

TE Vwgh Beschluss 2022/6/7 Ra 2021/04/0014

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.06.2022

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §331 Abs1

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Schara, über die Revision der A HandelsgmbH in W, vertreten durch Huber | Berchtold Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Getreidemarkt 14/13, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 10. November 2020, Zl. VGW-123/077/7868/2020/E-19, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Stadt W, 2. G GmbH in W, vertreten durch Shamiyeh & Reiser Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Am Schillerpark, Rainerstraße 6-8), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

1

1. Zur Vorgeschichte wird zunächst auf die Darstellung im hg. Erkenntnis vom 16. Juni 2020, Ro 2018/04/0015, Rn. 1-13, verwiesen. Mit dem dort angefochtenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 28. Mai 2018 wurde der Antrag der Revisionswerberin auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Erstmitbeteiligte als Auftraggeberin rechtswidrig gewesen sei, abgewiesen.

2

Mit dem Erkenntnis Ro 2018/04/0015 hob der Verwaltungsgerichtshof dieses Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes auf. In seiner Begründung hielt der Verwaltungsgerichtshof - soweit für die vorliegende Revisionssache von Relevanz - fest, dass ein Antrag auf Feststellung klar zu bezeichnen habe, welche Feststellung angestrebt werde, und das als rechtswidrig festzustellende Vorgehen des Auftraggebers auch in zeitlicher Hinsicht festzumachen sei. Im gegenständlichen Fall sei der Feststellungsantrag nicht ausreichend konkretisiert

worden und es gehe nicht hervor, welcher zeitlich konkretisierte Sachverhalt als eine wesentliche Änderung des ursprünglichen (2002 von der Erstmitbeteiligten vergebenen) Auftrages anzusehen sei. Nach entsprechender Konkretisierung durch die Revisionswerberin werde das Verwaltungsgericht auf Basis der in zeitlicher Hinsicht maßgeblichen Feststellungen die dargelegten Rechtsfragen zu beurteilen und im Wege einer Plausibilitätsprüfung die Antragslegitimation zu klären haben.

3

Im fortgesetzten Verfahren präzierte die Revisionswerberin über Aufforderung durch das Verwaltungsgericht ihren Feststellungsantrag in zeitlicher Hinsicht.

4

2. Mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis vom 10. November 2020 sprach das Verwaltungsgericht Wien über diesen Feststellungsantrag nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung wie folgt ab:

„Dem Antrag vom 14.3.2018, präzisiert am 2.9.2020, festzustellen, dass die Lieferung von Fertighäusern für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt W ab dem 2.1.2017, in eventu ab dem 2.1.2018 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG bzw. der hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, in eventu festzustellen, dass die Beauftragung der [zweitmitbeteiligten Partei] mit der Lieferung von Fertighäusern für das Mittagessen in Kindertagesheimen der Stadt W zum Zeitpunkt der letzten Vertragsänderung vor Einbringung des Feststellungsantrags am 14.3.2018 [...] rechtswidrig war, wird nicht stattgegeben.“

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erklärte das Verwaltungsgericht für unzulässig.

5

2.1. Das Verwaltungsgericht traf zunächst nähere Feststellungen zum Inhalt des zugrundeliegenden Vertrages (insbesondere zu den Punkten Speisenangebot, Zusammensetzung der Menüs, Einheitspreis, Überarbeitung der Speisepläne, Liefermengen, Vertragsdauer, Standorte sowie europaweite Ausschreibung des ursprünglichen Auftrages). Da die Auftraggeberin das Vorbringen der Revisionswerberin zwar bestritten, selbst aber kein Datenmaterial vorgelegt habe, sei davon auszugehen, dass die von der Revisionswerberin vorgebrachten Änderungen des Vertrages - soweit nicht durch Fakten widerlegt - tatsächlich eingetreten seien.

6

Die Revisionswerberin verfüge über folgende Gewerbeberechtigungen: Handelsgewerbe (seit 13. Jänner 2014), Gastgewerbe Restaurant (seit 13. Juni 2016), Gastgewerbe Imbissstube (seit 1. Dezember 2017), Gastgewerbe Lieferküche (seit 11. Jänner 2018). Zu den im Feststellungsantrag angeführten Zeitpunkten der Vertragsänderung (2. Jänner 2017 und 2. Jänner 2018) habe die Revisionswerberin somit nicht über eine Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche verfügt. Die G G GmbH (Zweitmitbeteiligte, aktuelle Auftragnehmerin), die (durch Umgründung bzw. Umbenennung) aus der ursprünglichen Vertragspartnerin hervorgegangen sei, verfüge ua. über die Befugnis Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche.

