

# TE Bvwg Beschluss 2018/2/27 W123 2183623-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.02.2018

## Entscheidungsdatum

27.02.2018

## Norm

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs1

BVergG 2006 §321 Abs3

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2

BVergG 2006 §332

BVergG 2006 §332 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 321 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  4. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  5. BVergG 2006 § 321 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
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. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
  2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
  3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
  4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
  5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
  6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
- 
1. B-VG Art. 133 heute
  2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
  3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
  4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
  5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
  6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
  8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
  9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
  10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
  11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
- 
1. VwGVG § 24 heute
  2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
  3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
  4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
- 
1. VwGVG § 28 heute
  2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
  3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
- 
1. VwGVG § 31 heute
  2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
  3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
  4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

## Spruch

W123 2183623-1/24E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX GmbH, XXXX, XXXX, vertreten durch Stix Rechtsanwälte Kommandit-

Partnerschaft, Kärntner Straße 10/5, 1010 Wien, betreffend "Vertragserweiterung - Ampliamento del contratto Nr. B0111/06, Verlängerung des Ausbruchs der beiden Haupttunnelröhren nach Süden insgesamt um 2,8 km für den Brenner Basistunnel BBT SE Pasch, Ellbögen (Tirol)" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Amraser Straße 8, 6020 Innsbruck, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, vom 19.01.2018, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der römisch 40 GmbH, römisch 40, vertreten durch Stix Rechtsanwälte Kommandit-Partnerschaft, Kärntner Straße 10/5, 1010 Wien, betreffend "Vertragserweiterung - Ampliamento del contratto Nr. B0111/06, Verlängerung des Ausbruchs der beiden Haupttunnelröhren nach Süden insgesamt um 2,8 km für den Brenner Basistunnel BBT SE Pasch, Ellbögen (Tirol)" des Auftraggebers Galleria di Base del Brennero - Brenner Basistunnel BBT SE, Amraser Straße 8, 6020 Innsbruck, vertreten durch Heid Schiefer Rechtsanwälte OG, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, vom 19.01.2018, beschlossen:

A)

Der Antrag, "die Durchführung eines Vergabeverfahrens, Vertragserweiterung-Ampliamento del contratto Nr. B0111/06, Verlängerung des Ausbruchs der beiden Haupttunnelröhren nach Süden insgesamt um 2,8 km für den Brenner Basistunnel BBT SE, Patsch, Ellbögen (Tirol), ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbares Unionsrecht rechtswidrig war;

in eventu;

die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durch die Antragsgegnerin wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war", wird gemäß § 332 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 zurückgewiesen. Die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durch die Antragsgegnerin wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war", wird gemäß Paragraph 332, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zurückgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG:**

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 19.01.2018 stellte die Antragstellerin den im Spruch ersichtlichen Feststellungsantrag. Die Auftraggeberin habe am 19.12.2017 im Amtsblatt der europäischen Union im Amtsblatt der europäischen Union bekanntgemacht, dass die gegenständliche Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung erfolgt sei und dass die Bauleistungen aus technischen Gründen nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden können. Es liege eine zwingende Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Auftraggeberin nicht voraussehen habe können vor.

Zur Rechtzeitigkeit des Antrages verwies die Antragstellerin auf die Bestimmung des § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG, da die Zuschlagsentscheidung erstmals am 19.12.2017 elektronisch kundgemacht worden sei. Das Gesetz siehe entsprechend § 2f Abs. 1 lit. a der RM-RL zwei Ausnahmen für die Verkürzung des Antrages auf 30 Tage vor, unter anderem, wenn bei Anträgen gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung bekannt macht, wobei der Antragsteller keiner im Vergabeverfahren verbliebener Bieter sein darf. Die Fristverkürzung sei in jenen Fällen möglich, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt habe. Die Fristverkürzung könne der Auftraggeber keinesfalls erreichen, wenn die Voraussetzungen für die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen würden.

Der Antrag sei auch unter den genannten rechtlichen Aspekten rechtzeitig. Zur Rechtzeitigkeit des Antrages verwies die Antragstellerin auf die Bestimmung des Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG, da die Zuschlagsentscheidung erstmals am 19.12.2017 elektronisch kundgemacht worden sei. Das Gesetz siehe entsprechend Paragraph 2 f, Absatz eins, Litera a, der RM-RL zwei Ausnahmen für die Verkürzung des Antrages auf 30 Tage vor, unter anderem, wenn bei Anträgen gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung bekannt macht, wobei der Antragsteller keiner im Vergabeverfahren verbliebener Bieter seien darf. Die Fristverkürzung sei in jenen Fällen möglich, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt habe. Die Fristverkürzung könne der Auftraggeber keinesfalls erreichen, wenn die Voraussetzungen für die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen würden. Der Antrag sei auch unter den genannten rechtlichen Aspekten rechtzeitig.

