

TE Vwgh Erkenntnis 2015/9/9 Ro 2015/04/0013

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 09.09.2015

Index

E000 EU- Recht allgemein
E1P
E3L E06302000
E3L E06303000
E6J
001 Verwaltungsrecht allgemein
10/07 Verwaltungsgerichtshof
19/05 Menschenrechte
40/01 Verwaltungsverfahren
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

AVG §8
BVergG 2006 §131 Abs2 Z1
BVergG 2006 §30 Abs2
BVergG 2006 §30 Abs2 Z2
BVergG 2006 §30 Abs2 Z6
BVergG 2006 §312 Abs3
BVergG 2006 §312 Abs3 Z1
BVergG 2006 §312 Abs3 Z2
BVergG 2006 §331 Abs1
BVergG 2006 §331 Abs1 Z2
BVergG 2006 §331 Abs1 Z3
BVergG 2006 §332 Abs7
BVergG 2006 §333 Abs1
BVergG 2006 §334 Abs2
BVergG 2006 §334 Abs4
BVergG 2006 §334 Abs5
BVergG 2006 §334 Abs7
BVergG 2006 §334 Abs8
BVergG 2006 §49 Abs2
EURallg

MRK Art6

VwGG §39 Abs2 Z6

VwGG §42 Abs2 Z1

VwRallg

12010P/TXT Grundrechte Charta Art47

31989L0665 Rechtsmittel-RL

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2d Abs2

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art2d Abs4

62004CJ0015 Koppensteiner VORAB

62008CJ0275 Kommission / Deutschland

62013CJ0019 Fastweb VORAB

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

Ro 2015/04/0014

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofräatin Mag. Hainz-Sator und Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Revisionen 1. der A GmbH in L, vertreten durch Dr. Christian Fink, Rechtsanwalt in 1070 Wien, Stiftgasse 21/16, sowie 2. der B-Gesellschaft m.b.H. in W, vertreten durch Dr. Stephan Denk, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Seilergasse 16, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20. Februar 2015, Zl. W123 2008288-1/28E, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Arch. DI NW in W, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revisionen werden, soweit sie sich gegen die Spruchpunkte A.I.1, A.I.2 und A.II.2 des angefochtenen Erkenntnisses wenden, als unbegründet abgewiesen.

Spruchpunkt A.II.1 des angefochtenen Erkenntnisses wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben, die Spruchpunkte A.II.3 und A.III des angefochtenen Erkenntnisses werden wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat den revisionswerbenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von jeweils € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1. Zur Vorgeschichte des dem angefochtenen Erkenntnis zugrunde liegenden Vergabeverfahrens und zu den bisherigen in diesem Zusammenhang durchgeführten vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren wird auf die Darstellung im hg. Erkenntnis vom 29. April 2014, 2012/04/0073, verwiesen. Mit diesem Erkenntnis hob der Verwaltungsgerichtshof einen Bescheid des Bundesvergabearmtes, mit dem näher bezeichnete Feststellungsanträge der mitbeteiligten Partei zurückgewiesen worden waren, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Begründend wurde ausgeführt, das Bundesvergabearmt sei zu Unrecht von einem Wegfall des Prozessgegenstandes ausgegangen. Deshalb müsse nicht weiter darauf eingegangen werden, ob die Feststellungsanträge gemäß § 332 Abs. 7 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) unzulässig gewesen wären, weil die ex ante-Transparenzbekanntmachung der Zweitrevisionswerberin (Auftraggeberin) vom 15. September 2011 und der Feststellungsantrag der mitbeteiligten Partei vom 2. März 2012 dasselbe Vergabeverfahren zum Gegenstand hatten und die mitbeteiligte Partei daher verpflichtet gewesen wäre, die ex ante-Transparenzbekanntmachung fristgerecht zu bekämpfen.

2. Im fortgesetzten Verfahren gab das zuständig gewordene Bundesverwaltungsgericht mit dem angefochtenen Erkenntnis den Anträgen der mitbeteiligten Partei auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die Zweitrevisionswerberin zur Vergabe der "Generalplanerleistungen zur

Sanierung und Erweiterung BG/BRG/BORG und Bundes Schülerheim" an einem näher bezeichneten Standort in E sowie die Zuschlagserteilung an die Erstrevisionswerberin ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig gewesen seien, jeweils statt (Spruchpunkte A.I.1 und A.I.2). Die in Spruchpunkt A.I.3 erfolgte Abweisung des Antrags der mitbeteiligten Partei auf Feststellung, dass der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch oder wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei, wurde nicht bekämpft.

