

# TE Vwgh Erkenntnis 2017/4/5 Ra 2015/04/0097

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.04.2017

## Index

L72003 Beschaffung Vergabe Niederösterreich;  
L72009 Beschaffung Vergabe Wien;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

BVergG 2006 §331 Abs4;  
LVergabenachprüfungsG NÖ 2003 §16 Abs1;  
LVergRG Wr 2014 §39 Abs1;  
LVergRG Wr 2014 §39;  
LVergRG Wr 2014 §7 Abs2 Z2;  
LVergRG Wr 2014 §7 Abs3 Z1;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

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
- 
1. VwGG § 42 heute
  2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
  3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
  5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
  6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Mitter, über die Revision der H GmbH in H, vertreten durch die Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft

in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 5. Oktober 2015, VGW-123/074/34873/2014-10, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Partei:

1. Stadt Wien, Magistratsabteilung 56; 2. B GmbH in W, vertreten durch die Breitenfeld Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien, Marc-Aurel-Straße 6), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

### **Begründung**

I.römisch eins.

1 1. Die erstmitbeteiligte Partei (Auftraggeberin) führte beginnend im Jahr 2010 ein offenes Verfahren im Oberschwellerbereich betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über den "Schulbusbetrieb für SchülerInnen mit Behinderung in Wien" durch. Der Auftrag war in 20 Lose unterteilt, pro Los war eine Mindestanzahl an zur Verfügung stehenden Kleinbussen vorgeschrieben. Der Zuschlag sollte nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Nach den Ausschreibungsbestimmungen hatten die Bieter eine Präferenzreihung abzugeben, die dann zur Anwendung kommen sollte, wenn ein Bieter in mehreren Losen als Billigstbieter gereiht werde, aber nicht für alle diese Lose das Kapazitätserfordernis erfülle.

2 Mit Schreiben vom 22. Juli 2011 teilte die Auftraggeberin der Revisionswerberin die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich aller Lose mit. Die Revisionswerberin war in keinem der Lose als Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Die zweitmitbeteiligte Partei (B GmbH) war in den Losen II bis VI sowie VIII bis XI als präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgesehen. 2 Mit Schreiben vom 22. Juli 2011 teilte die Auftraggeberin der Revisionswerberin die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich aller Lose mit. Die Revisionswerberin war in keinem der Lose als Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Die zweitmitbeteiligte Partei (B GmbH) war in den Losen römisch zwei bis römisch sechs sowie römisch acht bis römisch elf als präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgesehen.

3 Mit Antrag vom 29. Juli 2011 begehrte die Revisionswerberin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose II bis VI und VIII bis XI. Die Revisionswerberin rügte unter anderem eine Verletzung in ihrem Recht auf Fällung einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung (zugunsten eines Angebotes, das die Anforderungen nach einem befugten und leistungsfähigen Auftragnehmer erfülle) sowie auf Nichtberücksichtigung des ausschreibungswidrigen Angebotes der B GmbH, welche die Anforderungen an die Befugnis und die technische Leistungsfähigkeit nicht erfülle. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung wurden hinsichtlich der B GmbH eine nicht plausible Preisbildung, ein fehlender Nachweis der geforderten gewerberechtlichen Befugnis, ungenügende Fahrzeugkapazitäten sowie die fehlende Vorlage von Referenzen geltend gemacht. 3 Mit Antrag vom 29. Juli 2011 begehrte die Revisionswerberin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich der Lose römisch zwei bis römisch sechs und römisch acht bis römisch elf. Die Revisionswerberin rügte unter anderem eine Verletzung in ihrem Recht auf Fällung einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung (zugunsten eines Angebotes, das die Anforderungen nach einem befugten und leistungsfähigen Auftragnehmer erfülle) sowie auf Nichtberücksichtigung des ausschreibungswidrigen Angebotes der B GmbH, welche die Anforderungen an die Befugnis und die technische Leistungsfähigkeit nicht erfülle. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung wurden hinsichtlich der B GmbH eine nicht plausible Preisbildung, ein fehlender Nachweis der geforderten gewerberechtlichen Befugnis, ungenügende Fahrzeugkapazitäten sowie die fehlende Vorlage von Referenzen geltend gemacht.