2. In der Stellungnahme vom 25.01.2018 brachte die Auftraggeberin einleitend Verfristung des Feststellungsantrages vor und verwies auf § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG. Die Auftraggeberin habe die EU-weite Bekanntmachung veröffentlicht; diese sei ab dem 19.12.2017 verfügbar gewesen. Die 30-tägige Frist habe daher gemäß § 221 Abs. 3 letzter Satz BVergG mit Ablauf des 30. Tages (18.01.2018) geendet. Die Fristverkürzung trete dann ein, wenn gemäß § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG iVm § 217 Abs. 17 BVergG der Zuschlag in einem solchen Vergabeverfahren bekanntgemacht werde. Ob die Wahl des Verfahrens rechtmäßig gewesen sei, sei nicht Tatbestandsvoraussetzung dieser Fristverkürzung, sondern lediglich, ob tatsächlich ein solches Vergabeverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden sei. Auch der Umstand, dass in der EU-weiten Bekanntmachung als Anfechtungsfrist "6 Monate ab Zuschlagserteilung" eingetragen worden sei, würde den verfristeten Antrag nicht retten, da eine rechtsirrtümliche Fristangabe des Auftraggebers gesetzliche Fristen nicht verlängere.

2. In der Stellungnahme vom 25.01.2018 brachte die Auftraggeberin einleitend Verfristung des Feststellungsantrages vor und verwies auf Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG. Die Auftraggeberin habe die EU-weite Bekanntmachung veröffentlicht; diese sei ab dem 19.12.2017 verfügbar gewesen. Die 30-tägige Frist habe daher gemäß Paragraph 221, Absatz 3, letzter Satz BVergG mit Ablauf des 30. Tages (18.01.2018) geendet. Die Fristverkürzung trete dann ein, wenn gemäß Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 217, Absatz 17, BVergG der Zuschlag in einem solchen Vergabeverfahren bekanntgemacht werde. Ob die Wahl des Verfahrens rechtmäßig gewesen sei, sei nicht Tatbestandsvoraussetzung dieser Fristverkürzung, sondern lediglich, ob tatsächlich ein solches Vergabeverfahren ohne Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden sei. Auch der Umstand, dass in der EU-weiten Bekanntmachung als Anfechtungsfrist "6 Monate ab Zuschlagserteilung" eingetragen worden sei, würde den verfristeten Antrag nicht retten, da eine rechtsirrtümliche Fristangabe des Auftraggebers gesetzliche Fristen nicht verlängere.

3. Am 30.01.2018 erstattete die Zuschlagsempfängerin (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei) eine Stellungnahme und wies - ebenso wie die Auftraggeberin - auf die Unzulässigkeit des Feststellungsantrages wegen Verfristung hin.

4. Mit Schriftsatz vom 14.02.2018 stellte die Antragstellerin einleitend außer Streit, dass die EU-weite Bekanntmachung am 19.12.2017 publiziert worden sei, der Feststellungsantrag am 19.01.2018 beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht worden sei und dass bei einer rechtlichen Gleichsetzung des Tatbestandes der Publikation mit dem Gesetzestatbestand, "ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntmachung", die 30-tägige Frist am 18.01.2018 abgelaufen sei. Die von anderen Parteien gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen, der am 19.01.2018 eingelangte Feststellungsantrag sei verspätet und schon aus diesem Grund zurückzuweisen, sei hingegen rechtlich unzutreffend:

Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Schadenersatzregelungen des Art. 2 Abs. 1 lit. e RM-RL ergebe sich, dass auch nach Ablauf der 30-tägigen bzw. sechsmonatigen Frist ein Feststellungsantrag noch zulässig sei. Die 30-tägige Frist gemäß § 330 Abs. 3 Z 2 BVergG mache das Recht auf Erhebung einer Schadenersatzklage praktisch unmöglich. Eine geschädigte Person (potentieller Bieter) habe nicht die Möglichkeit, innerhalb einer so kurzen Frist die notwendigen Informationen zu sammeln. Die Antragstellerin mache hilfsweise geltend, dass die 30-tägige Frist gemäß § 330 Abs. 3 Z 2 BVergG zudem die Gewährleistungen des Art. 47 GRC verletze. Um den Zugang zu Gericht zu wahren, dürften diese folglich nicht mit exzessiver Strenge ausgelegt und angewendet werden. Die rechtliche Regelung einer 30-tägigen Frist gemäß § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG als materiell rechtliche Frist (Fallfrist), die einer Wiedereinsetzung und somit einem Rechtsbehelf nicht zugänglich sei, verletze das Recht auf Zugang zu Gericht und auf ein faires Verfahren gemäß Art. 47 Abs. 1 GRC. Die gesetzlich festgelegte 30-tägige Frist mache es praktisch unmöglich oder erschwere es zumindest übermäßig, fristgerecht einen Feststellungsantrag einzubringen. Bezogen auf den Einzelfall werde dies

