

# TE Vwgh Erkenntnis 2021/3/5 Ra 2018/04/0141

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.03.2021

## Index

E000 EU- Recht allgemein

E6j

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §272

BVergG 2006 §41 Abs1

EURallg

LVergRG Wr 2014 §20 Abs1

LVergRG Wr 2014 §33 Abs1

LVergRG Wr 2014 §33 Abs1 Z1

LVergRG Wr 2014 §33 Abs1 Z2

LVergRG Wr 2014 §33 Abs1 Z3

LVergRG Wr 2014 §33 Abs1 Z5

LVergRG Wr 2014 §36 Abs1

LVergRG Wr 2014 §36 Abs2

LVergRG Wr 2014 §37 Abs2

LVergRG Wr 2014 §39 Abs2

LVergRG Wr 2014 §7 Abs3 Z3

62014CJ0166 MedEval VORAB

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

Ra 2018/04/0142

Ra 2018/04/0143

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa-Janovsky, über die Revisionen der W GmbH in W, vertreten durch die B&S Böhmendorfer Schender

Rechtsanwälte GmbH in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes Wien jeweils vom 30. April 2018, Zlen. 1. VGW-123/061/2739/2018-1 (protokolliert zu hg. Ra 2018/04/0141), 2. VGW-123/061/2705/2018-14 (protokolliert zu hg. Ra 2018/04/0142) und 3. VGW-123/061/2741/2018-1 (protokolliert zu hg. Ra 2018/04/0143), alle betreffend vergaberechtliche Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. V Gesellschaft m.b.H. in W, vertreten durch die Schiefer Rechtsanwälte GmbH in 1090 Wien, Rooseveltplatz 4-5/5; 2. Ö AG in W, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

1. Der zu hg. Ra 2018/04/0141 protokollierten Revision wird Folge gegeben und der Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien VGW-123/061/2739/2018-1 wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

2. Die zu hg. Ra 2018/04/0142 und Ra 2018/04/0143 protokollierten Revisionen gegen die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes Wien VGW-123/061/2705/2018-14 sowie VGW-123/061/2741/2018-1 werden als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberin hat den beiden mitbeteiligten Parteien Aufwendungen in der Höhe von jeweils € 553,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

### **Begründung**

I.

1 1. Den vorliegenden Revisionen ging - auf das Wesentliche zusammengefasst - folgender Verfahrensablauf voraus:

2 1.1. Die W GmbH (Revisionswerberin) beehrte mit Antrag vom 22. September 2015, eine näher bezeichnete Entscheidung der V GmbH (erstmitbeteiligte Partei, Auftraggeberin) vom 15. September 2015 - und zwar die darin erfolgte Wahl sowohl des Vergabeverfahrens (Direktvergabe) als auch des Zuschlagsempfängers (Ö AG, zweitmitbeteiligte Partei) - für nichtig zu erklären. In eventu beantragte die Revisionswerberin die Feststellung, dass das Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden bzw. die Durchführung einer Vergabe ohne Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung rechtswidrig gewesen sei, verbunden mit dem Antrag auf Nichtigerklärung des Vertrages zwischen den beiden mitbeteiligten Parteien über die Vergabe der gegenständlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen.

3 Mit Schriftsätzen vom 6. November 2015 bzw. vom 19. November 2015 stellte die Revisionswerberin jeweils gleichartige Nichtigerklärungs- und Feststellungsanträge betreffend näher bezeichnete Entscheidungen der erstmitbeteiligten Partei vom 22. Juli 2015 bzw. vom 12. November 2015.

4 Begründend führte die Revisionswerberin in allen drei Verfahren aus, dass es sich bei der offenbar geplanten oder bereits durchgeführten Neuvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen um eine unzulässige nachträgliche Änderung des Verkehrsdienstvertrages (VDV) zwischen der erstmitbeteiligten Partei und der zweitmitbeteiligten Partei bzw. um eine unzulässige Direktvergabe an die zweitmitbeteiligte Partei handle.

5 1.2. Mit Beschluss vom 24. November 2015 wies das Verwaltungsgericht (VwG) Wien sowohl die Nachprüfungsanträge als auch den Feststellungsantrag der Revisionswerberin vom 22. September 2015 als unzulässig zurück, weil eine bloße Anpassung der Vertragsabwicklung vorliege, die auf die bestehenden Vertragsbestimmungen (des VDV) gestützt werden könne, und weil sich auf Grund der Kostenneutralität das wirtschaftliche Gleichgewicht nicht zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei ändere. Es handle sich bei den gegenständlich geplanten Umschichtungen um zulässige derivative Leistungsanpassungen (und somit nicht um einen den vergaberechtlichen Bestimmungen unterliegenden Beschaffungsvorgang).

6 Mit Datum vom 8. April 2016 bzw. vom 18. April 2016 ergingen im Wesentlichen gleichartige Zurückweisungsbeschlüsse des VwG Wien betreffend die Anträge der Revisionswerberin vom 6. November 2015 und vom 19. November 2015.

