vgl *Vrba in Vrba (Hrsg)*, Schadenersatz in der Praxis<sup>30. Lfg</sup> (2014) Rz 6.

<sup>485</sup> OGH 13.04.1988 1 Ob 539/88.

<sup>486</sup> Vgl *Fink in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 338 Rz 1.

<sup>487</sup> Vgl *Fink in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 339 Rz 4.

<sup>488</sup> Vgl *Fink in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 339 Rz 2.

<sup>489</sup> Vgl *Fink in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 339 Rz 3.

<sup>490</sup> Vgl *Fink in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 339 Rz 6.

<sup>491</sup> Vgl *Fink in Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 339 Rz 5.

den VwGH herantragen<sup>492</sup>. An die Rechtsansicht des Höchstgericht ist das Zivilgericht gebunden<sup>493</sup>.

Zu beachten ist, dass die Aufhebung der Entscheidung durch ein Höchstgericht den Vertragsabschluss des Vergabeverfahrens gemäß § 342 BVergG unberührt lässt. Die ob-siegende Partei ist auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwie-sen<sup>494</sup>.

Im BVergG sind keine besonderen Regeln über die Verjährung von Schadenersatzan-sprüchen normiert<sup>495</sup>. Da die Feststellung des Vergabeverstoß durch die Vergabekon-trollbehörde als Prozessvoraussetzung für die Geltendmachung der Schadenersatzan-sprüche gilt, kann angenommen werden, dass die Frist erst im Zeitpunkt der Entschei-dungszustellung zu laufen beginnt. Ab diesem Moment ist die Kenntnis von Schädiger und Schaden iSd § 1489 ABGB jedenfalls möglich<sup>496</sup>.

Die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte finden im Vergaberecht Anwendung<sup>497</sup>. Die Fiskalgeltung der Grundrechte kommt insbesondere bei Vergabeverfahren zum Tra-gen, die außerhalb des Anwendungsbereichs des BVergG stattfinden. Der öffentliche Auftraggeber muss vor allem das Gleichheitsgebot beachten, das ihm die verschieden-artige Behandlung der Bieter ohne sachliche Rechtfertigung verbietet<sup>498</sup>. Die Nichtbe-achtung kann demnach zu Schadenersatzverpflichtungen des Auftraggebers führen. Anspruchslegitimiert ist dabei der übergangene Bieter im vorvertraglichen Vertragsab-schlussstadium<sup>499</sup>.

## 2.6. Rechtswege vor letztinstanzlichen Gerichtshöfen

### 2.6.1. Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Ergeht eine rechtswidrige Entscheidung des BVwG oder eines LVwG kann der Rechts-schutzsuchende das Rechtsmittel der Revision gemäß Art 133 Abs 1 Z 1 B-VG binnen sechs Wochen ab Zustellung, bei dem betreffenden Verwaltungsgericht gemäß § 24 Abs 1 und § 25a Abs 5 VwGG einbringen<sup>500</sup>. Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, wenn die Lösung einer Rechtsfrage von wesentlicher Bedeutung zu erwar-

<sup>492</sup> Vgl Keschmann in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2385.

<sup>493</sup> OGH 17.08.2006 10 Ob 94/04b.

<sup>494</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 342 Rz 2.

<sup>495</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 341 Rz 6.

<sup>496</sup> Vgl *Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 341 Rz 6.

<sup>497</sup> OGH 11. 07. 2001, 7 Ob 299/00x.

<sup>498</sup> Vgl *Vrba* in *Vrba (Hrsg)*, Schadenersatz in der Praxis<sup>30</sup>. Lfg (2014) Rz<sup>1</sup>.

<sup>499</sup> OGH 20. 08. 1998, 10 Ob 212/98v.

<sup>500</sup> Vgl *Reisner* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2296.

ten ist. Die Rechtserheblichkeit des Rechtsmittels ist zu bejahen, wenn die Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht mit der Judikatur des VwGH vereinbar ist, es an einer einschlägigen Rechtsprechung mangelt oder ein Abweichen von einer uneinheitlichen Rechtsprechung gerechtfertigt erscheint<sup>501</sup>.

Lässt das Verwaltungsgericht den Rechtsweg an den VwGH zu, indem es diese Möglichkeit in dem Erkenntnis oder den Beschluss ausdrücklich anführt, kann der Rechtsschutzsuchende die ordentliche Revision erheben. Andernfalls ist nur eine außerordentliche Revision zulässig. Die Differenzierung ergibt sich daraus, dass bei Ersterem ein Vorverfahren durch das jeweilige Verwaltungsgericht stattfindet. Im Rahmen der außerordentlichen Revision vollzieht der VwGH den gesamten Verfahrensablauf<sup>502</sup>.

Die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten des Rechtsmittelwerbers legen als sog Revisionspunkte den Prüfungsumfang des Begehrens gemäß § 28 Abs 1 Z 4 VwGG fest<sup>503</sup>. Als Parteien sind der Revisionswerber, der Auftraggeber und Beteiligte der Vergabepflichtprüfungskontrolle gemäß § 21 Abs 1 VwGG zulässig<sup>504</sup>. Diesen ist Gelegenheit zur Stellungnahme und die Möglichkeit zur Abgabe einer Revisionsbeantwortung einzuräumen<sup>505</sup>.