deutlich: Es sei eine gerichtsnotorische Tatsache, dass es in der Zeitspanne zwischen dem 24.12. und dem 06.01. eines jeden Kalenderjahres nahezu unmöglich sei, all jene notwendigen Informationen zu beschaffen, die für die Einbringung eines Feststellungsantrages bei Gericht erforderlich sind. Im Sinne einer systematischen, verfassungskonformen Gesetzesauslegung könne der Rechtsschutz der dreißigtägigen Frist des § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG einem Sektorenauftraggeber wohl allenfalls dann zukommen, wenn er die Bekanntmachung unter Beachtung der üblichen Stilhaltefrist des § 273 Abs. 1 BVergG veranlasse. Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Schadenersatzregelungen des Artikel 2, Absatz eins, Litera e, RM-RL ergebe sich, dass auch nach Ablauf der 30-tägigen bzw. sechsmonatigen Frist ein Feststellungsantrag noch zulässig sei. Die 30-tägige Frist gemäß Paragraph 330, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG mache das Recht auf Erhebung einer Schadenersatzklage praktisch unmöglich. Eine geschädigte Person (potentieller Bieter) habe nicht die Möglichkeit, innerhalb einer so kurzen Frist die notwendigen Informationen zu sammeln. Die Antragstellerin mache hilfsweise geltend, dass die 30-tägige Frist gemäß Paragraph 330, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG zudem die Gewährleistungen des Artikel 47, GRC verletze. Um den Zugang zu Gericht zu wahren, dürften diese folglich nicht mit exzessiver Strenge ausgelegt und angewendet werden. Die rechtliche Regelung einer 30-tägigen Frist gemäß Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG als materiell rechtliche Frist (Fallfrist), die einer Wiedereinsetzung und somit einem Rechtsbehelf nicht zugänglich sei, verletze das Recht auf Zugang zu Gericht und auf ein faires Verfahren gemäß Artikel 47, Absatz eins, GRC. Die gesetzlich festgelegte 30-tägige Frist mache es praktisch unmöglich oder erschwere es zumindest übermäßig, fristgerecht einen Feststellungsantrag einzubringen. Bezogen auf den Einzelfall werde dies deutlich: Es sei eine gerichtsnotorische Tatsache, dass es in der Zeitspanne zwischen dem 24.12. und dem 06.01. eines jeden Kalenderjahres nahezu unmöglich sei, all jene notwendigen Informationen zu beschaffen, die für die Einbringung eines Feststellungsantrages bei Gericht erforderlich sind. Im Sinne einer systematischen, verfassungskonformen Gesetzesauslegung könne der Rechtsschutz der dreißigtägigen Frist des Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG einem Sektorenauftraggeber wohl allenfalls dann zukommen, wenn er die Bekanntmachung unter Beachtung der üblichen Stilhaltefrist des Paragraph 273, Absatz eins, BVergG veranlasse.

5. In der Stellungnahme der mitbeteiligten Partei vom 21.02.2018 wurde auf die Entscheidung des EuGH in der Rs MedEval hingewiesen. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt unterscheide sich jedoch maßgeblich vom vorliegenden, sodass diese Entscheidung nicht einschlägig sei. In jenem Fall sei von der Auftraggeberin keine Bekanntmachung des vergebenen Auftrages im Supplement zum Amtsblatt der EU veröffentlicht worden. In seiner Entscheidung habe der EuGH die sechsmonatige absolute Ausschlussfrist für die Erlangung von Schadenersatz als rechtswidrig erkannt, weil diese Frist unabhängig von der Kenntnisnahme(möglichkeit) des Betroffenen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu laufen begonnen habe.

Die vom EuGH als unionrechtswidrig erkannte sechsmonatige Ausschlussfrist unterscheide sich von der gegenständlich anwendbaren dreißigtägigen Frist daher in einem entscheidenden Punkt: während erstere im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ohne Bekanntmachung beginne, sei das fristauslösende Ereignis für letztere der Tag der Verfügbarkeit der Bekanntmachung. § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG stelle somit auf den Zeitpunkt ab, in dem der betroffene Unternehmer Kenntnis von der Vergabe des Auftrages erlangen könne. In diesem Sinne sei auch die Entscheidung des EuGH in der österreichischen Judikatur, insbesondere dem VwGH rezipiert. Der VwGH habe keineswegs angedeutet, dass die Verdrängung der Sechsmonatsfrist auch für die subjektive Ausschlussfrist von dreißig Tagen gelten könnte, zumal diese eine Bekanntmachung voraussetze. Die vom EuGH als unionrechtswidrig erkannte sechsmonatige Ausschlussfrist unterscheide sich von der gegenständlich anwendbaren dreißigtägigen Frist daher in einem entscheidenden Punkt: während erstere im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ohne Bekanntmachung beginne, sei das fristauslösende Ereignis für letztere der Tag der Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG stelle somit auf den Zeitpunkt ab, in dem der betroffene Unternehmer Kenntnis von der Vergabe des Auftrages erlangen könne. In diesem Sinne sei auch die Entscheidung des EuGH in der österreichischen Judikatur, insbesondere dem VwGH rezipiert. Der VwGH habe keineswegs angedeutet, dass die Verdrängung der Sechsmonatsfrist auch für die subjektive Ausschlussfrist von dreißig Tagen gelten könnte, zumal diese eine Bekanntmachung voraussetze.

Die weiteren von der Antragstellerin vorgebrachten primär- und verfassungsrechtlichen Bedenken würden im wesentlich auf die behauptete Unangemessenheit der Kürze der Frist von dreißig Tagen abzielen. Dazu sei darauf zu verweisen, dass die Fristen im Vergaberecht generell kurz bemessen seien, um die Umsetzung der öffentlichen

Aufträge nicht allzu lange zu verzögern. Schließlich sei auch darauf hinzuweisen, dass nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung Vorbringen im Rahmen der geltend gemachten Beschwerdepunkte bis zum Schluss der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht erstattet werden könnten.