7 1.3. Mit Erkenntnis vom 15. März 2017, Ra 2016/04/0064, 0065, hob der Verwaltungsgerichtshof die Beschlüsse

des VwG Wien vom 8. April 2016 und vom 18. April 2016 auf Grund der dagegen erhobenen Revisionen der W GmbH wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes auf. Das Argument der Kostenneutralität sei im Hinblick auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 7. September 2016 in der Rs. C-549/14, Finn Frogne, für sich genommen nicht tragfähig. Hinsichtlich der erforderlichen Bestimmtheit und Transparenz der Änderungsklausel fehle es an entsprechenden Feststellungen, weshalb nicht ohne weiteres von einer zulässigen derivativen Leistungsanpassung ausgegangen werden könne.

8 Mit Erkenntnis vom 5. April 2017, Ra 2016/04/0059, hob der Verwaltungsgerichtshof den Beschluss des VwG Wien vom 24. November 2015 auf Grund der dagegen erhobenen Revision der W GmbH unter Verweis auf seine Ausführungen im hg. Erkenntnis Ra 2016/04/0064, 0065 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gleichfalls auf.

9 1.4. Im fortgesetzten Verfahren stellte das VwG Wien mit Beschluss vom 19. Dezember 2017 die Verfahren betreffend die Anträge der Revisionswerberin vom 22. September 2015, vom 6. November 2015 und vom 19. November 2015 ein.

10 Das VwG Wien verwies auf eine Stellungnahme der erstmitbeteiligten Partei vom 16. Oktober 2017, in der diese bekannt gegeben habe, dass die den vergaberechtlichen Kontrollverfahren zugrunde liegenden Anpassungen des VDV am 26. November 2015 erfolgt seien. Die Revisionswerberin habe trotz ordnungsgemäßer Zustellung der (unter Pkt. I.1.3. zitierten) Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 39 Abs. 2 vorletzter Satz des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 (WVRG 2014) keinen Antrag auf Fortsetzung der Verfahren als Feststellungsverfahren gestellt. Da die Durchführung eines sekundären Feststellungsverfahrens nur auf Antrag erfolgen könne, seien die Verfahren mangels Antrags einzustellen gewesen.

1 1 1.5. Gegen diesen Beschluss erhob die Revisionswerberin die zu hg. Ra 2018/04/0094 protokollierte außerordentliche Revision.

1 2 2. Mit Schriftsatz vom 27. Februar 2018 beantragte die Revisionswerberin - bezogen jeweils auf die mit 26. November 2015 erfolgte Vertragsanpassung des zwischen der erstmitbeteiligten Partei und der zweitmitbeteiligten Partei abgeschlossenen VDV - die Feststellung

? gemäß § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 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 worden sei,

? gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei,

? sowie gemäß § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei.

Weiters wurde die Nichtigklärung des Vertrages beantragt, mit dem die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen an die zweitmitbeteiligte Partei vergeben worden seien.

13 Begründend wurde zur Rechtzeitigkeit der Anträge ausgeführt, die Revisionswerberin habe erst mit der Zustellung des Einstellungsbeschlusses des VwG Wien vom 19. Dezember 2017 am 17. Jänner 2018 von der gegenständlichen Leistungsvergabe Kenntnis erlangt. Die sechsmonatige absolute Frist sei im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14 als verdrängt anzusehen.

14 3. Mit den drei - im Wesentlichen inhaltsgleichen - nunmehr angefochtenen Beschlüssen vom 30. April 2018 wies das VwG Wien diese drei Feststellungsanträge der Revisionswerberin zurück (jeweils Spruchpunkt I., wobei der zu VGW-123/061/2739/2018-1 protokollierte Beschluss den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 betraf, der zu VGW-123/061/2705/2018-14 protokollierte Beschluss den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 und der zu VGW-123/061/2741/2018-1 protokollierte Beschluss den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014). Weiters wurde jeweils ausgesprochen, dass die Revisionswerberin die Gebühr in der Höhe von € 312,- selbst zu tragen habe (Spruchpunkt II.) und die ordentliche Revision unzulässig sei (Spruchpunkt III.).

1 5 3.1. Das VwG Wien begründete die Zurückweisung hinsichtlich aller drei Anträge zum einen damit, dass (primäre) Feststellungsanträge nach § 33 Abs. 1 WVRG 2014 unzulässig seien, wenn der Verstoß im Rahmen eines Nichtigerklärungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können. Es sei von einer „Subsidiarität“ der primären Feststellungsanträge auszugehen. Ein Unternehmer könne sich dann auf § 33 Abs. 1 WVRG 2014 stützen, wenn er eine mögliche Verletzung seiner Rechte nicht im Wege eines Nichtigerklärungsantrages habe geltend machen können. Für den Fall der Aufhebung einer Entscheidung des VwG Wien durch den Verwaltungsgerichtshof (wie hier erfolgt) stehe dem Antragsteller, der einen Nichtigerklärungsantrag nach § 20 WVRG 2014 gestellt habe, die Möglichkeit eines sekundären Feststellungsantrages gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 offen. Die Durchführung eines sekundären Feststellungsverfahrens könne aber nur antragsgebunden erfolgen. Fallbezogen habe die Revisionswerberin von dieser Antragsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Diesfalls sei die Stellung eines (primären) Feststellungsantrages nach § 33 WVRG 2014 auf Grund dessen subsidiären Charakters unzulässig.