4 Mit Bescheid vom 22. November 2011 wies der (damals zuständige) Vergabekontrollsenat Wien (im Folgenden: Behörde) diesen Nichterklärungsantrag ab.

5 Mit Erkenntnis vom 23. Mai 2014, 2012/04/0003, hob der Verwaltungsgerichtshof diesen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf. In seiner Begründung verwies der Verwaltungsgerichtshof auf seine Ausführungen im Erkenntnis vom 9. April 2013, 2011/04/0207, und hielt fest, die belangte Behörde habe angenommen, dass dem Nachprüfungsantrag der Revisionswerberin "ohnedies Berechtigung nicht zukomm(e)", und daraus unzutreffend abgeleitet, dass "schon aus diesen Überlegungen" die von der

Revisionswerberin begehrte Akteneinsicht nicht zu gewähren sei.

6 2. Mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2014 beantragte die Revisionswerberin nach § 39 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) die Feststellung, dass der Zuschlag im genannten Vergabeverfahren in den angeführten Losen nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei. Die Revisionswerberin erachtete sich durch die offensichtlich erfolgte Zuschlagserteilung unter anderem in ihrem Recht auf Nichterteilung des Zuschlags an einen Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, bzw. auf Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote verletzt. Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung verwies die Revisionswerberin zunächst auf ihr bisheriges Vorbringen im (oben dargestellten) Nachprüfungsverfahren, das nunmehr als Feststellungsverfahren fortzuführen sei. Daran anschließend erfolgten Ausführungen zur nicht plausiblen Preisbildung im Angebot der B GmbH, zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der B GmbH sowie zur mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin. 6 2. Mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2014 beantragte die Revisionswerberin nach Paragraph 39, Absatz 2, Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) die Feststellung, dass der Zuschlag im genannten Vergabeverfahren in den angeführten Losen nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei. Die Revisionswerberin erachtete sich durch die offensichtlich erfolgte Zuschlagserteilung unter anderem in ihrem Recht auf Nichterteilung des Zuschlags an einen Bieter, dessen Angebot auszuschneiden ist, bzw. auf Ausscheiden ausschreibungswidriger Angebote verletzt. Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung verwies die Revisionswerberin zunächst auf ihr bisheriges Vorbringen im (oben dargestellten) Nachprüfungsverfahren, das nunmehr als Feststellungsverfahren fortzuführen sei. Daran anschließend erfolgten Ausführungen zur nicht plausiblen Preisbildung im Angebot der B GmbH, zur fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der B GmbH sowie zur mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin.

7 3. Mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis wies das zuständig gewordene Verwaltungsgericht Wien diesen Feststellungsantrag ab. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für unzulässig erklärt.

8 Das Verwaltungsgericht stellte die wesentlichen Inhalte der im Verfahren ergangenen Stellungnahmen sowie die Ergebnisse der beiden, am 30. April 2015 und am 10. September 2015 durchgeführten mündlichen Verhandlungen dar.

Zu den im Nachprüfungsantrag von der Revisionswerberin gerügten Umständen der fehlenden Vorlage von Referenznachweisen sowie der fehlenden gewerberechtlichen Befugnis hielt das Verwaltungsgericht fest, dass im (nunmehr gegenständlichen) sekundären Feststellungsverfahren dazu kein Vorbringen erstattet worden sei. Aus dem Vergabeakt ergebe sich, dass die Referenzen und die Befugnis (der B GmbH) geprüft und für in Ordnung befunden worden seien. Der Verwaltungsgerichtshof habe diesen Punkt in seinem aufhebenden Erkenntnis (2012/04/0003) nicht beanstandet.