6. AM 22.02.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Niederschrift lautet auszugsweise:

Der VR teilt den Parteien einleitend mit, dass der Senat zur Ansicht gelangt ist, dass der Feststellungsantrag vom 19.01.2018 verfristet ist.

Der Vertreter der ASt verweist diesbezüglich auf das Vorbringen in den Schriftsätzen.

Ergänzend bringt der Vertreter der ASt vor: Die Frist des § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG ist in Zusammenhalt mit den Bestimmungen des § 337 sowie 341 Abs. 2 BVergG so auszulegen, dass die 30-tägige Frist die Durchsetzung eines wettbewerbsrechtlichen sowie eines schadenersatzrechtlichen Anspruchs nicht endgültig vereiteln darf. Aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung sowie aus der einfachgesetzlichen Regelung des BVergG ergibt sich, dass es den ordentlichen Zivilgerichten verwehrt ist, Vergaberechtsverstöße festzustellen. Der Gesetzgeber ordnet ausdrücklich an, dass zu Feststellungen dieser Art ausdrücklich das BVwG zuständig ist. Der Gesetzgeber bindet gleichzeitig die ordentlichen Zivilgerichte an die Entscheidung des BVwG. Wäre nun nach Ablauf der 30-tägigen Frist die Erwirkung einer Feststellung zu einem vergaberechtswidrigen Handeln eines Auftraggebers oder eines Sektorenauftraggebers endgültig ausgeschlossen, dann könnte nach Ablauf der 30-tägigen Frist auch keine Schadenersatzrechtliche Klage mehr eingebracht werden, auch wenn die im Gesetz dafür vorgesehene Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Wie der EuGH in der zitierten Entscheidung in Auslegung der Richtlinien festgestellt hat, sind die Richtlinien und die in den Richtlinien enthaltenen Fristen nicht so auszulegen, dass dadurch die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen ausgeschlossen oder effektiv unmöglich gemacht werden darf, solange die Frist für die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen nicht abgelaufen ist. Ergänzend bringt der Vertreter der ASt vor: Die Frist des Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG ist in Zusammenhalt mit den Bestimmungen des Paragraph 337, sowie 341 Absatz 2, BVergG so auszulegen, dass die 30-tägige Frist die Durchsetzung eines wettbewerbsrechtlichen sowie eines schadenersatzrechtlichen Anspruchs nicht endgültig vereiteln darf. Aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung sowie aus der einfachgesetzlichen Regelung des BVergG ergibt sich, dass es den ordentlichen Zivilgerichten verwehrt ist, Vergaberechtsverstöße festzustellen. Der Gesetzgeber ordnet ausdrücklich an, dass zu Feststellungen dieser Art ausdrücklich das BVwG zuständig ist. Der Gesetzgeber bindet gleichzeitig die ordentlichen Zivilgerichte an die Entscheidung des BVwG. Wäre nun nach Ablauf der 30-tägigen Frist die Erwirkung einer Feststellung zu einem vergaberechtswidrigen Handeln eines Auftraggebers oder eines Sektorenauftraggebers endgültig ausgeschlossen, dann könnte nach Ablauf der 30-tägigen Frist auch keine Schadenersatzrechtliche Klage mehr eingebracht werden, auch wenn die im Gesetz dafür vorgesehene Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Wie der EuGH in der zitierten Entscheidung in Auslegung der Richtlinien festgestellt hat, sind die Richtlinien und die in den Richtlinien enthaltenen Fristen nicht so auszulegen, dass dadurch die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen ausgeschlossen oder effektiv unmöglich gemacht werden darf, solange die Frist für die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen nicht abgelaufen ist.

[...]

Der Vertreter der ASt: Die Bestimmungen des Art. 2f Abs. 1 lit. a der Rechtsmittelrichtlinie räumt den Mitgliedsstaaten lediglich das Recht ein eine Nachprüfung zu befristen, nicht jedoch die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, zumal die Rechtsgrundlage für die Rechtsmittelrichtlinie ebenfalls an primären Unionsrecht zu messen ist, dabei insbesondere an Art. 47 der Gemeinschaftsgrundrechte. Es ist strikt zu trennen zwischen der unionsrechtlich zulässigen Befristung einer Nachprüfung und der unionsrechtlich nicht gedeckten Befristung der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen. Die vom österreichischen Gesetzgeber getroffene Verkettung verschiedener Ansprüche und die Verbindung an eine knappe Fristsetzung für Nachprüfungsanträge findet auch in der Rechtsmittelrichtlinie keine unionsrechtliche Deckung, wie der EuGH in der zitierten Entscheidung auch bereits deutlich dargelegt hat. Der Vertreter der ASt: Die Bestimmungen des Artikel 2 f, Absatz eins, Litera a, der Rechtsmittelrichtlinie räumt den Mitgliedsstaaten lediglich das Recht ein eine Nachprüfung zu befristen, nicht jedoch die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, zumal die Rechtsgrundlage für die Rechtsmittelrichtlinie ebenfalls an primären Unionsrecht zu messen ist, dabei insbesondere an Artikel 47, der Gemeinschaftsgrundrechte. Es ist strikt zu trennen zwischen der