1 6 3.2. Zum anderen ging das VwG Wien hinsichtlich aller drei Anträge von einer Verfristung aus. Auch wenn die Revisionswerberin möglicherweise erst durch den Einstellungsbeschluss des VwG Wien vom 19. Dezember 2017 vom genauen Datum der Vertragsanpassung (26. November 2015) Kenntnis erhalten habe, habe sie im Hinblick auf die Schriftsätze der erstmitbeteiligten Partei sowie die Aussagen in den drei (im Jahr 2015) durchgeführten Verhandlungen gewusst, dass es vor dem Fahrplanwechsel am 13. Dezember 2015 zur beabsichtigten Vertragsanpassung kommen werde. Sie wäre daher gehalten gewesen, binnen der sechsmonatigen Frist des § 36 Abs. 1 WVRG 2014 (gerechnet spätestens ab dem 12. Dezember 2015 als dem letzten Tag vor dem Fahrplanwechsel) einen Feststellungsantrag einzubringen. Dem stehe das Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14, MedEval, nicht entgegen, weil die Revisionswerberin vorliegend von den beabsichtigten Vertragsanpassungen gewusst habe. Da die Verdrängung von nationalem Recht zur Herbeiführung eines unionsrechtskonformen Zustandes nur im unbedingt notwendigen Ausmaß erfolgen dürfe, müsse § 36 Abs. 1 WVRG 2014 unionsrechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass ein Feststellungsantrag gegen eine behauptete Direktvergabe binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen sei, ab dem der Antragsteller vom Zuschlag Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können.

1 7 3.3. Hinsichtlich des Antrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 (Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) nahm das VwG Wien darüber hinaus noch an, dass von dieser Bestimmung nur die dem BVergG 2006, nicht jedoch die dem Sondervergaberegime der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße unterliegenden Verfahren erfasst seien. Der betreffende Feststellungsantrag könne somit nicht auf diese Bestimmung gestützt werden und sei (auch) daher unzulässig.

1 8 4. Gegen diese drei Beschlüsse richten sich die vorliegenden - im Wesentlichen inhaltsgleichen - außerordentlichen Revisionen (betreffend den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 protokolliert zu hg. Ra 2018/04/0141, betreffend den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 protokolliert zu hg. Ra 2018/04/0142 und betreffend den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 protokolliert zu hg. Ra 2018/04/0143).

1 9 5. Der Verwaltungsgerichtshof räumte den Parteien aus Anlass der Einleitung des Vorverfahrens über die gegenständlichen Revisionen gemäß § 41 letzter Satz VwGG die Möglichkeit ein, im Hinblick auf die dazu bestehenden Literaturmeinungen eine Äußerung zur Frage abzugeben, inwieweit bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 eine Feststellung nach § 33 Abs. 1 Z 1 (dass der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem billigsten oder besten Angebot erteilt worden sei) bzw. nach § 33 Abs. 1 Z 3 (dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig gewesen sei) WVRG 2014 in einer Konstellation wie der vorliegenden neben einer Feststellung nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 (dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei) überhaupt in Betracht komme.

2 0 6. Die Revisionswerberin erstattete dazu eine Stellungnahme, in der sie die Zulässigkeit ihrer Anträge nach § 33 Abs. 1 Z 1 und Z 3 WVRG 2014 bejaht.

2 1 7. Die erstmitbeteiligte Partei und die zweitmitbeteiligte Partei erstatteten jeweils eine Revisionsbeantwortung, in der sie auch zu der unter Pkt. I.5. angeführten Frage Stellung nehmen und die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Revisionen beantragen.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die drei Revisionen auf Grund ihres sachlichen und persönlichen Zusammenhanges

zur gemeinsamen Entscheidung verbunden und darüber erwogen:

2 2 1. Soweit die mitbeteiligten Parteien in ihren Revisionsbeantwortungen vorbringen, die gegenständlichen Revisionen seien bereits mangels korrekter Ausführung des Revisionspunktes zurückzuweisen, ist dem entgegenzuhalten, dass die Revisionswerberin, indem sie sich dadurch verletzt erachtet, dass ihre Anträge (zu Unrecht) als unzulässig zurückgewiesen worden seien, das verfolgte Rechtsschutzinteresse (nämlich die Verletzung im Recht auf eine meritorische Entscheidung über ihre Anträge) ausreichend präzise dargetan hat.

2 3 2. In ihrem Zulässigkeitsvorbringen wendet sich die Revisionswerberin gegen alle drei vom VwG Wien herangezogenen Zurückweisungsgründe. Der vom VwG Wien angenommenen Verfristung hält die Revisionswerberin das Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14 entgegen, demzufolge die sechsmonatige absolute Ausschlussfrist als verdrängt anzusehen sei. Zudem gelte für die Anträge nach § 33 Abs. 1 Z 2 und 3 WVRG 2014 die vom VwG Wien herangezogene Frist des § 36 Abs. 1 WVRG 2014 überhaupt nicht. Die Anträge seien daher als rechtzeitig anzusehen bzw. fehle es diesbezüglich an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Hinsichtlich der vom VwG Wien ins Treffen geführten Subsidiarität verweist die Revisionswerberin auf § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014, dem zufolge unabhängig von der Einbringung eines sekundären Feststellungsantrags ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 WVRG 2014 gestellt werden könne. Zu der vom VwG Wien hinsichtlich des Antrages nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 vertretenen Auffassung, diese Bestimmung würde die der Verordnung (EG) 1370/2007 unterliegenden Verfahren nicht erfassen, verweist die Revisionswerberin wiederum auf das Fehlen von Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

24 Die Revisionen erweisen sich im Hinblick darauf als zulässig.

25 3.1. Die im vorliegenden Fall noch maßgeblichen Bestimmungen des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 (WVRG 2014), LGBl. Nr. 37/2013 in der Fassung LGBl. Nr. 43/2016, lauteten auszugsweise:

„Zuständigkeit

§ 7. [...]