7

2.2. In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht zur Antragslegitimation der Revisionswerberin (auf das Wesentliche zusammengefasst) mit näherer Begründung aus, dass das Handelsgewerbe der Revisionswerberin keine einschlägige Grundlage für die (vom Vertragsinhalt umfasste) Herstellung der auftragsgegenständlichen Fertighäuser sei, zumal der Auftrag keine Einschränkung auf „Speisen einfacher Art“ enthalte. Auch die vorhandene Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart Restaurant decke die nachgefragte Leistung nicht ab, weil die Herstellung von Fertighäusern für die Betriebsart Restaurant nicht betriebsarttypisch sei. Auch eine Leistungserbringung im Wege näher dargestellter Nebenrechte gemäß § 32 GewO 1994 komme (im Hinblick auf die diesbezüglich vorgesehenen umfangmäßigen Beschränkungen bzw. mangels Vorliegen einer untergeordneten Tätigkeit) nicht in Betracht. Die Revisionswerberin habe - so das Verwaltungsgericht - durchgehend argumentiert, selbst über die erforderlichen Befugnisse zu verfügen, wobei sie insbesondere ihre Befugnis für das Handelsgewerbe als ausreichend angesehen habe. Dass sie die (bis zum 11. Jänner 2018) fehlende Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche durch Eingehen einer Bietergemeinschaft oder durch Beiziehung eines Subunternehmers substituiert hätte, habe die Revisionswerberin nicht vorgebracht. Der Revisionswerberin hätte daher durch die von ihr beanstandeten Vertragsänderungen zum 2. Jänner 2017 und zum 2. Jänner 2018 kein Schaden entstehen können, weshalb es ihr an der Antragslegitimation mangle.2.2. In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht zur Antragslegitimation der Revisionswerberin (auf das Wesentliche zusammengefasst) mit näherer Begründung aus, dass das Handelsgewerbe der Revisionswerberin keine einschlägige Grundlage für die (vom Vertragsinhalt umfasste) Herstellung der

auftragsgegenständlichen Fertighmenüs sei, zumal der Auftrag keine Einschränkung auf „Speisen einfacher Art“ enthalte. Auch die vorhandene Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart Restaurant decke die nachgefragte Leistung nicht ab, weil die Herstellung von Fertighmenüs für die Betriebsart Restaurant nicht betriebsarttypisch sei. Auch eine Leistungserbringung im Wege näher dargestellter Nebenrechte gemäß Paragraph 32, GewO 1994 komme (im Hinblick auf die diesbezüglich vorgesehenen umfangmäßigen Beschränkungen bzw. mangels Vorliegen einer untergeordneten Tätigkeit) nicht in Betracht. Die Revisionswerberin habe - so das Verwaltungsgericht - durchgehend argumentiert, selbst über die erforderlichen Befugnisse zu verfügen, wobei sie insbesondere ihre Befugnis für das Handelsgewerbe als ausreichend angesehen habe. Dass sie die (bis zum 11. Jänner 2018) fehlende Befugnis für das Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche durch Eingehen einer Bietergemeinschaft oder durch Beiziehung eines Subunternehmers substituiert hätte, habe die Revisionswerberin nicht vorgebracht. Der Revisionswerberin hätte daher durch die von ihr beanstandeten Vertragsänderungen zum 2. Jänner 2017 und zum 2. Jänner 2018 kein Schaden entstehen können, weshalb es ihr an der Antragslegitimation mangle.