unionsrechtlich zulässigen Befristung einer Nachprüfung und der unionsrechtlich nicht gedeckten Befristung der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen. Die vom österreichischen Gesetzgeber getroffene Verkettung verschiedener Ansprüche und die Verbindung an eine knappe Fristsetzung für Nachprüfungsanträge findet auch in der Rechtsmittelrichtlinie keine unionsrechtliche Deckung, wie der EuGH in der zitierten Entscheidung auch bereits deutlich dargelegt hat.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Galleria di Base del Brennero-Brenner Basistunnel BBT SE hat am 19.12.2017 im Amtsblatt der europäischen Union im Formular "Bauleistung - Bekanntmachung über vergebene Aufträge - Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung" das gegenständliche Vergabeverfahren unter der Bezeichnung "Vertragserweiterung - Ampliamento del contratto Nr. B0111/06" bekanntgemacht.

Als Verfahrensart wurde die Auftragsvergabe ohne vorherige Auftragsbekanntmachung angegeben. Ferner lautet die Rubrik "Verfahrensart" auszugsweise:

"Die Bauleistungen/Lieferungen/Dienstleistungen können aus folgenden Gründen nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden:

technische Gründe

Zwingende Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte und die den strengen

Bedingungen der Richtlinie genügen: ja

Zusätzliche Bauleistungen/Lieferungen/Dienstleistungen, deren

Beschaffung den strengen Vorschriften der Richtlinie genügt: ja

[...]

Beim Vortrieb des EKS wurde eine im diesen Ausmaß und mit diesen Schwierigkeitsgrad nicht erwartete Störzone angetroffen.

Die Frist für die Einlegung von Rechtsbehelfen wurde mit "6 Monate ab Zuschlagserteilung" angegeben.

2. Der verfahrenseinleitende Schriftsatz enthält das Datum 19.01.2018. Dieser langte am 19.01.2018 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien bzw. deren Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen des Auftraggebers keine Bedenken ergeben.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

1. Gemäß Art. 2f Abs. 1 lit. a Richtlinie 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie) können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Nachprüfung gemäß Artikel 2d Absatz 1 vor Ablauf von mindestens 30 Kalendertagen, gerechnet am dem Tag, der auf dem Tag folgt, an dem der Auftraggeber eine Vergabebekanntmachung gemäß den Artikeln 70 und 71 der Richtlinie 2014/25/EU oder gemäß den Artikeln 31 und 32 der Richtlinie 2014/23/EU veröffentlicht hat, sofern darin die Entscheidung des Auftraggebers begründet wird, einen Auftrag oder eine Konzession ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben, beantragt werden muss. 1. Gemäß Artikel 2 f, Absatz eins, Litera a, Richtlinie 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie) können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Nachprüfung gemäß Artikel 2d Absatz 1 vor Ablauf von mindestens 30 Kalendertagen, gerechnet am dem Tag, der auf dem Tag folgt, an dem der Auftraggeber eine Vergabebekanntmachung gemäß den Artikeln 70 und 71 der Richtlinie 2014/25/EU oder gemäß den Artikeln 31 und 32 der Richtlinie 2014/23/EU veröffentlicht hat, sofern darin die Entscheidung des Auftraggebers begründet wird, einen Auftrag oder eine Konzession ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben, beantragt werden muss.

§ 332 Abs. 3 BVergG lautet: Paragraph 332, Absatz 3, BVergG lautet:

Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Abweichend vom ersten Satz ist Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Abweichend vom ersten Satz ist

1. ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 - wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung gemäß den §§ 132 Abs. 2 oder 273 Abs. 2 bzw. ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 - wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung gemäß den Paragraphen 132, Absatz 2, oder 273 Absatz 2, bzw

2. ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 - wenn es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntmachung gemäß den §§ 54 Abs. 6, 55 Abs. 6, 217 Abs. 7 oder 219 Abs. 6. ein Antrag gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, - wenn es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntmachung gemäß den Paragraphen 54, Absatz 6, 55, Absatz 6, 217, Absatz 7, oder 219 Absatz 6

einzubringen.

Im Falle einer Vergabebekanntmachung im EU-Amtsblatt erhält jeder Mitgliedstaat durch Art. 2f Abs. 1 lit. a Richtlinie 92/13/EWG die Möglichkeit einer Fristverkürzung auf 30 Tage, von dem der österreichische Gesetzgeber Gebrauch gemacht hat. Die Frist in § 332 Abs. 3 BVergG stellt grundsätzlich darauf ab, dass Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z. 2 bis 4 binnen sechs Monate ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen sind. In Z 1 und 2 werden jedoch explizit zwei Ausnahmen von dieser 6-Monatsfrist taxativ angeführt, wobei Z 2 für den gegenständlich zu beurteilenden Fall einschlägig ist. Im Falle einer Vergabebekanntmachung im EU-Amtsblatt erhält jeder Mitgliedstaat durch Artikel 2 f, Absatz eins, Litera a, Richtlinie 92/13/EWG die Möglichkeit einer Fristverkürzung auf 30 Tage, von dem der österreichische Gesetzgeber Gebrauch gemacht hat. Die Frist in Paragraph 332, Absatz 3, BVergG stellt grundsätzlich darauf ab, dass Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 binnen sechs Monate ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen sind. In Ziffer eins und 2 werden jedoch explizit zwei Ausnahmen von dieser 6-Monatsfrist taxativ angeführt, wobei Ziffer 2, für den gegenständlich zu beurteilenden Fall einschlägig ist.