(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;

[...]

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

4. zur Feststellung, ob der Zuschlag in rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 erteilt wurde;

[...]

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des Vertrages;

[...]

Mündliche Verhandlung

§ 11. [...]

(2) Die Verhandlung kann entfallen, wenn

1. der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist,

[...]

2. Abschnitt

Nichtigkeitklärungsverfahren

Antrag

§ 20. (1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigkeitserklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. [...]

[...]

Feststellungsverfahren

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

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 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,
2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,
3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war,

[...]

Inhalt und Zulässigkeit

§ 35. [...]

(3) Der Antrag ist in folgenden Fällen unzulässig:

1. wenn er nicht innerhalb der im § 36 genannten Fristen gestellt wird,
2. wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nichtigkeitserklärungsverfahrens gemäß § 20 hätte geltend gemacht werden können oder

[...]

Antragsfristen

§ 36. (1) Anträge gemäß § 33 Abs. 1 Z 1 oder 5 sind binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem die Antragstellerin oder der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.

(2) Anträge gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Abweichend vom ersten Satz ist

[...]

Feststellung von Rechtsverstoßen, Nichtigkeitserklärung, Verhängung von Sanktionen

§ 37. [...]

(2) Soweit in den Abs. 3 bis 5 nicht Anderes bestimmt ist, hat das Verwaltungsgericht Wien den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 bis 5 für nichtig zu erklären.

[...]

Sekundäre Feststellungsverfahren

§ 39. [...]

(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.

[...]"

2 6 3.2. Die für den vorliegenden Fall noch maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerGG 2006), BGBl. I Nr. 17 in der Fassung BGBl. I Nr. 128/2013, lauteten auszugsweise:

„Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen

§ 25. [...]

(10) Bei der Direktvergabe wird eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

[...]

Direktvergabe

§ 41. (1) Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe gelten ausschließlich der 1. Teil, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 10, 42 Abs. 2, 87a, 99a, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 4.

[...]

Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge

§ 141. [...]

(3) Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro zulässig; die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. [...]

[...]"

27 3.3. Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1, lauten auszugsweise:

„Artikel 5

Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

(1) Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen. Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.

[...]

(6) Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr - mit Ausnahme anderer schienengestützter Verkehrsträger wie

Untergrund- oder Straßenbahnen - direkt zu vergeben. Abweichend von Artikel 4 Absatz 3 haben diese Aufträge eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren, soweit nicht Artikel 4 Absatz 4 anzuwenden ist.

(7) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die gemäß den Absätzen 2 bis 6 getroffenen Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können, die ein Interesse daran hat bzw. hatte, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die angibt, durch einen Verstoß dieser Entscheidungen gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können.

[...]

Artikel 7

Veröffentlichung

[...]

(2) Jede zuständige Behörde ergreift die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe mindestens die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden:

- a) der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde;
- b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens;
- c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete;
- d) der geplante Beginn und die geplante Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

[...]

(4) Die zuständige Behörde übermittelt jeder interessierten Partei auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

[...]"

4. Zum Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 (Ra 2018/04/0141)

28 Gemäß § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 kann ein Unternehmer die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

4.1. Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 als Gegenstand eines Antrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014

29 4.1.1. Das VwG Wien ging davon aus, dass von § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 nur die dem BVergG 2006, nicht jedoch die der Verordnung (EG) 1370/2007 unterliegenden Vergabeverfahren erfasst seien und der diesbezügliche Feststellungsantrag schon deshalb unzulässig sei. Die erstmitbeteiligte Partei teilt diese Auffassung.

30 Die Revisionswerberin hält dem entgegen, dass die genannte Bestimmung auch auf einen Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht abstelle, wozu die Verordnung (EG) 1370/2007 zähle.

3 1 4.1.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 26. Februar 2014, 2011/04/0134, im Zusammenhang mit einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 festgehalten, dass (soweit es sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages handelt) der in Art. 5 Abs. 7 der Verordnung (EG) 1370/2007 normierten Verpflichtung, einen wirksamen und raschen Rechtsschutz sicherzustellen, durch die Anwendbarkeit des BVergG 2006 Rechnung getragen wird. Weiters wurde in diesem Erkenntnis wie folgt ausgeführt (Pkt. II.4.):