Der Revisionswerber wird in seinem Begehren grundsätzlich die Aufhebung der rechtswidrigen Entscheidung gemäß § 28 Abs 1 Z 6 iVm § 42 Abs 2 VwGG verlangen. Hebt der VwGH die Entscheidung auf, ist das Verwaltungsgericht zur neuerlichen Verfahrensdurchführung aufgefordert. Es ist dabei an die Rechtsansicht des VwGH gebunden. Der VwGH ist gemäß § 42 Abs 1 und Abs 4 VwGG darüberhinaus befugt, eine von der ergangenen Entscheidung des Verwaltungsgerichts losgelöste Sachentscheidung zu treffen. Der Gerichtshof kann dem Verwaltungsgericht eine weitergehende Ermittlung des Sachverhalts auferlegen<sup>506</sup>.

Weist das Verwaltungsgericht die ordentliche Revision zurück, kann der Rechtsschutzsuchende einen Vorlageantrag gemäß § 30b Abs 1 VwGG stellen, um die vollumfängliche Überprüfung der Revision beim VwGH dennoch zu erfahren<sup>507</sup>.

Kommt das Verwaltungsgericht der Vergabepflichtprüfungskontrolle innerhalb der vorgegebenen Fristen nicht nach, kann der Betroffene einen Fristeinsetzungsantrag gemäß Art 133

<sup>501</sup> Vgl Twardosz, Handbuch VwGH-Verfahren<sup>3</sup> (2014) 99.

<sup>502</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2296.

<sup>503</sup> VwGH 20.11.2014, Ro 2014/07/0097.

<sup>504</sup> Vgl Twardosz, Handbuch VwGH-Verfahren<sup>3</sup> (2014) 129.

<sup>505</sup> Vgl Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2302.

<sup>506</sup> Vgl Twardosz, Handbuch VwGH-Verfahren<sup>3</sup> (2014) 138.

<sup>507</sup> Vgl Lechner-Hartlieb/Sembacher/Urban, Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform Zuständigkeiten von A bis Z (2013) 115.

Abs 1 Z 1 Z 2 B-VG iVm § 38 VwGG an den VwGH adressieren<sup>508</sup>. Der Antrag ist beim jeweiligen Verwaltungsgericht einzubringen. Zum Einen wird dadurch erreicht, dass das Verwaltungsgericht die Gründe für die Verzögerung der Vergabekontrolle anführt. Zum Anderen kann der VwGH dem gegenständlichen Verwaltungsgericht die vergaberechtliche Entscheidung binnen angemessener Frist auferlegen<sup>509</sup>.

Der VwGH kann mögliche Kompetenzkonflikte gemäß Art 133 Abs 1 Z 3 B-VG klären<sup>510</sup>.

## 2.6.2. Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof

Die Anfechtung von Entscheidungen eines Verwaltungsgerichts kann gemäß Art 144 Abs 1 B-VG auch vor dem VfGH stattfinden, wenn sich der Beschwerdeführer durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichts in einem verfassungsrechtlich verankerten Recht verletzt erachtet sieht<sup>511</sup>. Dabei ist die Anfechtung im Rahmen einer Parallelbeschwerde an den VwGH oder im Umfang einer sog Sukzessivrevision zulässig. Die Sukzessivrevision richtet sich primär an den VfGH, bei dessen Ablehnung der Beschwerdeführer die Abtretung an den VwGH verlangen kann<sup>512</sup>. Das Eventualbegehren ist antragsbedürftig<sup>513</sup>. Das Rechtsmittel ist zu versagen, wenn die Lösung von verfassungsrechtlichen Bedenken nicht erwarten werden kann<sup>514</sup>. Die Beschwerde ist unmittelbar beim VfGH einzubringen<sup>515</sup>. Der Prüfungsumfang des VfGH erstreckt sich dabei auf Verstöße von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten, verfassungswidrigen Gesetzen und gesetzwidrigen Verordnungen<sup>516</sup>. Der VfGH kann ebenso für Kompetenzkonflikte berufen sein, die nicht dem Zuständigkeitsbereich des VwGH zu unterstellen sind<sup>517</sup>.

Die Rechtsmittel vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts entfalten von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung<sup>518</sup>. Es kann die Zuerkennung aufgrund eines Antrags erfolgen, wenn die Zulässigkeit der Rechtsmittel gegeben ist. Die Einbringung des Antrags bedarf keiner besonderen Frist<sup>519</sup>. Dem Beschwerdeführer müssen bei Nichtzuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 30 Abs 2 VwGG und § 85 Abs 2 VfGG

<sup>508</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2296.

<sup>509</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2305.

<sup>510</sup> VwGH 18.02.2015, Ko 2015/03/0001.

<sup>511</sup> Vgl *Twardosz*, Handbuch VwGH-Verfahren<sup>3</sup> (2014) 14.