8

Darüber hinaus - so das Verwaltungsgericht weiter - läge auch dann keine Vergaberechtswidrigkeit vor, wenn man von einer Antragslegitimation ausginge. Diesbezüglich hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, die Revisionswerberin habe Änderungen des Leistungsinhaltes glaubhaft gemacht, die zumindest teilweise nicht durch Vertragsänderungsklauseln determiniert seien, aus denen sich der geänderte Leistungsinhalt „klar, eindeutig und bestimmt“ ableiten lasse. Im Hinblick auf die geltend gemachten Feststellungszeitpunkte sei das BVergG 2018 und damit sein § 365 (betreffend Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit) allerdings noch nicht maßgeblich. Dem Vorbringen der Revisionswerberin, (die § 365 BVergG 2018 zugrundeliegende Regelung des) Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU sei unmittelbar anwendbar, sei wiederum entgegenzuhalten, dass diese Bestimmung auf „besondere Dienstleistungen“ im Sinn des Art. 74 der Richtlinie 2014/24/EU nicht anzuwenden sei und es sich vorliegend um eine derartige Dienstleistung handle. Darüber hinaus gehe die Berufung auf Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU auch deshalb ins Leere, weil dies einen vergaberechtlich relevanten Vorgang nach Ablauf der Umsetzungsfrist (18. April 2016) voraussetzen würde und die von der Revisionswerberin revidierten Änderungen einen „kontinuierlichen Vorgang“ darstellten, der mit Leistungsbeginn im Jahr 2002 begonnen habe. Darüber hinaus - so das Verwaltungsgericht weiter - läge auch dann keine Vergaberechtswidrigkeit vor, wenn man von einer Antragslegitimation ausginge. Diesbezüglich hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, die Revisionswerberin habe Änderungen des Leistungsinhaltes glaubhaft gemacht, die zumindest teilweise nicht durch Vertragsänderungsklauseln determiniert seien, aus denen sich der geänderte Leistungsinhalt „klar, eindeutig und bestimmt“ ableiten lasse. Im Hinblick auf die geltend gemachten Feststellungszeitpunkte sei das BVergG 2018 und damit sein Paragraph 365, (betreffend Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit) allerdings noch nicht maßgeblich. Dem Vorbringen der Revisionswerberin, (die Paragraph 365, BVergG 2018 zugrundeliegende Regelung des) Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU sei unmittelbar anwendbar, sei wiederum entgegenzuhalten, dass diese Bestimmung auf „besondere Dienstleistungen“ im Sinn des Artikel 74, der Richtlinie 2014/24/EU nicht anzuwenden sei und es sich vorliegend um eine derartige Dienstleistung handle. Darüber hinaus gehe die Berufung auf Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU auch deshalb ins Leere, weil dies einen vergaberechtlich relevanten Vorgang nach Ablauf der Umsetzungsfrist (18. April 2016) voraussetzen würde und die von der Revisionswerberin revidierten Änderungen einen „kontinuierlichen Vorgang“ darstellten, der mit Leistungsbeginn im Jahr 2002 begonnen habe.

9

Ergänzend führte das Verwaltungsgericht noch Folgendes aus: Zur geltend gemachten Änderung der Standorte, Anpassung der Menüs sowie Verschiebung des Verhältnisses der einzelnen „Menülinien“ zueinander verwies das Verwaltungsgericht darauf, dass der zugrundeliegende Auftrag diese Möglichkeiten ausdrücklich vorsehe und diese Vertragsbestimmungen nicht an den Anforderungen des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU zu messen seien. Das Vorbringen, dass der Auftragswert erheblich angestiegen bzw. das ursprüngliche Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sei, erachtete das Verwaltungsgericht mit jeweils näherer Begründung als unzutreffend. Dem Vorbringen, wonach die Vertragsdauer übermäßig lang sei, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass eine Limitierung der Vertragsdauer weder dem BVergG 2006 noch dem Unionsrecht entnommen werden könne. Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin sei die Regelung der Vertragsdauer nach ihrem objektiven Erklärungswert nicht dahingehend zu verstehen, dass der Auftrag mit maximal sechs Jahren befristet gewesen sei. Es liege vielmehr ein unbefristeter Vertrag mit jährlicher Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf von fünf Jahren

vor.Ergänzend führte das Verwaltungsgericht noch Folgendes aus: Zur geltend gemachten Änderung der Standorte, Anpassung der Menüs sowie Verschiebung des Verhältnisses der einzelnen „Menülinien“ zueinander verwies das Verwaltungsgericht darauf, dass der zugrundeliegende Auftrag diese Möglichkeiten ausdrücklich vorsehe und diese Vertragsbestimmungen nicht an den Anforderungen des Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU zu messen seien. Das Vorbringen, dass der Auftragswert erheblich angestiegen bzw. das ursprüngliche Vergabeverfahren nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sei, erachtete das Verwaltungsgericht mit jeweils näherer Begründung als unzutreffend. Dem Vorbringen, wonach die Vertragsdauer übermäßig lang sei, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass eine Limitierung der Vertragsdauer weder dem BVergG 2006 noch dem Unionsrecht entnommen werden könne. Entgegen der Auffassung der Revisionswerberin sei die Regelung der Vertragsdauer nach ihrem objektiven Erklärungswert nicht dahingehend zu verstehen, dass der Auftrag mit maximal sechs Jahren befristet gewesen sei. Es liege vielmehr ein unbefristeter Vertrag mit jährlicher Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf von fünf Jahren vor.