„[...] Mit der Bundesvergabegesetz-Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 wurde im Zusammenhang mit den Regelungen für nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge in den §§ 141 und 280 BVergG 2006 (ebenso wie für Dienstleistungskonzessionen in den §§ 11 und 177 BVergG 2006) jeweils vorgesehen, dass die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der VO 1370/2007 unberührt bleibt. [...] Die Wortfolge die ‚Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt‘ in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 ist dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Art. 5 Abs. 6 der VO 1370/2007 zur Verfügung

steht und von der im Einleitungssatz des Art. 5 Abs. 6 der VO 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde (vgl. zum Ganzen das zitierte Erkenntnis Zl. 2012/04/0082). Mit den dargestellten Regelungen in den §§ 141 und 280 BVerG 2006) sollte nach den Erläuterungen (RV 327 BlgNR 24. GP 9) das Regelungsniveau der VO 1370/2007, das im Bereich der Direktvergabe von Dienstleistungskonzessionen und nicht prioritären Dienstleistungen weniger restriktive Regelungen enthält als das BVerG 2006, im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im BVerG 2006 verankert werden. Ebenso wurde durch die genannte Novelle die VO 1370/2007 in die Auflistung der durch das BVerG 2006 umgesetzten bzw. berücksichtigten Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften aufgenommen und dem § 351 BVerG 2006 als Z 16 angefügt. Daher ist auch - soweit nicht die Vergabe einer Dienstleistungskonzession vorliegt (für die der 4. Teil des BVerG 2006 nicht gilt) - der Rechtsschutzteil des BVerG 2006 anwendbar (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 9. April 2013, Zl. 2011/04/0042, mit Hinweis auf den Beschluss des OGH vom 9. August 2011, 4 Ob 100/11a). Auch der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 22. Februar 2011, A 23/10, festgehalten, dass das Rechtsschutzsystem des BVerG 2006 auch in Umsetzung des Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 im Fall von Dienstleistungsverträgen den Rechtszug an das Bundesvergabeamt vorsieht. Schließlich enthält auch die VO 1370/2007 keine Vorschriften, die einer Anwendbarkeit der fallbezogen maßgeblichen Bestimmungen des BVerG 2006 entgegenstehen würden. [...]“

32 In seinem Erkenntnis vom 16. Oktober 2019, Ro 2017/04/0024, hat der Verwaltungsgerichtshof aus Anlass eines Feststellungsverfahrens betreffend die rechtswidrige Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach § 331 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 (behauptet wurde eine rechtswidrige Beauftragung nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007) unter Bezugnahme auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes festgehalten, dass die fehlerhafte Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bekämpfbar sein müsse (Rn. 35).

33 Dass im Bereich des Vergaberechtsschutzes nach dem WVRG 2014 bzw. hinsichtlich des hier fraglichen § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich und wird vom VwG Wien auch nicht aufgezeigt. Dabei ist auch zu beachten, dass in § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 (ebenso wie in § 331 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006) ua. auf einen Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht abgestellt wird. Schließlich ist noch darauf zu verweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof in den bereits zitierten Erkenntnissen VwGH Ra 2016/04/0064, 0065 sowie Ra 2016/04/0059 Zurückweisungsbeschlüsse des VwG Wien (auch) betreffend Feststellungen im Zusammenhang mit Direktvergaben nach der Verordnung (EG) 1370/2007 jeweils aufgehoben (und somit eine Unzulässigkeit der betreffenden Anträge auch nicht auf Grund der fehlenden Anwendbarkeit des § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 anerkannt) hat.

34 Der Verwaltungsgerichtshof teilt somit nicht die Auffassung des VwG Wien zur fehlenden Anwendbarkeit des § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 bei Direktvergaben nach der Verordnung (EG) 1370/2007.

#### 4.2. Verfristung des Antrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014

35 4.2.1. Das VwG Wien hat diesbezüglich festgehalten, die Revisionswerberin habe auf Grund der Schriftsätze der Auftraggeberin gewusst, dass es vor dem Fahrplanwechsel am 13. Dezember 2015 zur beabsichtigten Vertragsanpassung kommen werde. Die Fristenregelung des § 36 Abs. 1 WVRG 2014 müsse - vor dem Hintergrund des Urteils des EuGH in der Rs. C-166/14 - unionsrechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass ein Feststellungsantrag gegen eine behauptete Direktvergabe innerhalb von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen sei, ab dem der Antragsteller vom Zuschlag Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können (vorliegend somit spätestens sechs Monate nach dem 12. Dezember 2015).

36 Die Revisionswerberin führt gegen die Annahme des VwG Wien, die Feststellungsanträge der Revisionswerberin seien verfristet, das Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14 ins Treffen, dem zufolge die sechsmonatige absolute Ausschlussfrist als verdrängt anzusehen sei. Der Antrag sei daher als rechtzeitig anzusehen. Hinsichtlich der Anträge nach § 33 Abs. 1 Z 2 und Z 3 WVRG 2014 macht die Revisionswerberin darüber hinaus geltend, dass die vom VwG Wien herangezogene Frist des § 36 Abs. 1 WVRG 2014 für diese Anträge nicht gelte (sondern die Frist nach § 36 Abs. 2 WVRG 2014) und die Einhaltung der Frist nach § 36 Abs. 1 WVRG 2014 daher von vornherein nicht in Betracht komme.

37 Die erstmitbeteiligte Partei verweist auf die Regelung des § 36 WVRG 2014, der zufolge Feststellungsanträge (jedenfalls) binnen sechs Monaten nach Zuschlagserteilung einzubringen seien. Aus dem ins Treffen geführten Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14 lasse sich für die Revisionswerberin nichts gewinnen, weil die jeweils zugrunde liegenden

Konstellationen nicht vergleichbar seien. Die sechsmonatige Ausschlussfrist sei dann unproblematisch, wenn der betreffende Unternehmer - wie hier der Fall - vom Vertragsabschluss Kenntnis gehabt habe. Das VwG Wien sei daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Feststellungsanträge binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen gewesen wären, zu dem die Revisionswerberin vom Zuschlag Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können.