<sup>512</sup> Vgl *Köhler in Baumgartner (Hrsg)*, Jahrbuch Öffentliches Recht (2014) 85.

<sup>513</sup> VfGH 12.03.2014, E30/2014.

<sup>514</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2309.

<sup>515</sup> zB VfGH 29.11.2014, G30/2014.

<sup>516</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2310.

<sup>517</sup> VfGH 07.10.2015, E1279/2015.

<sup>518</sup> Vgl *Reisner in Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2311.

<sup>519</sup> VwGH 28.11.2012, AW 2012/04/0037.

unverhältnismäßige Nachteile drohen, deren Entstehen auch nicht durch öffentliche Interessen gerechtfertigt werden kann<sup>520</sup>. Eine inhaltliche Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels findet im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht statt<sup>521</sup>. Wird die aufschiebende Wirkung zuerkannt, hat das Verwaltungsgericht die Durchsetzung des angefochtenen Erkenntnisses zu verhindern. Der Berechtigte darf seine Rechte gemäß § 30 Abs 2 VwGG und § 85 Abs 3 VfGG nicht ausüben<sup>522</sup>.

### 2.6.3. Beschwerde an den EGMR

Abschließend festzuhalten ist, dass eine Beschwerde binnen sechs Monaten an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte herangetragen werden kann, wenn die Ausführungen der letztinstanzlichen Gerichtshöfe nicht mit den Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Einklang stehen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist nicht als Berufungsgericht ausgestaltet. Demnach ist dieser nicht befugt, die Entscheidung der nationalen Gerichte abzuändern oder aufzuheben. Wird die Verletzung von Normen der EMRK festgestellt, ist der betreffende Mitgliedsstaat aufgefordert, die Übereinstimmung mit der EMRK zu vollziehen<sup>523</sup>.

## 3. Die europäische Rechtsschutzsituation

### 3.1. Das Europarecht als Ausgangslage

Die Entwicklung des öffentlichen Vergaberechts basiert grundlegend auf europarechtlichen Vorgaben. Das Europarecht liefert als Grundlage zum Einen den EG-Vertrag, zum Anderen sind Richtlinien und Verordnungen zu beachten. Ebenso ist der Judikatur des EuGH große Bedeutung beizumessen<sup>524</sup>. Die Richtlinien sind von den Mitgliedstaaten ordnungsgemäß und fristentsprechend in das nationale Recht umzusetzen<sup>525</sup>. Dem gegenüber entfalten Verordnungen aufgrund ihrer unmittelbaren Wirkung sofortiges, bindendes Recht, ohne das es einer Transformation bedarf. Das Europarecht steht über dem innerstaatlichen Recht und genießt einen Anwendungsvorrang. Da die Umsetzung der Vergaberichtlinien bereits durch die Schaffung des BVergG, sowie den neun Landesvergaberechtsschutzgesetzen in das nationale Recht erfolgt ist, sind die umfängli-

<sup>520</sup> VwGH 30.09.2009, AW 2009/04/0030.

<sup>521</sup> Vgl. *Reisner* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2311.

<sup>522</sup> Vgl. *Reisner* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2317.

<sup>523</sup> Vgl. *Heidinger/Kasper*, Antidiskriminierung<sup>2</sup> (2014) 91.

<sup>524</sup> Vgl. *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 23.

<sup>525</sup> Vgl. *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 29.

chen Richtlinien für die Praxis eher zu vernachlässigen. Es sei denn, der österreichische Gesetzgeber weicht bei der Umsetzung von den Regelungsgegenstand der Richtlinien ab. Dann können diese eine unmittelbare Wirkung entfalten oder vom EuGH bei Auslegungstreitigkeiten herangezogen werden<sup>526</sup>. Für den Rechtsschutz im Vergaberecht sind folgende Richtlinien von Bedeutung;

### **Rechtsmittelrichtlinie** für den klassischen Bereich

— Rechtsmittel-RL 1989/665/EWG idF RL 2007/66/EG ABI L 2007/335, 31

### **Sektorenrechtsmittelrichtlinie**

— Sektoren-Rechtsmittel-RL 1992/13/EWG ABI L 1992/76, 14, idF RL 2007/66/EG ABI L 2007/335, 31<sup>527</sup>

Der Rechtsschutz im Vergaberecht kann vor den inländischen Kontrolleinrichtungen, sowie mit zeitgleicher Verfahrensführung vor dem EuGH durchgesetzt werden. Die Einhaltung des Europarechts wird von der Kommission gemäß Art 17 Abs 1 EUV überwacht<sup>528</sup>.

## **3.2. Der Rechtsschutz auf Unionsebene**

### **3.2.1. Das Vertragsverletzungsverfahren**

Der Bewerber oder Bieter kann ein Vertragsverletzungsverfahren als Rechtsschutzmöglichkeit nicht erzwingen. Die Verfahrenseinleitung erfolgt ausschließlich durch die Kommission gemäß Art 17 Abs 1 EUV. Sofern der Unternehmer die Verletzung eines subjektiven Rechts behauptet, kann er aber jedenfalls eine Beschwerde an die europäische Kommission adressieren, um die Einleitung des Verfahrens anzuregen<sup>529</sup>.