3. Das Urteil des EuGH vom 26.11.2015, Rs C-166/14 MedEval lautet auszugsweise:

Im vorliegenden Fall ist im Grundsatz ersichtlich, dass Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 89/665 einer Bestimmung des nationalen Rechts wie § 341 Abs. 2 des Bundesvergabegesetzes, nach dem die Feststellung eines dort erwähnten vergaberechtlichen Verstoßes Voraussetzung für die Erhebung einer Schadensersatzklage ist, nicht entgegensteht. Allerdings führt die Anwendung von § 341 Abs. 2 des Bundesvergabegesetzes in Verbindung mit dessen § 332 Abs. 3 dazu, dass eine Schadensersatzklage unzulässig ist, wenn nicht zuvor eine die Rechtswidrigkeit des betreffenden Vertrags feststellende Entscheidung erwirkt wurde, die in einem Verfahren ergeht, für das eine sechsmonatige Ausschlussfrist gilt, die ab dem auf die betreffende Zuschlagserteilung folgenden Tag zu laufen beginnt - und zwar unabhängig davon, ob der Kläger von der Rechtswidrigkeit dieser Zuschlagsentscheidung Kenntnis haben konnte. Im vorliegenden Fall ist im Grundsatz ersichtlich, dass Artikel 2, Absatz 6, der Richtlinie 89/665 einer Bestimmung des nationalen Rechts wie Paragraph 341, Absatz 2, des Bundesvergabegesetzes, nach dem die Feststellung eines dort erwähnten vergaberechtlichen Verstoßes Voraussetzung für die Erhebung einer Schadensersatzklage ist, nicht entgegensteht. Allerdings führt die Anwendung von Paragraph 341, Absatz 2, des Bundesvergabegesetzes in Verbindung mit dessen Paragraph 332, Absatz 3, dazu, dass eine Schadensersatzklage unzulässig ist, wenn nicht zuvor eine die Rechtswidrigkeit des betreffenden Vertrags feststellende Entscheidung erwirkt wurde, die in einem Verfahren ergeht, für das eine sechsmonatige Ausschlussfrist gilt, die ab dem auf die betreffende Zuschlagserteilung folgenden Tag zu laufen beginnt - und zwar unabhängig davon, ob der Kläger von der Rechtswidrigkeit dieser Zuschlagsentscheidung Kenntnis haben konnte.

[...]

Das Recht auf Erhebung einer Schadensersatzklage kann praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert

werden, falls die Zulässigkeit von Schadensersatzklagen von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und dieser Feststellungsantrag binnen einer sechsmonatigen Ausschlussfrist gestellt werden muss, ohne dass berücksichtigt wird, ob die geschädigte Person vom Vorliegen eines Rechtsverstoßes Kenntnis hatte.

Fehlt es an einer vorherigen Bekanntmachung, birgt eine solche Sechsmonatsfrist nämlich die Gefahr, dass eine geschädigte Person nicht die Möglichkeit hat, die für eine etwaige Klage notwendigen Informationen zu sammeln, und bildet somit ein Hindernis für die Erhebung dieser Klage.

4. Das Erkenntnis des VwGH vom 16.03.2016, 2015/04/0004, lautet auszugsweise:

Der EuGH hat im Urteil C-166/14 die innerstaatliche Regelung, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen, absoluten Ausschlussfrist gestellt werden muss, als mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz nicht in Einklang stehend angesehen. Die Unionsrechtswidrigkeit resultiert somit aus der Verknüpfung der Regelung des § 341 Abs. 2 BVergG 2006 mit derjenigen des § 332 Abs. 3 BVergG 2006. Der EuGH hat im Urteil C-166/14 die innerstaatliche Regelung, nach der die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz wegen eines vergaberechtlichen Verstoßes von der vorherigen Feststellung abhängig gemacht wird, dass das Vergabeverfahren mangels vorheriger Bekanntgabe rechtswidrig war, und der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit binnen einer sechsmonatigen, absoluten Ausschlussfrist gestellt werden muss, als mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz nicht in Einklang stehend angesehen. Die Unionsrechtswidrigkeit resultiert somit aus der Verknüpfung der Regelung des Paragraph 341, Absatz 2, BVergG 2006 mit derjenigen des Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006.