38 Die zweitmitbeteiligte Partei teilt hinsichtlich der Auswirkungen des Urteils des EuGH in der Rs. C-166/14 sowie der unionsrechtlich gebotenen Auslegung des § 36 WVRG 2014 die Auffassung des VwG Wien und der erstmitbeteiligten Partei.

3 9 4.2.2. Den Ausführungen des VwG Wien und der mitbeteiligten Parteien ist hinsichtlich des Antrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 Folgendes entgegenzuhalten:

40 Der vom VwG Wien begründend herangezogene § 36 Abs. 1 WVRG 2014 regelt lediglich die Fristen für Anträge gemäß § 33 Abs. 1 Z 1 und 5 WVRG 2014. Der für Anträge nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 (ebenso wie für Anträge nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014) maßgebliche § 36 Abs. 2 erster Satz WVRG 2014 (die Sonderregelungen des zweiten Satzes sind fallbezogen nicht einschlägig) sieht nur eine objektive Frist von sechs Monaten ab Zuschlagserteilung vor, nicht hingegen eine subjektive Frist ab der (Möglichkeit der) Kenntnis vom Zuschlag. Eine solche objektive Frist hat im Hinblick auf das Urteil des EuGH in der Rs. C-166/14, MedEval, bzw. die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes in dem im Anschluss daran ergangenen hg. Erkenntnis vom 16. März 2016, 2015/04/0004, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, unangewendet zu bleiben (vgl. zum WVRG 2014 auch VwGH 16.6.2020, Ro 2018/04/0015, Rn. 35).

41 Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Erkenntnis 2015/04/0004 zwar festgehalten, dass die Verdrängungswirkung des Unionsrechts bloß jenes Ausmaß annimmt, das hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen. Dies bedeutet allerdings nicht (wie dies das VwG Wien und die mitbeteiligten Parteien offenbar vor Augen haben), dass die objektive Frist des § 36 Abs. 2 WVRG 2014 aus unionsrechtlichen Gründen gleichsam in eine subjektive Frist umzuinterpretieren ist, weil dies über eine Verdrängung von unionsrechtswidrigem nationalen Recht hinausginge.

42 Das vom VwG Wien herangezogene Argument der Verfristung vermag die Zurückweisung des Feststellungsantrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 somit ebenfalls nicht zu tragen.

4.3. Subsidiarität des Antrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014

4 3 4.3.1. Das VwG Wien verweist in diesem Zusammenhang auf § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014, dem zufolge Feststellungsanträge unzulässig sind, wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß § 20 WVRG 2014 hätte geltend gemacht werden können. Zwar bestehe nach § 39 Abs. 2 WVRG 2014 - im Fall der Aufhebung einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtes durch den Verwaltungsgerichtshof und einer davor erfolgten Zuschlagserteilung - die Möglichkeit, die Durchführung eines sekundären Feststellungsverfahrens zu beantragen. Einen derartigen Antrag habe die Revisionswerberin aber nicht gestellt und die Verfahren seien daher durch den Beschluss des VwG Wien vom 19. Dezember 2017 - zumindest vorläufig - rechtskräftig beendet. Die Feststellungsanträge seien daher auf Grund ihres subsidiären Charakters unzulässig.

44 Die Revisionswerberin verweist diesbezüglich zum einen auf die Regelung des § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014, der zufolge unabhängig von der Möglichkeit der Einbringung eines sekundären Feststellungsantrags ein primärer Feststellungsantrag nach § 33 Abs. 1 WVRG 2014 gestellt werden könne. Zum anderen bringt sie vor, dass ihre Nachprüfungsanträge im ersten Rechtsgang zurückgewiesen worden seien und das Verfahren im zweiten Rechtsgang eingestellt worden sei. Es könne somit keine Rede davon sei, dass sie ihren Rechtsschutz erfolgreich habe geltend machen können.

45 Die erstmitbeteiligte Partei hält fest, der - den hier gegenständlichen Feststellungsanträgen zugrunde liegende - Sachverhalt gleiche demjenigen, der auch den Nachprüfungsanträgen aus dem Jahr 2015 (siehe die Darstellung in Pkt. I.1.1.) zugrunde gelegen sei. Die Revisionswerberin habe die behauptete Rechtswidrigkeit somit bereits in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht. Zwar seien die dazu zunächst ergangenen Zurückweisungsbeschlüsse des VwG Wien vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden. Die Revisionswerberin habe es jedoch verabsäumt,

sekundäre Feststellungsanträge zu stellen. Daraufhin habe das VwG Wien die Nachprüfungsverfahren zu Recht eingestellt. Es liege im Hinblick auf den Einstellungsbeschluss des VwG Wien das Prozesshindernis der „res iudicata“ vor, weshalb die Feststellungsanträge auch aus diesem Grund zu Recht zurückgewiesen worden seien.