Die Kommission folgt dem Beschwerdevorbringen gemäß Art 258 AEUV, wenn ein Mitgliedstaat *"gegen Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verstößt"*<sup>530</sup>. Das Vertragsverletzungsverfahren findet dabei vor dem EuGH statt<sup>531</sup>. Ein Gemeinschaftsrechtsverstoß liegt insbesondere dann vor, wenn die nationale Rechtsansicht dem europäischen Vergaberecht widerspricht oder die Vergaberichtlinien in einem nationalen Verfahren durch den öffentlichen Auftraggeber missachtet werden. Aus europarechtlicher

<sup>526</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen [Vorlesung] in Österreich (2006) 30.

<sup>527</sup> Vgl *Reindl*, Vergaberecht Rechtsschutz I (2016) 4.

<sup>528</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2388.

<sup>529</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2389.

<sup>530</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 328.

<sup>531</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 138.

Perspektive wird das rechtswidrige Verhalten des öffentlichen Auftraggebers dem entsprechenden Mitgliedstaat zugerechnet<sup>532</sup>. Der EuGH kann gemäß Art 260 Abs 1 AEUV dem Mitgliedstaat in seinem Urteil zwingende Maßnahmen auferlegen, die die Beseitigung des Rechtsverstößes bezwecken. Der Gerichtshof ist außerdem ermächtigt, dem Mitgliedstaat die Aussetzung des Vergabeverfahrens vorzuschreiben oder den Auftrag trotz Vertragsabschluss bis zur Urteilsfällung nicht abzuwickeln<sup>533</sup>.

### 3.2.2. Das Vorabentscheidungsverfahren

Der EuGH kann im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens parallel zu einem nationalen Vergabekontrollverfahren tätig werden. Die verpflichtende Anrufung des Gerichtshofs resultiert, für das betreffende nationale Gericht, nur wenn es ein Höchstgericht darstellt, da weitere Rechtsmittel aufgrund des ausgeschöpften Instanzenzuges nicht mehr zulässig sind. Dem BVwG und den Landesverwaltungsgerichten ist daher gemäß Art 267 Abs 3 AEUV keine Vorlagepflicht auferlegt<sup>534</sup>. Die zu Unrecht unterbliebenen Vorlage eines Höchstgerichts kann jedoch die Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf den gesetzlichen Richter nach sich ziehen<sup>535</sup>. Siehe dazu Seite 67. Der Partei des innerstaatlichen Vergabekontrollverfahrens steht kein subjektives Recht auf die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens zu. Es kann lediglich die Verfahrensdurchführung anregen<sup>536</sup>. Das Vorabentscheidungsverfahren dient der Auslegung einer strittigen Rechtslage, um eine einheitliche Anwendung der europarechtlichen Vorgaben zu gewährleisten. Der EuGH stellt in seinem Urteil klar, wie die betreffende Bestimmung zu verstehen ist<sup>537</sup>. Das Urteil entfaltet dabei eine zeitliche Wirkung, sodass die Rechtsansicht des EuGH bis zum Zeitpunkt des jeweiligen Inkrafttretens der Bestimmung zurückwirkt, sofern der Gerichtshof nicht Gegenteiliges ausspricht<sup>538</sup>.

### 3.2.3. Rechtswege vor der europäischen Kommission

Die Anrufung der europäischen Kommission besteht losgelöst von einem innerstaatlichen Vergabekontrollverfahren. Ein Beschwerdevorbringen ist daher auch nach Fristablauf eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens möglich<sup>539</sup>. Sowohl den beteiligten Unter-

<sup>532</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2390.

<sup>533</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 328.

<sup>534</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2394.

<sup>535</sup> Vgl *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006) 328.

<sup>536</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2395.

<sup>537</sup> Vgl *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014) 138.

<sup>538</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2397.

<sup>539</sup> EuGH 21.01.2010, C-17/09.

nehmern, als auch unbeteiligten Dritten steht die Möglichkeit offen, eine Beschwerde bei der Kommission einzubringen, um ein sog Mahnverfahren anzuregen. Das Mahnverfahren findet dabei zwischen der Kommission und dem betreffenden Mitgliedsstaat statt und kann ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH nach sich ziehen. Siehe dazu 3.2.1. Bleibt die europäischen Kommission trotz Anrufung untätig, ist diese Entscheidung nicht bekämpfbar<sup>540</sup>.

§ 336 BVergG regelt das sog Kontrollmechanismusverfahren der Kommission<sup>541</sup>. Hierbei wird der Republik Österreich einerseits eine umfassende Mitwirkungspflicht an der Einhaltung des Europarechts auferlegt und andererseits die Beseitigung von schweren Vergaberechtsverstößen vorgeschrieben<sup>542</sup>.