10

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

11

3. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.³ Nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

12

Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen. Nach Paragraph 34, Absatz eins, VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

13

Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. Nach Paragraph 34, Absatz eins a, VwGG ist die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (Paragraph 28, Absatz 3, VwGG) zu überprüfen.

14

4. Vorauszuschicken ist zunächst Folgendes: Das Verwaltungsgericht hat seine - dem Feststellungsantrag nicht stattgebende - Entscheidung zum einen auf die fehlende Antragslegitimation der Revisionswerberin und zum anderen darauf gestützt, dass sich die Revisionswerberin (aus mehreren Gründen) nicht erfolgreich auf Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU berufen könne.⁴ Vorauszuschicken ist zunächst Folgendes: Das Verwaltungsgericht hat seine - dem Feststellungsantrag nicht stattgebende - Entscheidung zum einen auf die fehlende Antragslegitimation der Revisionswerberin und zum anderen darauf gestützt, dass sich die Revisionswerberin (aus mehreren Gründen) nicht erfolgreich auf Artikel 72, der Richtlinie 2014/24/EU berufen könne.

15

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass eine Revision unzulässig ist, wenn das angefochtene Erkenntnis auf einer tragfähigen Alternativbegründung beruht und dieser Begründung keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zugrunde liegt (vgl. VwGH 8.8.2018, Ra 2017/04/0112, Rn. 17, mwN). Die vorliegende Revision wäre daher nur zulässig, wenn sie auch zur (vom Verwaltungsgericht alternativ herangezogenen) Antragslegitimation der Revisionswerberin eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufzeigen würde. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass eine Revision unzulässig ist, wenn das angefochtene Erkenntnis auf einer tragfähigen Alternativbegründung beruht und dieser Begründung keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zugrunde liegt vergleiche , VwGH 8.8.2018, Ra 2017/04/0112, Rn. 17, mwN). Die vorliegende Revision wäre daher nur zulässig, wenn sie auch zur (vom Verwaltungsgericht alternativ herangezogenen)

Antragslegitimation der Revisionswerberin eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufzeigen würde.

16

5.1. Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit der Revision im Zusammenhang mit der Antragslegitimation zum einen vor, dass für die Lieferung von Fertighäusern das Handelsgewerbe ausreichend sei, und beruft sich dafür auf das Erkenntnis VwGH 24.2.2010, 2005/04/0039. Von diesem Erkenntnis sei das Verwaltungsgericht mit der angefochtenen Entscheidung abgewichen. Die Abweisung des Feststellungsantrags könne daher nicht damit begründet werden, dass es der Revisionswerberin zu den maßgeblichen Zeitpunkten an der Gewerbeberechtigung Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche gefehlt habe.

17

Dazu ist zunächst anzumerken, dass das Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall die Gewerbeberechtigung Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche nicht für die Lieferung der Fertighäuser, sondern für die - vom Vertragsinhalt ebenfalls erfasste - Herstellung der Fertighäuser als erforderlich erachtet hat. Vor allem aber ist dem diesbezüglichen Vorbringen der Revisionswerberin Folgendes entgegenzuhalten:

18

Dem hg. Erkenntnis 2005/04/0039 lag die Ausschreibung der „Lieferung von Fertighäusern für das Mittagessen an Schulen der Stadt Wien“ zugrunde. Der dort im Nachprüfungsverfahren zuständige Vergabekontrollsenat Wien (VKS) hielt in seiner Entscheidung fest, dass für die Auftragsausführung entweder eine Gewerbeberechtigung für den Lebensmittelhandel oder eine solche für das Gastgewerbe in der Betriebsart Lieferküche vorhanden sein müsse; die Antragstellerin habe aber lediglich eine Gewerbeberechtigung lautend auf Gastgewerbe in der Betriebsart Kantine und verfüge demnach nicht über die erforderliche Befugnis. Mit dem zitierten Erkenntnis 2005/04/0039 wies der Verwaltungsgerichtshof die dagegen erhobene Beschwerde der Antragstellerin als unbegründet ab. Der Verwaltungsgerichtshof erachtete die Auffassung des VKS, wonach die ausgeschriebenen Leistungen von der Befugnis der Antragstellerin nicht erfasst seien, als nicht rechtswidrig. Eine Aussage des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend, dass (wie vom VKS angenommen) die dort ausgeschriebene Leistung mit einer Gewerbeberechtigung für den Lebensmittelhandel befugter Mäßen erbracht werden hätte können, enthält das zitierte Erkenntnis nicht (und war vom Verwaltungsgerichtshof im Hinblick darauf, dass die Antragstellerin nicht über eine derartige Gewerbeberechtigung verfügte, auch nicht zu treffen). Vor diesem Hintergrund weicht die angefochtene Entscheidung entgegen der Auffassung der Revisionswerberin nicht vom hg. Erkenntnis 2005/04/0039 ab.

19

Dass die Beurteilung des Verwaltungsgerichtes, wonach die Gewerbeberechtigungen, über die die Revisionswerberin zu den maßgeblichen Zeitpunkten verfügt habe (Handelsgewerbe sowie Gastgewerbe in den Betriebsarten Restaurant bzw. Imbissstube), für die Erbringung der gegenständlichen Leistungen nicht ausreichend gewesen seien, aus anderen Gründen rechtswidrig gewesen wäre, zeigt die Revision nicht auf.

20

5.2. Zum anderen macht die Revisionswerberin im Zulässigkeitsvorbringen zu ihrer Antragslegitimation geltend, das Verwaltungsgericht sei von näher zitierter hg. Rechtsprechung abgewichen, wonach es für die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht erforderlich sei, einen Eignungsnachweis zu führen, zumal die Angebotsfrist dazu genutzt werden könne, die jeweiligen Eignungsanforderungen etwa durch Beiziehung von anderen Unternehmen zu erfüllen. Bei rechtskonformer Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung hätte die Revisionswerberin auf geeignete Dritte zugreifen können (zB im Wege einer Bietergemeinschaft oder von Subunternehmen). Zu diesem Vorbringen ist Folgendes auszuführen:

21

Der Verwaltungsgerichtshof hat - worauf die Revisionswerberin dem Grunde nach zutreffend hinweist - festgehalten, dass für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht der Nachweis erforderlich ist, dass der Antragsteller zu dem - in diesen Fällen in der Vergangenheit liegenden - Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt hat, weil bei Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden kann, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen erst herzustellen. Es ist daher in einem derartigen Fall keine Eignungsprüfung rückwirkend für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durchzuführen (vgl. zu allem VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065, Pkt. II.4.3.). Der Verwaltungsgerichtshof hat - worauf die Revisionswerberin dem

Grunde nach zutreffend hinweist - festgehalten, dass für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht der Nachweis erforderlich ist, dass der Antragsteller zu dem - in diesen Fällen in der Vergangenheit liegenden - Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt hat, weil bei Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden kann, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen erst herzustellen. Es ist daher in einem derartigen Fall keine Eignungsprüfung rückwirkend für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durchzuführen vergleiche , zu allem VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065, Pkt. römisch zwei.4.3.).

22

Allerdings hat der Verwaltungsgerichtshof ebenso festgehalten, dass in diesem Fall eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen ist, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können (vgl. erneut VwGH Ro 2014/04/0065, Pkt. II.4.3.). Somit besteht in derartigen Konstellationen für den Antragsteller zwar keine generelle Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Nachweise, es kann aber auch keine generelle Unzulässigkeit des Einforderns einer bestimmten Glaubhaftmachung postuliert werden (vgl. VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010, Rn. 13). Die Anforderungen an die Plausibilisierung der eigenen Antragslegitimation richten sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Allerdings hat der Verwaltungsgerichtshof ebenso festgehalten, dass in diesem Fall eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen ist, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können vergleiche , erneut VwGH Ro 2014/04/0065, Pkt. römisch zwei.4.3.). Somit besteht in derartigen Konstellationen für den Antragsteller zwar keine generelle Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Nachweise, es kann aber auch keine generelle Unzulässigkeit des Einforderns einer bestimmten Glaubhaftmachung postuliert werden vergleiche , VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010, Rn. 13). Die Anforderungen an die Plausibilisierung der eigenen Antragslegitimation richten sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalles.