46 Auch die zweitmitbeteiligte Partei geht in ihrer Revisionsbeantwortung davon aus, dass die erneute Einbringung eines Feststellungsantrags nach Unterlassung der Stellung eines Fortsetzungsantrags unzulässig sei, zumal dies einer Nachholung der versäumten Verfahrenshandlung gleichkäme. Nach Ansicht der zweitmitbeteiligten Partei sei auch aus § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014 nicht ableitbar, dass weitere Feststellungsanträge jederzeit unbefristet möglich wären. Die gegenteilige Ansicht hätte zur Folge, dass die Fristenregelung für sekundäre Feststellungsanträge sowie die Voraussetzung des § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014 (Unzulässigkeit des Feststellungsantrags, wenn der Verstoß im Wege eines Nachprüfungsantrags hätte geltend gemacht werden können) ins Leere laufen würden. Auch die zweitmitbeteiligte Partei nimmt das Vorliegen des Prozesshindernisses der entschiedenen Sache an.

47 4.3.2. Zum Vorbringen betreffend § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014 ist Folgendes festzuhalten:

48 Nach dem vom VwG Wien begründend herangezogenen § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014 (dem auf bundesgesetzlicher Ebene zum damaligen Zeitpunkt die Regelung des § 332 Abs. 5 BVergG 2006 entsprach) ist ein Feststellungsantrag unzulässig, wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nichtigerklärungsverfahrens gemäß § 20 WVRG 2014 hätte geltend gemacht werden können.

49 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 1. März 2004, 2004/04/0012, zur vergleichbaren Regelung des dort maßgeblichen § 13 Abs. 3 Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2003 unter Bezugnahme auf die inhaltsgleiche Regelung des (damals geltenden) BVergG 2002 zum Ausdruck gebracht, dass von dieser Bestimmung nicht nur der Fall erfasst sei, in dem mit der Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes unzulässiger Weise zugewartet worden sei (der Verstoß somit geltend gemacht werden hätte können), sondern auch der Fall, in dem der behauptete Rechtsverstoß bereits in einem Nichtigerklärungsverfahren geltend gemacht worden sei.

50 Dafür, dass die mit dem BVergG 2006 erfolgte Systemumstellung (während zuvor ein Nachprüfungsverfahren nach Zuschlagserteilung automatisch als Feststellungsverfahren fortzuführen war, musste nach der Neuregelung ein Fortsetzungsantrag gestellt werden) etwas an dieser Auslegung der besagten Zulässigkeitsvoraussetzung geändert hätte, gibt es keine Anhaltspunkte. Somit wäre grundsätzlich mit dem VwG Wien davon auszugehen, dass im Fall eines bereits eingeleiteten Nichtigerklärungsverfahrens kein eigenständiger (primärer) Feststellungsantrag gestellt werden kann, sondern nur ein Antrag auf Fortsetzung des anhängigen Verfahrens als Feststellungsverfahren.

51 Allerdings sieht § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014 - anders als die entsprechende bundesgesetzliche Regelung in § 331 Abs. 4 BVergG 2006 - ausdrücklich vor, dass „unabhängig davon“ (dh. unabhängig von der Möglichkeit, einen in § 39 WVRG 2014 geregelten sekundären Feststellungsantrag zu stellen) ein Antrag auf Feststellung gemäß § 33 WVRG 2014 (somit ein primärer Feststellungsantrag) gestellt werden kann. Würde man nun die Auffassung vertreten, dass ein Feststellungsantrag auch in einer solchen Konstellation die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014 erfüllen muss, dann wäre die Regelung des § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014 inhaltsleer. Zwar wäre in einer derartigen Konstellation (Zuschlagserteilung während eines - vor dem Verwaltungsgerichtshof anhängigen - Nichtigerklärungsverfahrens) die Möglichkeit eingeräumt, einen primären Feststellungsantrag zu stellen; dieser wäre aber jedenfalls gemäß § 35 Abs. 3 Z 2 WVRG 2014 als unzulässig zurückzuweisen. Wenn dem letzten Satz des § 39 Abs. 2 WVRG 2014 daher eine Bedeutung beigemessen werden soll, dann muss für einen darauf gestützten primären Feststellungsantrag angenommen werden, dass die Zulässigkeitsvoraussetzung der Subsidiarität gegenüber einem Nichtigerklärungsverfahren nicht zum Tragen kommt.

52 Ausgehend davon kann im Anwendungsbereich des WVRG 2014 ein primärer Feststellungsantrag nicht allein deswegen als unzulässig angesehen werden, weil die Möglichkeit besteht, einen sekundären Feststellungsantrag zu stellen. Der in den Erläuterungen (Blg. Nr. 8/2013, LG-04503-2012/0001) zu § 39 WVRG 2014 enthaltene (von der zweitmitbeteiligten Partei ins Treffen geführte) Hinweis darauf, dass sich diese Bestimmung an § 331 Abs. 4 BVergG 2006 orientiere, vermag im Hinblick auf den insoweit abweichenden Regelungsinhalt des § 39 Abs. 2 WVRG 2014 daran nichts zu ändern. Aus der Regelung des § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014 ist daher abzuleiten, dass ein Unternehmer im dort zugrunde liegenden Fall grundsätzlich zwischen einem sekundären und einem primären Feststellungsantrag wählen kann.

53 Für ein solches Verständnis des § 39 Abs. 2 letzter Satz WVRG 2014 spricht auch das Erkenntnis des

Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Oktober 2014, 2013/04/0140. Darin ging es um die Frage, ob ein Feststellungsantrag als (diesfalls allerdings verfristeter) primärer Feststellungsantrag nach (damals) § 33 WVRG 2007 oder als sekundärer Feststellungsantrag nach § 37 WVRG 2007 anzusehen sei. Der Verwaltungsgerichtshof hat die Einordnung der dort gegenständlichen Anträge als primäre Feststellungsanträge fallbezogen zwar als unzutreffend erachtet, dies aber gerade nicht darauf gestützt, dass solche Anträge schon auf Grund ihrer Subsidiarität gegenüber sekundären Feststellungsanträgen unzulässig wären.