#### 4. Rechtswege im Wirkungsbereich der WTO

Die *World Trade Organization* (WTO) stellt eine internationale Organisation des Zusammenschlusses der Vereinten Nationen (UNO) dar und schafft den rechtlichen Rahmen der Globalisierung. Die Kernaufgabe der WTO liegt in der Sicherung des weltweiten Freihandels<sup>543</sup>. Im Bereich des vergabespezifischen Rechtsschutzes ist ein zweigleisiger Mechanismus vorgesehen. Einerseits sind Rechtsstreitigkeiten des öffentlichen Beschaffungswesens in einem sog Streitbeilegungsverfahren zu klären. Das Streitbeilegungsverfahren oder auch Panelverfahren genannt, ist dabei auf Grundlage des *Abkommens zur Errichtung der WTO* zu führen und zielt auf die einvernehmliche Lösung der Streitparteien ab. Das Verfahren findet dabei zwischen den WTO-Mitgliedsstaaten statt<sup>544</sup>. Andererseits ist ein sog Widerspruchsverfahren möglich. Zwischen einzelnen Mitgliedsstaaten der WTO ist ein spezielles Abkommen zustande gekommen, dass das öffentliche Beschaffungswesen zum Regelungsgegenstand hat und unter der englischen Bezeichnung "*Government Procurement Agreement*" (GPA) bekannt ist<sup>545</sup>. Die Möglichkeit des Einzelnen ein Widerspruchsverfahren auf nationaler Ebene durchsetzen zu können, ist Ausfluss des Wirkungsbereiches des GPA. Beschwerdelegitimiert ist dabei

---

<sup>540</sup> Vgl *Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 2398.

<sup>541</sup> Vgl *Lehner* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 336 Rz 1.

<sup>542</sup> EuGH 19.09. 1996, C-236/95.

<sup>543</sup> Vgl *Binder/Trauner*, Öffentliches Recht- Grundlagen<sup>3</sup> (2014) 343.

<sup>544</sup> Vgl *Schnitzer*, Internationales Vergaberecht Band 14 (2007) 153.

<sup>545</sup> Vgl *Schnitzer*, Internationales Vergaberecht Band 14 (2007) 125.



jeder Bieter, der sich durch das Vergabeverfahren in seinen subjektiven Rechten verletzt erachtet sieht und einem Unterzeichnerstaat zuzuordnen ist<sup>546</sup>.

## 5. Außerstaatliche Schlichtung

Um die oftmals aufwendige und kostenintensive Verfahrensführung vor den Vergabekontrollbehörden, Gerichten und Gerichtshöfen zu vermeiden, scheint die Anrufung einer Mediationsstelle zur Streitschlichtung durchaus sinnvoll<sup>547</sup>. Das BVergG 2006 sieht jedoch aktuell kein Schlichtungsverfahren vor einer bestimmten Mediationsstelle vor<sup>548</sup>.

## 6. Zusammenfassung

Im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe sind von den beteiligten Verfahrensparteien zahlreiche formale Hürden zu meistern, deren Nichtbeachtung weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen kann. Im Extremfall könnte eine Nachprüfungskontrolle bereits im Anfangsstadium misslingen, womit dem tatsächlichen "Bestbieter" der Auftrag jedenfalls nicht zukommt. Zusammenfassend wird nun bloß auf jene Aspekte eingegangen, die im Hinblick auf einen vollumfänglichen Rechtsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe von besonderer Bedeutung sind<sup>549</sup>.

### Wiedereinsetzung trotz Fristenversäumnis

Der Auftraggeber ist gegenüber den Bietern gemäß § 131 BVergG verpflichtet, den letzten Tag der Stillhaltefrist (per Datum) anzugeben. Die Problematik für den vergabespezifischen Rechtsschutz ergibt sich nun daraus, dass der betreffende Auftraggeber in seiner Mitteilung die Spannweite der Stillhaltefrist weitreichender formuliert, als dies tatsächlich von Gesetzes wegen vorgesehen ist.

So kam es dazu, dass jene Nachprüfungsanträge, die sich an die vom Auftraggeber genannten Stillhaltefristen orientierten, zurückgewiesen wurden, mit der Begründung, dass die Geltendmachung nicht innerhalb der gesetzlichen Frist erfolgte<sup>550</sup>. Daher muss stets beachtet werden, dass die gesetzlichen Anfechtungsfristen nie vom Auftraggeber (durch die Definition einer "neuen" Frist) abgedungen werden können. Der Antrag auf Wieder-

---

<sup>546</sup> Vgl. *Schnitzer*, Internationales Vergaberecht Band 14 (2007) 153.

<sup>547</sup> Vgl. *Walther* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Rz 1865.

<sup>548</sup> Vgl. *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012) 189.

<sup>549</sup> Vgl. *Merl*, Lücken und Tücken des Vergaberechtsschutzes, ZVB 2010/121 (401).