9 In seinen rechtlichen Ausführungen befasste sich das Verwaltungsgericht zunächst mit dem Prüfumfang im sekundären Feststellungsverfahren und hielt dazu wie folgt fest:

"Die (Revisionswerberin) hat das Vorbringen im Antrag vom 29.7.2011 ausdrücklich aufrechterhalten und im sekundären Feststellungsverfahren drei Beschwerdegründe konkret ausgeführt. Zu den übrigen Beschwerdegründen aus dem Antrag vom 29.7.2011 wurde im sekundären Feststellungsverfahren kein Vorbringen erstattet. Im Ergebnis war daher über die im sekundären Feststellungsantrag bezeichneten Beschwerdepunkte unter Zuziehung des Nichtigerklärungsantrags vom 29.7.2011 unter Bindung an die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes im zitierten Erkenntnis (2012/04/0003) zu entscheiden."

Das Verwaltungsgericht ging - mit jeweils eingehender Begründung - davon aus, dass die B GmbH nicht "unterpreisig" angeboten habe, dass die von der B GmbH vorgelegten Bestätigungen im Zusammenhang mit der Beschaffung der für die Leistungserbringung erforderlichen Kleinbusse den Anforderungen der Ausschreibung an den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit entsprächen und dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung hinreichend begründet habe. Das Verwaltungsgericht hielt fest, dass eine Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung in den (vom Antrag erfassten) Losen zugunsten der B GmbH nicht festgestellt werden können. Die Auftraggeberin habe die Angebote sorgfältig geprüft und auch nach Einsichtnahme durch die Revisionswerberin in die Tabelle zur Billigstbieterermittlung aus dem Vergabeakt sei kein Ausscheidensgrund eines Bieters hervorgekommen, welcher eine andere Reihung geboten hätte.

10 4. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

Die zweitmitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung bzw. Abweisung der Revision beantragt.

Il.römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zulässigkeit:

11 Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit ihrer Revision unter anderem vor, dass sich das Verwaltungsgericht - entgegen den Aussagen des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 11. Oktober 2007, 2006/04/0119, wonach die Regelungen zum sekundären Feststellungsverfahren den Sinn hätten, das ursprüngliche Nachprüfungsverfahren auf gesonderten Antrag als Feststellungsverfahren zu Ende zu führen - nicht mit dem im Nachprüfungsverfahren erstatteten Vorbringen auseinandergesetzt habe. Es fehle zudem Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, inwiefern ergänzende Ausführungen zu den Beschwerdegründen im sekundären Feststellungsantrag Auswirkungen auf den Prüfungsumfang des Verwaltungsgerichtes hätten bzw. ob das Verwaltungsgericht die Gründe, die bereits im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht worden seien, aufgreifen müsse.

Die Revision ist zulässig.

2. Rechtslage

12 Die relevanten Bestimmungen des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 (WVRG 2014), LGBl. Nr. 37/2013, lauten auszugsweise: 12 Die relevanten Bestimmungen des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 (WVRG 2014), Landesgesetzblatt Nr. 37 aus 2013,, lauten auszugsweise:

"Zuständigkeit

§ 7. ... Paragraph 7, ...

(2) Bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung ist das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer

Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte. Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (Paragraph 24,) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

1. (3) Absatz 3, Nach Zuschlagserteilung ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig

1. im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom

Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 oder gegen die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

...

Antrag

§ 33. (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass Paragraph 33,

(1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVerG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das

BVerG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,

...

Inhalt und Zulässigkeit

§ 35. (1) Ein Antrag gemäß § 33 hat jedenfalls zu enthalten: Paragraph 35, (1) Ein Antrag gemäß Paragraph 33, hat jedenfalls zu enthalten:

...

6. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich die

Antragstellerin oder der Antragsteller als verletzt erachtet,

7. die Gründe, auf die sich die Behauptung der

Rechtswidrigkeit stützt,

8. einen bestimmten Antrag auf Feststellung und

...