5 4 4.3.3. Zum ebenfalls ins Treffen geführten Prozesshindernis der entschiedenen Sache ist wiederum Folgendes auszuführen:

55 Die Revisionswerberin hat hinsichtlich der als rechtswidrig erachteten Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung neben dem hier zugrunde liegenden Antrag vom 27. Februar 2018 in ihren (unter Pkt. I.1.1. dargestellten) Anträgen vom 22. September 2015, vom 6. November 2015 und vom 19. November 2015 jeweils in eventu einen Antrag auf Feststellung gestellt, dass das (auch hier gegenständliche) Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden bzw. dass die Durchführung einer Vergabe ohne Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung rechtswidrig gewesen sei.

56 Über diese in eventu gestellten Anträge der Revisionswerberin auf Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei - so das VwG Wien und die mitbeteiligten Parteien - mit Beschluss des VwG Wien vom 19. Dezember 2017 rechtskräftig entschieden worden, weshalb einer neuerlichen Entscheidung in derselben Sache „res iudicata“ entgegenstehe.

57 Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass mit dem bezogenen Beschluss des VwG Wien vom 19. Dezember 2017 die betreffenden Verfahren eingestellt worden sind und damit die Sache (Frage der Rechtmäßigkeit der Durchführung des betreffenden Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) nicht entschieden worden ist (vgl. im Übrigen zur Unzulässigkeit dieser - vor der Zuschlagserteilung im Jahr 2015 eingebrachten - Feststellungsanträge den hg. Beschluss vom heutigen Tag, Ra 2018/04/0094).

5 8 4.3.4. Auf Grund der dargestellten Erwägungen steht die Subsidiarität des Feststellungsverfahrens der Zulässigkeit des Feststellungsantrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 nicht entgegen.

5. Zum Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 (Ra 2018/04/0143)

59 Gemäß § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 kann ein Unternehmer die Feststellung beantragen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei.

5.1. Verfristung des Antrags nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014

60 Zum Unzulässigkeitsgrund der Verfristung kann auf die Ausführungen betreffend den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 in Pkt. II.4.2.2. verwiesen werden, die für den Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 gleichermaßen maßgeblich sind. Die Zurückweisung des Feststellungsantrags nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 konnte daher nicht auf eine Verfristung des Antrags gestützt werden.

5.2. Zur Maßgeblichkeit des § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 bei einer Direktvergabe (nach der Verordnung (EG) 1370/2007)

6 1 5.2.1. Über Vorhalt des Verwaltungsgerichtshofes hat die Revisionswerberin dazu vorgebracht, auf Grund der völligen Intransparenz bei der gegenständlichen Direktvergabe sei nicht nur die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, sondern auch die Zuschlagserteilung rechtswidrig gewesen. Zur Vermeidung von Rechtsschutzlücken sei daher auch die begehrte Feststellung gemäß § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 zulässig und berechtigt.

62 Die erstmitbeteiligte Partei erachtet demgegenüber § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 auf Direktvergaben nach dem Sondervergaberegime der Verordnung (EG) 1370/2007 nicht anwendbar. Die zweitmitbeteiligte Partei bringt vor, eine Feststellung nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 setze voraus, dass eine Pflicht zur Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung bestehe. Bei einer Direktvergabe als einem Verfahren ohne Beteiligungsanspruch anderer Bieter bestehe aber keine derartige Pflicht, weshalb eine Feststellung nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 ausgeschlossen sei.

6 3 5.2.2. Die Feststellung nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 stellt auf die unterbliebene Mitteilung der

Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 ab und setzt somit eine zumindest dem Grunde nach bestehende Verpflichtung zur Vornahme einer derartigen Mitteilung voraus. Die §§ 131 und 272 BVergG 2006 sind nach § 41 Abs. 1 BVergG 2006 bei einer Direktvergabe aber nicht anzuwenden.

64 Da die Frage der Zulässigkeit einer Direktvergabe an sich Gegenstand eines Antrags nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 ist, vermag der Verwaltungsgerichtshof insoweit auch keine Rechtsschutzlücke zu erkennen. Wird einem Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 nicht stattgegeben (weil die Durchführung einer Direktvergabe als rechtmäßig anzusehen ist), dann könnte einem daneben eingebrachten Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 jedenfalls kein Erfolg beschieden sein. Wird einem Antrag nach § 33 Abs. 1 Z 2 WVRG 2014 hingegen stattgegeben (und somit eine Feststellung gemäß § 7 Abs. 3 Z 3 WVRG 2014 getroffen), wird damit die Rechtswidrigkeit des Vorgehens des Auftraggebers festgestellt und das Verwaltungsgericht hat den Vertrag (soweit keine Ausnahme zum Tragen kommt) gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 für nichtig zu erklären. Darüber hinausgehende Konsequenzen einer zusätzlichen Feststellung nach § 33 Abs. 1 Z 3 WVRG 2014 sind diesfalls nicht ersichtlich. Somit besteht bei einer Direktvergabe für eine dera

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

© 2024 JUSLINE

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

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