23

Zwar ist die vom Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall diesbezüglich vorgenommene Beurteilung insofern etwas kursorisch ausgefallen, als das Verwaltungsgericht lediglich darauf verweist, dass die Revisionswerberin auf die - von ihr als ausreichend angesehene - Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe verwiesen und nicht vorgebracht habe, ihre fehlende Befugnis durch Eingehen einer Bietergemeinschaft oder Beiziehung eines notwendigen Subunternehmers substituieren zu können. Allerdings hält die Revisionswerberin dem in ihrem Zulässigkeitsvorbringen lediglich entgegen, sie hätte auf geeignete Dritte zugreifen können. Mit diesem nicht näher substantiierten Vorbringen wird jedoch kein Abweichen von der hg. Rechtsprechung zur Plausibilitätsprüfung bei der Beurteilung der Antragslegitimation aufgezeigt, zumal der von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Umstand (Möglichkeit der Beiziehung eines Unternehmers mit der Gewerbeberechtigung Gastgewerbe für die Betriebsart Lieferküche als notwendiger Subunternehmer in einem Vergabeverfahren betreffend die Versorgung von ca. 30.000 Kindern mit Mittagessen) mit der dem zitierten Erkenntnis Ro 2014/04/0065 zugrundeliegenden Konstellation (Möglichkeit der kurzfristigen Beschaffung von am Markt verfügbaren Fahrzeugen) nicht vergleichbar ist (vgl. insoweit erneut VwGH Ra 2017/04/0010, Rn. 14 f). Die Revisionswerberin bringt auch nicht vor, dass sie - entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtes - die Möglichkeit der Beiziehung eines Subunternehmers im Verfahren glaubhaft gemacht habe. Zwar ist die vom Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall diesbezüglich vorgenommene Beurteilung insofern etwas kursorisch ausgefallen, als das Verwaltungsgericht lediglich darauf verweist, dass die Revisionswerberin auf die - von ihr als ausreichend angesehene - Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe verwiesen und nicht vorgebracht habe, ihre fehlende Befugnis durch Eingehen einer Bietergemeinschaft oder Beiziehung eines notwendigen Subunternehmers substituieren zu können. Allerdings hält die Revisionswerberin dem in ihrem Zulässigkeitsvorbringen lediglich entgegen, sie hätte auf geeignete Dritte zugreifen können. Mit diesem nicht näher substantiierten Vorbringen wird jedoch kein Abweichen von der hg. Rechtsprechung zur Plausibilitätsprüfung bei der Beurteilung der Antragslegitimation aufgezeigt, zumal der von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Umstand (Möglichkeit der Beiziehung eines Unternehmers mit der Gewerbeberechtigung Gastgewerbe für die Betriebsart Lieferküche als notwendiger Subunternehmer in einem Vergabeverfahren betreffend die Versorgung von ca. 30.000 Kindern mit Mittagessen) mit der dem zitierten Erkenntnis Ro 2014/04/0065 zugrundeliegenden Konstellation (Möglichkeit der kurzfristigen Beschaffung von am Markt verfügbaren Fahrzeugen) nicht vergleichbar ist vergleiche ,

insoweit erneut VwGH Ra 2017/04/0010, Rn. 14 f). Die Revisionswerberin bringt auch nicht vor, dass sie - entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtes - die Möglichkeit der Beiziehung eines Subunternehmers im Verfahren glaubhaft gemacht habe.

24

6. In der Revision wird somit zu der das angefochtene Erkenntnis tragenden Begründung der fehlenden Antragslegitimation der Revisionswerberin keine Rechtsfrage aufgeworfen, der im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. 6. In der Revision wird somit zu der das angefochtene Erkenntnis tragenden Begründung der fehlenden Antragslegitimation der Revisionswerberin keine Rechtsfrage aufgeworfen, der im Sinn des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

25

Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen. Die Revision war daher gemäß Paragraph 34, Absatz eins, VwGG zurückzuweisen.

26

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG abgesehen werden.

Wien, am 7. Juni 2022

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2022:RA2021040014.L00

Im RIS seit

26.07.2022

Zuletzt aktualisiert am

14.02.2023

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at