In seiner Begründung verweist der EuGH ausdrücklich darauf, dass Art. 2 Abs. 6 der Rechtsmittelrichtlinie einer Bestimmung des nationalen Rechts wie § 341 Abs. 2 BVergG 2006, nach dem die Feststellung eines dort erwähnten vergaberechtlichen Verstoßes Voraussetzung für die Erhebung einer Schadensersatzklage ist, nicht entgegensteht (Rn. 36). Jedoch birgt die Sechsmonatsfrist - so der EuGH - in Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Bekanntmachung fehlt, die Gefahr, dass eine geschädigte Person nicht die für eine etwaige Klage notwendigen Informationen sammeln kann (Rn. 42). Die Verdrängung dieser Sechsmonatsfrist (als Voraussetzung für die Einbringung eines Feststellungsantrags und damit mittelbar für die Erhebung einer Schadensersatzklage) würde den Verstoß gegen den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz jedenfalls beseitigen. In seiner Begründung verweist der EuGH ausdrücklich darauf, dass Artikel 2, Absatz 6, der Rechtsmittelrichtlinie einer Bestimmung des nationalen Rechts wie Paragraph 341, Absatz 2, BVergG 2006, nach dem die Feststellung eines dort erwähnten vergaberechtlichen Verstoßes Voraussetzung für die Erhebung einer Schadensersatzklage ist, nicht entgegensteht (Rn. 36). Jedoch birgt die Sechsmonatsfrist - so der EuGH - in Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Bekanntmachung fehlt, die Gefahr, dass eine geschädigte Person nicht die für eine etwaige Klage notwendigen Informationen sammeln kann (Rn. 42). Die Verdrängung dieser Sechsmonatsfrist (als Voraussetzung für die Einbringung eines Feststellungsantrags und damit mittelbar für die Erhebung einer Schadensersatzklage) würde den Verstoß gegen den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz jedenfalls beseitigen.

[...]

Im Hinblick auf die dem Bundesvergabegesetz 2006 zugrunde liegenden Wertungsentscheidungen wird nicht übersehen, dass mit § 332 Abs. 3 BVergG 2006 den Erläuterungen zufolge (RV 327 BlgNR 24. GP, 35) die - der Rechtssicherheit dienende - Grundregel des Art. 2f Abs. 1 lit. b der Rechtsmittelrichtlinie bewusst umgesetzt werden sollte. [...] Im Hinblick auf die dem Bundesvergabegesetz 2006 zugrunde liegenden Wertungsentscheidungen wird nicht übersehen, dass mit Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 den Erläuterungen zufolge Regierungsvorlage 327 BlgNR 24. GP, 35) die - der Rechtssicherheit dienende - Grundregel des Artikel 2 f, Absatz eins, Litera b, der Rechtsmittelrichtlinie bewusst umgesetzt werden sollte. [...]

5. Der VwGH hat im oben zitierten Erkenntnis, den Bescheid des (damals zuständigen) Bundesvergabebeamten vom 13.05.2011 deshalb aufgehoben, da der Senat den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin zurückgewiesen hat, weil die absolute Frist von sechs Monaten gemäß § 332 Abs. 3 BVergG zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits abgelaufen gewesen war und der Antrag somit verspätet eingebracht wurde. Das BVA hätte jedoch auch den

zugrundeliegenden Feststellungsantrag in Folge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen. Der VwGH hat ausdrücklich auf die Entscheidung des EuGH vom 26.11.2015, Rs C-166/14, MedEval, Bezug genommen, wonach die Sechsmonatsfrist in Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Bekanntmachung fehlt, die Gefahr birgt, dass eine geschädigte Person nicht die für eine etwaige Klage notwendigen Informationen sammeln kann. Die Verdrängung dieser Sechsmonatsfrist würde einen Verstoß gegen den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz jedenfalls beseitigen.<sup>5</sup> Der VwGH hat im oben zitierten Erkenntnis, den Bescheid des (damals zuständigen) Bundesvergabebeamten vom 13.05.2011 deshalb aufgehoben, da der Senat den Feststellungsantrag der Beschwerdeführerin zurückgewiesen hat, weil die absolute Frist von sechs Monaten gemäß Paragraph 332, Absatz 3, BVergG zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits abgelaufen gewesen war und der Antrag somit verspätet eingebracht wurde. Das BVA hätte jedoch auch den zugrundeliegenden Feststellungsantrag in Folge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen. Der VwGH hat ausdrücklich auf die Entscheidung des EuGH vom 26.11.2015, Rs C-166/14, MedEval, Bezug genommen, wonach die Sechsmonatsfrist in Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Bekanntmachung fehlt, die Gefahr birgt, dass eine geschädigte Person nicht die für eine etwaige Klage notwendigen Informationen sammeln kann. Die Verdrängung dieser Sechsmonatsfrist würde einen Verstoß gegen den unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz jedenfalls beseitigen.

6. Das Bundesverwaltungsgericht geht - mit der mitbeteiligten Partei (vgl. den jüngsten Schriftsatz vom 21.02.2018) - davon aus, dass aus den Ausführungen des VwGH nicht geschlossen werden kann, dass auch die gegenständliche - als lex specialis geregelte - Frist von 30 Tagen ebenfalls durch das Unionsrecht verdrängt wird, zumal Art. 2f Abs. 1 lit. a Richtlinie 92/13/EWG den Mitgliedsstaaten - im Falle einer EU-weiten Bekanntmachung - ausdrücklich die Festlegung einer derartigen Frist einräumt.<sup>6</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht - mit der mitbeteiligten Partei vergleiche den jüngsten Schriftsatz vom 21.02.2018) - davon aus, dass aus den Ausführungen des VwGH nicht geschlossen werden kann, dass auch die gegenständliche - als lex specialis geregelte - Frist von 30 Tagen ebenfalls durch das Unionsrecht verdrängt wird, zumal Artikel 2 f, Absatz eins, Litera a, Richtlinie 92/13/EWG den Mitgliedsstaaten - im Falle einer EU-weiten Bekanntmachung - ausdrücklich die Festlegung einer derartigen Frist einräumt.