Sekundäre Feststellungsverfahren

§ 39. (1) Wird während eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß dem 2. Abschnitt des 3. Hauptstückes in dem betreffenden Verfahren zur Vergabe von Aufträgen der Zuschlag rechtswirksam erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen rechtswirksam widerrufen, so ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig, auf Antrag jener Unternehmerin oder jenes Unternehmers, die oder der den Antrag gemäß § 20 gestellt hat, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages, ab Kenntnis des Widerrufs der Ausschreibung oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nach dem der Zuschlag erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 gestellt werden. Paragraph 39, (1) Wird während eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß dem 2. Abschnitt des 3. Hauptstückes in dem betreffenden Verfahren zur Vergabe von Aufträgen der Zuschlag rechtswirksam erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen rechtswirksam widerrufen, so ist das Verwaltungsgericht Wien zuständig, auf Antrag jener Unternehmerin oder jenes Unternehmers, die oder der den Antrag gemäß Paragraph 20, gestellt hat, festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt. Ein Antrag auf Feststellung ist spätestens sechs Wochen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Zuschlages, ab Kenntnis des Widerrufs der Ausschreibung oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nach dem der Zuschlag erteilt oder das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen widerrufen wurde oder als widerrufen gilt, zulässig. Unabhängig davon kann ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 33, gestellt werden.

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

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

..."

### 3. Umfang der Prüfungsbefugnis im sekundären Feststellungsverfahren

13 3.1. Soweit das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Feststellungen ausführt, aus dem Vergabeakt ergebe sich, dass die Referenzen und die Befugnis geprüft und "für in Ordnung befunden" worden seien, und der Verwaltungsgerichtshof habe diesen Punkt in seinem aufhebenden Erkenntnis 2012/04/0003 nicht beanstandet, ist dem zunächst Folgendes entgegenzuhalten:

Der Verwaltungsgerichtshof hat den (im ersten Verfahrensgang ergangenen) Bescheid der Behörde vom 22. November 2011 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben, weil die Behörde mit unzutreffender Begründung angenommen habe, dass keine Akteneinsicht zu gewähren sei. Dieses Erkenntnis enthält weder ausdrückliche noch implizite Aussagen zu den von der Behörde in ihrem Bescheid vom 22. November 2011 getroffenen Ausführungen betreffend die Befugnis der B GmbH. Die Frage der Befugnis war für die Aufhebung in keiner Weise maßgeblich. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Verwaltungsgerichtshof diesen Punkt nicht beanstandet hat.

14 3.2. § 39 WVRG 2014 regelt nach den dazu ergangenen Erläuterungen (Blg. Nr. 8/2013) die Fortsetzung von Nichtigerklärungsverfahren als Feststellungsverfahren. § 331 Abs. 4 BVergG 2006, an dem sich § 39 WVRG 2014 nach den zitierten Erläuterungen orientiert, spricht von einer Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren (siehe auch das von der Revisionswerberin ins Treffen geführte, zum Niederösterreichischen Vergabe-Nachprüfungsgesetz - NÖVNG ergangene hg. Erkenntnis vom 11. Oktober 2007, 2006/04/0119, demzufolge die dort einschlägige Bestimmung des § 16 Abs. 1 NÖVNG den Sinn habe, das ursprüngliche Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren zu Ende zu führen). Soweit § 39 Abs. 1 WVRG auf den "behaupteten Rechtsverstoß" (dessen Vorliegen festgestellt werden soll) abstellt, ist dies jener Rechtsverstoß, der zunächst im Wege des Nichtigerklärungsverfahrens beseitigt werden sollte (vgl. auch die Ausführungen von Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, § 331 Rz. 25, zur bundesgesetzlichen Vorbildregelung, wonach weiterhin der ursprünglich geltend gemachte Rechtsverstoß geprüft wird). 14 3.2. Paragraph 39, WVRG 2014 regelt nach den dazu ergangenen Erläuterungen (Blg. Nr. 8 aus 2013,) die Fortsetzung von Nichtigerklärungsverfahren als Feststellungsverfahren. Paragraph 331, Absatz 4, BVergG 2006, an dem sich Paragraph 39, WVRG 2014 nach den zitierten Erläuterungen orientiert, spricht von einer Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren (siehe auch das von der Revisionswerberin ins Treffen geführte, zum Niederösterreichischen Vergabe-Nachprüfungsgesetz - NÖVNG ergangene hg. Erkenntnis vom 11. Oktober 2007, 2006/04/0119, demzufolge die dort einschlägige Bestimmung des Paragraph 16, Absatz eins, NÖVNG den Sinn habe, das ursprüngliche Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren zu Ende zu führen). Soweit Paragraph 39, Absatz eins, WVRG auf den "behaupteten Rechtsverstoß" (dessen Vorliegen festgestellt werden soll) abstellt, ist dies jener Rechtsverstoß, der zunächst im Wege des Nichtigerklärungsverfahrens beseitigt werden sollte vergleiche , auch die Ausführungen von Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 331, Rz. 25, zur bundesgesetzlichen Vorbildregelung, wonach weiterhin der ursprünglich geltend gemachte Rechtsverstoß geprüft wird).