<sup>550</sup> BVA 15. 6. 2009, N/0035-BVA/09/2009-63.

einsetzung in den vorigen Stand gemäß § 71 AVG erfährt eine Ablehnung, da der Irrtum über die Fristen kein "unabwendbares Ereignis" begründe. Selbiges gilt, wenn die Stillhaltefrist mit der Anfechtungsfrist einer Widerrufsentscheidung verwechselt wird. Den Bietern wird eine Sorgfaltspflicht auferlegt, sich über die maßgeblichen Umstände, insbesondere der einschlägigen Anfechtungsfristen, in Kenntnis zu setzen. Zur Wahrung von rechtsschutzprägenden Interessen ist den jeweiligen Verfahrensbeteiligten geraten, in das gegenständliche Gesetz zu blicken, um nicht im Vertrauen auf die Angaben des Auftraggebers, die Unzulässigkeit bestimmter Rechtsschutzmöglichkeiten aufgrund des Ablaufes der gesetzlichen Fristen zu erfahren<sup>551</sup>. Selbiges gilt auch für die Berechnung von sog rückzurechnenden Anfechtungsfristen gemäß § 321 Abs 4 BVergG. Fällt das berechnete Fristende auf einen arbeitsfreien Tag (zB. Sonntag), so hat der Rechtsschutzsuchende *nicht weniger, sondern mehr Zeit* für das Einbringen des Antrags. Daraus ergeben sich in der Praxis häufig Missverständnisse<sup>552</sup>, weshalb auf die Berechnung der jeweiligen Fristen besonders Bedacht genommen werden muss<sup>553</sup>.

### **Die Nachprüfungskontrolle vor einer unzuständigen Vergabekontrollbehörde**

Der Auftraggeber hat gemäß § 79 Abs 1 BVergG und § 236 Abs 1 BVergG die Zuständigkeit der gegenständlichen Vergabekontrollbehörde zu bezeichnen. Es besteht insofern ein Vertrauensschutz des Bieters, da der fristgerechte Nachprüfungsantrag trotz unzuständiger Behörde zulässig ist, wenn dieser auf die Angaben des Auftraggebers vertraut hat und keine offensichtliche Unzuständigkeit der Behörde gegeben ist. Zu beachten ist, dass diese rechtsschutzerhaltene Regelung auf Landesebene bislang nicht umgesetzt wurde. Ebenso muss berücksichtigt werden, dass der Nachprüfungsantrag trotz Behördenunzuständigkeit zwar an sich zulässig ist, aber im Ergebnis dennoch einen unerwünschten Ausgang erfahren kann. Wird der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung von der unzuständigen Behörde stattgegeben, leitet diese aber die Nachprüfungskontrolle an die zuständige Behörde weiter, kann uU ein Zeitfenster entstehen, indem der Auftraggeber den Zuschlag gemäß § 328 Abs 5 BVergG erteilen kann. Dieses Zeitfenster entsteht, wenn die einstweilige Verfügung von der unzuständigen Behörde aufgehoben wird, weil es den Gegenstand der Nachprüfungskontrolle an die richtige Instanz adressiert. Die Verhängung der einstweiligen Verfügung durch die zuständige Behörde bedarf erneuter Bearbeitungszeit. Der Rechtsschutzsuchende kann

---

<sup>551</sup> Vgl *Merl*, Lücken und Tücken des Vergaberechtsschutzes, ZVB 2010/121 (402).

<sup>552</sup> BVA 23. 6. 2006, N/0036-BVA/02/2006-22.

<sup>553</sup> Vgl *Merl*, Lücken und Tücken des Vergaberechtsschutzes, ZVB 2010/121 (405).

im Hinblick auf die anfallenden Pauschalgebühren abwägen, ob er seine Anträge an alle Nachprüfungsinstanzen heranträgt<sup>554</sup>.

### **Anträge per Email außerhalb der Amtsstunden**

In der Praxis werden Nachprüfungsanträge gerne per Email eingebracht, weshalb die Frage zulässig ist, ob das Einreichen der Anträge bis 24 Uhr des letzten Tages der jeweiligen Anfechtungsfrist offen steht oder innerhalb der Amtsstunden erfolgen muss. Der VwGH erkennt die Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit von Nachprüfungsanträgen an, die außerhalb der jeweiligen Amtsstunden eintreffen<sup>555</sup>. Im Hinblick auf einen effektiven Rechtsschutz muss besonders beachtet werden, dass die Vergabekontrollbehörde der Bearbeitung gemäß § 13 Abs 5 AVG nur innerhalb der Amtsstunden nachgeht. Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit einem Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung von Bedeutung. Zum Einen wird dem Antrag nur innerhalb der Amtsstunden nachgegangen, zum Anderen greift die Sperrwirkung (bei Stattgabe des Antrags auf einstweilige Verfügung) erst ab dem Zeitpunkt, indem der Auftraggeber von der einstweiligen Verfügung durch die Behörde gemäß § 328 Abs 5 BVergG verständigt wird. Daher ist dem Rechtsschutzsuchenden geraten, den Nachprüfungsantrag (wenn möglich) innerhalb der Amtsstunden einzureichen, um die Zuschlagserteilung des Auftraggebers mangels Rechtzeitigkeit der einstweiligen Verfügung zu vermeiden<sup>556</sup>.