Daraus folgt für den gegenständlichen Sachverhalt: Unstrittig hat die Auftraggeberin den vergebenen Auftrag am 19.12.2017 EU-weit publiziert, womit dieser am 19.12.2017 erstmalig verfügbar und sohin fristauslösend war. Auch die formalen Voraussetzungen (vgl. insbesondere § 217 Abs. 7 BVergG) wurden seitens der Auftraggeberin eingehalten, zumal die Antragstellerin derartige Verstöße nicht einmal behauptet hat. Daraus folgt für den gegenständlichen Sachverhalt: Unstrittig hat die Auftraggeberin den vergebenen Auftrag am 19.12.2017 EU-weit publiziert, womit dieser am 19.12.2017 erstmalig verfügbar und sohin fristauslösend war. Auch die formalen Voraussetzungen vergleiche insbesondere Paragraph 217, Absatz 7, BVergG) wurden seitens der Auftraggeberin eingehalten, zumal die Antragstellerin derartige Verstöße nicht einmal behauptet hat.

Der gegenständliche Feststellungsantrag hätte daher spätestens am 18.01.2018 beim Bundesverwaltungsgericht einlangen müssen. Der am 19.01.2016 gestellte und eingelangte Feststellungsantrag ist daher verspätet und war demzufolge als verfristet zurückzuweisen. Der Hinweis der Antragstellerin, wonach der Auftraggeber die Fristverkürzung dann keinesfalls erreichen könne, wenn die Voraussetzungen für die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen würden, ist schon deshalb unbeachtlich, weil es an einer diesbezüglichen Annahme an einer positivrechtlichen Regelung im § 332 Abs. 3 BVergG fehlt. Der gegenständliche Feststellungsantrag hätte daher spätestens am 18.01.2018 beim Bundesverwaltungsgericht einlangen müssen. Der am 19.01.2016 gestellte und eingelangte Feststellungsantrag ist daher verspätet und war demzufolge als verfristet zurückzuweisen. Der Hinweis der Antragstellerin, wonach der Auftraggeber die Fristverkürzung dann keinesfalls erreichen könne, wenn die Voraussetzungen für die Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorliegen würden, ist schon deshalb unbeachtlich, weil es an einer diesbezüglichen Annahme an einer positivrechtlichen Regelung im Paragraph 332, Absatz 3, BVergG fehlt.

Am obigen Ergebnis vermögen auch die Ausführungen der Antragstellerin in der Stellungnahme vom 14.02.2018 nichts zu ändern: Das Bundesverwaltungsgericht kann aufgrund der Anfechtungsfrist des § 332 Abs. 3 Z 2 BVergG keine Verletzung des Art. 47 GRC erkennen. Wie bereits die mitbeteiligte Partei zutreffend ausgeführt hat, sollen nach der Intention des Gesetzgebers Fristen im Vergaberecht generell kurz bemessen sein. Eine 30-tägige Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages erscheint dem Bundesverwaltungsgericht nicht unangemessen kurz (vgl.

demgegenüber etwa die in § 321 Abs. 1 BVergG vorgesehene wesentlich kürzere Frist zur Einbringung von Nachprüfungsanträgen). Am obigen Ergebnis vermögen auch die Ausführungen der Antragstellerin in der Stellungnahme vom 14.02.2018 nichts zu ändern: Das Bundesverwaltungsgericht kann aufgrund der Anfechtungsfrist des Paragraph 332, Absatz 3, Ziffer 2, BVergG keine Verletzung des Artikel 47, GRC erkennen. Wie bereits die mitbeteiligte Partei zutreffend ausgeführt hat, sollen nach der Intention des Gesetzgebers Fristen im Vergaberecht generell kurz bemessen sein. Eine 30-tägige Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages erscheint dem Bundesverwaltungsgericht nicht unangemessen kurz vergleiche demgegenüber etwa die in Paragraph 321, Absatz eins, BVergG vorgesehene wesentlich kürzere Frist zur Einbringung von Nachprüfungsanträgen).

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision gegen Spruchpunkt A ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Denn trotz Fehlens einer ausdrücklichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu einer konkreten Fallgestaltung liegt dann keine erhebliche Rechtsfrage vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist (VwGH 28.5.2014, Ra 2014/07/0053). Die Revision gegen Spruchpunkt A ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Denn trotz Fehlens einer ausdrücklichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu einer konkreten Fallgestaltung liegt dann keine erhebliche Rechtsfrage vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist (VwGH 28.5.2014, Ra 2014/07/0053).

#### **Schlagworte**

Ausnahmebestimmung, Bauauftrag, Dringlichkeit, Einbringung, Einbringungsfrist, faires Verfahren, Feststellungsantrag, Fristablauf, Fristüberschreitung, Fristversäumung, lex specialis, mündliche Verhandlung, Rechtswidrigkeit, Stillhaltefrist, Verfristung, Vergabeverfahren, verspäteter Antrag, Verspätung, vorherige Bekanntmachung, Zurückweisung

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W123.2183623.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.03.2018

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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