15 Daraus ergibt sich zwar, dass die Behauptung weiterer Rechtsverstöße (somit der Sache nach eine Ausweitung der Beschwerdepunkte) im Rahmen eines sekundären Feststellungsantrags nicht möglich ist (vgl. zur entsprechenden bundesgesetzlichen Regelung Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, § 331 Rz. 43). Davon abgesehen bestehen aber hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes keine

Besonderheiten für sekundäre Feststellungsanträge. 15 Daraus ergibt sich zwar, dass die Behauptung weiterer Rechtsverstöße (somit der Sache nach eine Ausweitung der Beschwerdepunkte) im Rahmen eines sekundären Feststellungsantrags nicht möglich ist vergleiche , zur entsprechenden bundesgesetzlichen Regelung Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 331, Rz. 43). Davon abgesehen bestehen aber hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes keine Besonderheiten für sekundäre Feststellungsanträge.

16 3.3. Nach § 7 Abs. 3 Z 1 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht zur Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem besten bzw. billigsten Angebot erteilt worden ist, nur im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Auch hinsichtlich der Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen besteht eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes nach § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 nur im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte. 16 3.3. Nach Paragraph 7, Absatz 3, Ziffer eins, WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht zur Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem besten bzw. billigsten Angebot erteilt worden ist, nur im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Auch hinsichtlich der Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen besteht eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes nach Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014 nur im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte.

17 3.4. Im vorliegenden Fall hat sich die Revisionswerberin in ihrem Nichtigerklärungsantrag auch in ihrem Recht auf Nichtberücksichtigung von (unter anderem wegen fehlender Befugnis) ausschreibungswidrigen Angeboten verletzt erachtet. Im Feststellungsantrag hat sie (unter anderem) eine Verletzung im Recht auf Nichterteilung des Zuschlags an ein Angebot, das als ausschreibungswidrig auszuschneiden wäre, geltend gemacht. Das im Feststellungsantrag insoweit als verletzt angesehene Recht entspricht inhaltlich dem bereits im Nichtigerklärungsantrag bezeichneten Recht. Weiters hat die Revisionswerberin hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung auf ihr bisheriges Vorbringen im Nachprüfungsverfahren verwiesen, das auch Ausführungen zur fehlenden gewerberechtlichen Befugnis der B GmbH enthielt.

18 Das Verwaltungsgericht setzte sich in der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses nur mit den im sekundären Feststellungsantrag näher ausgeführten Gründen der nicht plausiblen Preisbildung, der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit und der mangelnden Begründung der Zuschlagsentscheidung auseinander. Zu den "übrigen Beschwerdegründen" (des Nachprüfungsverfahrens - dazu zählt unter anderem die behaupteter Maßen fehlende Befugnis der B GmbH) sei - so das Verwaltungsgericht betreffend seinen "Prüfumfang" - im sekundären Feststellungsverfahren kein Vorbringen erstattet worden.