### **Fristenlauf trotz Unkenntnis des Bieters**

Das Absenden der Entscheidung des Auftraggebers löst gemäß § 321 Abs 1 BVergG die Frist für etwaige Nachprüfungsanträge aus. In diesem Zusammenhang stellt sich (ähnlich wie beim Zugang außerhalb der Amtsstunden) die Frage, ob der Bieter die jederzeitige Kenntnisnahme der Auftraggeberentscheidung sicherstellen muss oder ob die Entscheidung erst innerhalb eines Arbeitstages rechtsfolgenauslösend wirkt. Da eine abschließende Antwort bislang durch die Rechtsprechung nicht erfolgte, ist dem Rechtsschutzsuchenden empfohlen, sein Emailpostfach ganztags zu überwachen, da mit einer jederzeitigen fristauslösenden Entscheidung des Auftraggebers gerechnet werden muss<sup>557</sup>.

---

<sup>554</sup> Vgl *Merl*, Lücken und Tücken des Vergaberechtsschutzes, ZVB 2010/121 (403).

<sup>555</sup> VwGH 22.04.2009, 2008/04/0089.

<sup>556</sup> Vgl *Merl*, Lücken und Tücken des Vergaberechtsschutzes, ZVB 2010/121 (404).

<sup>557</sup> Vgl *Merl*, Lücken und Tücken des Vergaberechtsschutzes, ZVB 2010/121 (406).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vergaberecht eine Spannweite an Tücken für die Durchsetzung der jeweiligen Rechtsschutzmöglichkeiten mit sich bringen kann. Durch eine genauere Betrachtung des jeweiligen Gesetzes kann diesen Rechtsschutzhürden oftmals effektiv entgegengewirkt werden.

## 7. Ausblick

Mit 01.03.2016 ist die Novelle zum BVergG 2015 in Kraft getreten. Die Umsetzung der neuen RL erfolgte am 18.04.2016<sup>558</sup>. Die BVergG-Novelle 2015 bringt vor allem eine neue Subunternehmerregelung mit sich, sowie die weitgehende ex-lege Pflicht zum Bestbieterprinzip. Die BVergG-Novelle 2015 nimmt damit Einfluss auf die Wahlmöglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, welches Zuschlagsprinzip im Vergabeverfahren Anwendung findet. In § 73 Abs 3 BVergG ist nun eine Liste mit Konstellationen eingefügt, die dem Auftraggeber das zwingende Vorgehen nach dem Bestbieterprinzip auferlegt. § 79 Abs 3 Z 8 BVergG ist hervorzuheben, wonach bei Bauaufträgen mit einem geschätztem Auftragswert ab 1 Mio Euro zwingend das Bestbieterprinzip anzuwenden ist<sup>559</sup>.

---

<sup>558</sup> Vgl. *Fruhmann*, Die BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016/26 (111).

<sup>559</sup> Vgl. *Ziniel*, Stärkung des Bestbieterprinzips im Vergaberecht, RFG 2016/7 (38).

## 8. Literaturverzeichnis

- Binder/Trauner*, Öffentliches Recht- Grundlagen<sup>3</sup> (2014)
- Eberhard/Grabenwarter/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Vranes*, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht I<sup>9</sup> (2013)
- Fink* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> (2015) §§ 337, 338, 339, 341
- Fruhmann*, Die BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016/26
- Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006)
- Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2014)
- Hauk/Oder* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015)
- Heidinger/Kasper*, Antidiskriminierung<sup>2</sup> (2014)
- Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>4</sup> (2014)
- Hoehne/Joechl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine<sup>5</sup> (2016)
- Huber* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015)
- Katary/Breitenfeld/Ertl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015)
- Kaufmann/Schnabl*, Vergaberecht in der Praxis<sup>3</sup> (2010)
- Keschmann* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015)
- Köhler* in *Baumgartner (Hrsg)*, Jahrbuch Öffentliches Recht (2014)
- Küchli* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> (2015) §§ 131, 138, 140
- Lechner-Hartlieb/Sembacher/Urban*, Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform Zuständigkeiten von A bis Z (2013)
- Lehner* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> (2015) § 336
- Madl* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015)
- Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> (2015) §§ 320, 322, 324, 325, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334
- Merl*, Lücken und Tücken des Vergaberechtsschutzes, ZVB 2010/121
- Pallitsch* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> (2015) §§ 105, 151, 155
- Reindl*, Vergaberecht Rechtsschutz I [Vorlesung] (2016)
- Reisner* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015)
- Schnitzer*, Internationales Vergaberecht Band 14 (2007)
- Schwartz* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> (2015) § 2
- Twardosz*, Handbuch VwGH-Verfahren<sup>3</sup> (2014)

*Walther* in *Heid/Preslmayr (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015)

*Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht<sup>3</sup> (2012)

*Vrba* in *Vrba (Hrsg)*, Schadenersatz in der Praxis<sup>30. Lfg</sup> (2014)

*Ziniel*, Stärkung des Bestbieterprinzips im Vergaberecht, RFG 2016/7

## 9. Judikaturverzeichnis

VfGH 07.10.2015, E1279/2015.

VfGH 29.11.2014, G30/2014.

VfGH 12.03.2014, E30/2014.