19 Eine Bindung an die Gründe, auf welche die Behauptung der Rechtswidrigkeit gestützt wird, ist aber weder hinsichtlich der Nichtigerklärung noch hinsichtlich der Feststellung vorgesehen (siehe betreffend ein Nachprüfungsverfahren das hg. Erkenntnis vom 23. November 2016, Ra 2015/04/0084, mwN; siehe auch Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, § 312 Rz. 175, sowie Möslinger-Gehmayr, in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, § 332 Rz. 53). Aus dem bloßen Umstand, dass die Revisionswerberin lediglich drei der ursprünglichen im Nichtigerklärungsverfahren vorgebrachten Gründe im sekundären Feststellungsverfahren weiter ausgeführt hat, lässt sich - schon im Hinblick auf die oben dargestellten weiteren Inhalte des Feststellungsantrags sowie im Hinblick darauf, dass das sekundäre Feststellungsverfahren der Weiterführung des Nichtigerklärungsverfahrens dient - nicht der Schluss ziehen, dass damit eine Einschränkung des behaupteten Rechtsverstoßes (und somit des Beschwerdepunktes) verbunden war. 19 Eine Bindung an die Gründe, auf welche die Behauptung der Rechtswidrigkeit gestützt wird, ist aber weder hinsichtlich der Nichtigerklärung noch hinsichtlich der Feststellung vorgesehen (siehe betreffend ein Nachprüfungsverfahren das hg. Erkenntnis vom 23. November 2016, Ra 2015/04/0084, mwN; siehe auch Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 312, Rz. 175, sowie Möslinger-Gehmayr, in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 332, Rz. 53). Aus dem bloßen Umstand, dass die Revisionswerberin lediglich drei der ursprünglichen im Nichtigerklärungsverfahren vorgebrachten Gründe im sekundären Feststellungsverfahren weiter ausgeführt hat, lässt sich - schon im Hinblick auf die oben dargestellten weiteren Inhalte des Feststellungsantrags sowie im Hinblick darauf, dass das sekundäre Feststellungsverfahren der Weiterführung des Nichtigerklärungsverfahrens dient - nicht der Schluss ziehen, dass damit eine Einschränkung des behaupteten Rechtsverstoßes (und somit des Beschwerdepunktes) verbunden war.

20 Die von der Revisionswerberin im Nichtigerklärungsverfahren aufgeworfenen Gründe für die Rechtswidrigkeit der

angefochtenen Entscheidung, die sich im Rahmen der (sowohl im Nichtigerklärungs- als auch im sekundären Feststellungsantrag) geltend gemachten Beschwerdepunkte befinden, waren daher von der Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtes umfasst.

21 Zur Relevanz der fehlenden Auseinandersetzung des Verwaltungsgerichtes mit diesen Gründen wird - soweit das Vorbringen zur behaupteter Maßen fehlenden Befugnis der B GmbH betroffen ist - auf das hg. Erkenntnis vom 1. Februar 2017, Ra 2016/04/0002, 0003, verwiesen.

#### 4. Ergebnis

22 Indem es das Verwaltungsgericht unterlassen hat, sich mit einzelnen Rechtswidrigkeitsgründen auseinanderzusetzen, und diesbezüglich lediglich darauf verwiesen hat, dass sich aus dem Vergabeakt eine positive Prüfung dieser Aspekte entnehmen lasse, hat es das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet. Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. 22 Indem es das Verwaltungsgericht unterlassen hat, sich mit einzelnen Rechtswidrigkeitsgründen auseinanderzusetzen, und diesbezüglich lediglich darauf verwiesen hat, dass sich aus dem Vergabeakt eine positive Prüfung dieser Aspekte entnehmen lasse, hat es das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet. Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

23 Die Entscheidung über den Aufwandsatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014. 23 Die Entscheidung über den Aufwandsatz stützt sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

Wien, am 5. April 2017

#### **Schlagworte**

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2017:RA2015040097.L00

#### **Im RIS seit**

17.05.2017

#### **Zuletzt aktualisiert am**

29.05.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

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