VfGH 05.03.2014, B344/2013.

VfGH 06.06.2005 B 76/04.

VfGH 02.03.2002, B691/01.

VfGH 10.12.2001, B546/00.

VfGH 15.10.2001, B1369/01.

VfGH 30.11.2000, B4773/96.

VfGH 01.10.1994, V65/93.

VwGH 09.09.2015, 2013/04/0046.

VwGH 18.03.2015, 2012/04/0070.

VwGH 18.02.2015, Ko 2015/03/0001.

VwGH 20.11.2014, Ro 2014/07/0097.

VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149.

VwGH 26.02.2014, 2011/04/0134.

VwGH 21.01.2014, 2011/04/0003.

VwGH 11.12.2013, 2012/04/0133.

VwGH 13.11.2013, 2012/04/0022.

VwGH 12.09.2013, 2010/04/0119.

VwGH 09.04.2013, 2011/04/0207.

VwGH 09.04.2013, 2011/04/0224.

VwGH 06.03.2013, 2010/04/0037.

VwGH 06.03.2013, 2011/04/0115.

VwGH 28.11.2012, AW 2012/04/0037.

VwGH 08.11.2012, 2012/04/0097.

VwGH 25.09.2012, 2008/04/0054.

VwGH 14.03.2012, 2008/04/0228.

VwGH 22.11.2011, 2007/04/0078.

VwGH 15.09.2011, 2005/04/0060.

VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128.

VwGH 22.06.2011, 2007/04/0037.

VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043.  
VwGH 25.01.2011, 2006/04/0238.  
VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077.  
VwGH 24.02.2010, 2009/04/0209.  
VwGH 24.02.2010, 2008/04/0239.  
VwGH 27.01.2010, 2008/04/0153.  
VwGH 30.09.2009, AW 2009/04/0030.  
VwGH 22.04.2009, 2008/04/0089.  
VwGH 03.09.2008, 2008/04/0109.  
VwGH 27.06.2007, 2005/04/0111.  
VwGH 23.05.2007, 2007/04/0010.  
VwGH 23.05.2007, 2005/04/0214.  
VwGH 26.04.2007, 2005/04/0222.  
VwGH 28.03.2007, 2005/04/0200.  
VwGH 24.02.2006, 2004/04/0127.  
VwGH 27.01.2006, 2005/04/0202.  
VwGH 20.12.2005, 2004/04/0130.  
VwGH 24.03.2004, 2001/04/0218.  
VwGH 01.03.2004, 2004/04/0012.  
VwGH 27.11.2003, 2003/04/0069.  
VwGH 09.10.2002, 2000/04/0155.  
VwGH 09.05.2001, 2001/04/0022.  
VwGH 24.01.2001, 2001/04/0004.  
VwGH 08.11.2000, 2000/04/0040.

EuGH 26.11.2015, C-166/44.  
EuGH 11.12.2014, C-440/13.  
EuGH 11.9.2014, C-19/13.  
EuGH 08.05.2014, C-161/13.  
EuGH 04.07.2013, C-100/12.  
EuGH 30. 09. 2010, C-314/091.  
EuGH 21.01.2010, C-17/09.  
EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03.  
EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02.  
EuGH 19.06.2003, Rs C-249/01.



EuGH 12.12. 2002, C-470/99.

EuGH 28.10. 1999, Rs C-81/98.

EuGH 19.09. 1996, C-236/95.

EuGH 05.05.1996, C- 46/93.

EuG 13.01.2004, Rs T-158/99.

BVwG 19.12.2014, W123 2013963-2.

BVwG 03.10.2014, W187 2012440-1.

BVwG 19.09.2014, W139 2009635-2.

BVwG 06.08.2014, W123 2009469-1.

BVwG 16.07.2014, W123 2009470-1.

BVwG 16.06.2014, W187 2008561-1 und W187 200858-1.

BVwG 14.04.2014, W138 2003084-1.

BVwG 31.01.2014, W139 2000171-1.

BVwG 10. 01. 2014, W187 2000170-1/11.

BVwG 10.01.2014, W139 2000171-1.

BVA 15. 6. 2009, N/0035-BVA/09/2009-63.

BVA 23. 6. 2006, N/0036-BVA/02/2006-22.

BVA 09.04.2004, 15N-17/04-40.

OGH 21.02.2013 2 Ob 241/12y.

OGH 26.09.2012, 7Ob101/12x.

OGH 17.08.2006, 10 Ob94/04b.

OGH 14.09.2006 6 Ob 85/06b.

OGH 13.09.2006 3 Ob 122/05w.

OGH 17.08.2006 10 Ob 94/04b.

OGH 16.2.2005, 7 Ob 18/04d.

OGH 29.04.2004 6 Ob 177/03b.

OGH 10.04.2003, 8Ob183/02y.

OGH 11. 07. 2001, 7 Ob 299/00x.

OGH 27.06.2001, 7Ob200/00p.

OGH 28.03.2000, 1Ob201/99m.

OGH 20. 08. 1998, 10 Ob 212/98v.

OGH 13.04.1988 1 Ob 539/88.