Der (Gegen)Antrag der Zweitrevisionswerberin auf Feststellung, die mitbeteiligte Partei hätte auch bei Einhaltung der entsprechenden Bedingungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt, sowie der Antrag der Zweitrevisionswerberin, wegen Vorliegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses gemäß § 334 Abs. 2 BVerG 2006 von der Nichtigerklärung abzusehen, in eventu den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes aufzuheben, wurden jeweils abgewiesen (Spruchpunkte A.II.1 und A.II.2). Dem (weiteren) Eventalantrag der Zweitrevisionswerberin, den Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der vollständigen Leistungserbringung durch die Erstrevisionswerberin (Zuschlagsempfängerin) aufzuheben, wurde insoweit stattgegeben, als der Vertrag nur so weit aufgehoben wurde, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind (Spruchpunkt A.II.3).

Die Zweitrevisionswerberin wurde zur Zahlung einer Geldbuße in der Höhe von € 110.000,- verpflichtet (Spruchpunkt A.III). Die ordentliche Revision wurde für zulässig erklärt (Spruchpunkt B).

2.1. Das Verwaltungsgericht prüfte zunächst, ob der Feststellungsantrag der mitbeteiligten Partei gemäß § 332 Abs. 7 BVerG 2006 unzulässig war, weil die Auftraggeberin die Entscheidung gemäß § 49 Abs. 2 BVerG 2006 bekannt gemacht hatte (ex ante-Transparenzbekanntmachung) und der Zuschlag erst nach Ablauf einer zehntägigen Frist erteilt worden ist.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes musste einem redlichen Erklärungsempfänger klar sein, dass der in der ex ante-Transparenzbekanntmachung angegebene Leistungsgegenstand derselbe sei, wie derjenige des (am 26. Dezember 2009 ausgeschriebenen und am 6. September 2011 widerrufenen) Wettbewerbes (und damit auch wie derjenige des am 3. Oktober 2011 zwischen der Erstrevisionswerberin und der Zweitrevisionswerberin abgeschlossenen Vertrages).

Zum Einwand der Auftraggeberin, die mitbeteiligte Partei hätte die ex ante-Transparenzbekanntmachung binnen zehn Tagen anfechten müssen, verwies das Verwaltungsgericht auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 11. September 2014 in der Rs C-19/13, Fastweb II. Darin habe der EuGH die nationalen Nachprüfungsbehörden (u.a.) zur Prüfung verpflichtet, ob der öffentliche Auftraggeber bei der Entscheidung, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig gehandelt habe und zu Recht davon habe ausgehen dürfen, dass die Voraussetzungen für die zulässige Anwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vorlagen, wobei dafür insbesondere die Begründung des Auftraggebers für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens in der zu veröffentlichten Bekanntmachung (hier gemäß § 49 Abs. 2 BVerG 2006) heranzuziehen sei. Diese sich aus Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (im Folgenden: RL 89/665) ergebende Vorschrift sei auch innerstaatlich zu beachten, weil das BVerG 2006 insoweit einer unionsrechtskonformen Auslegung zugänglich sei.

Die Auftraggeberin habe sich fallbezogen auf den Ausnahmetatbestand "Schutz eines Ausschließlichkeitsrechtes" (§ 30 Abs. 2 Z 2 BVerG 2006) gestützt. Dieser Tatbestand komme nur dann in Betracht, wenn es das Ausschließlichkeitsrecht unbedingt erforderlich mache, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben. Die Beweislast treffe die Auftraggeberin. Diese dürfe auch nicht selbst die Bedingungen schaffen, die die Anwendung des Ausnahmetatbestandes erfordern würden. Soweit die Auftraggeberin auf die Vorgaben der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit (die der Durchführung eines weiteren Wettbewerbes entgegenstünden) verwiesen habe, sei ihr entgegenzuhalten, dass wirtschaftliche Gründe die Nichtanwendung des BVerG 2006 nicht rechtfertigen könnten. Das Bestehen eines Ausschließlichkeitsrechtes habe nicht plausibel aufgeklärt werden können, zumal die Zuschlagsempfängerin nicht als Gewinnerin des zugrunde liegenden Wettbewerbes anzusehen sei, weil dieser Wettbewerb widerrufen worden sei. Die Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten (und damit die Aufhebung der Anonymität) sei von der Auftraggeberin zu verantworten und könne den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVerG 2006 nicht rechtfertigen. Es sei offenkundig, dass für die

gegenständliche Leistung ausreichend Bewerber zur Verfügung stünden. Selbst bei der Annahme, der Wettbewerb wäre erfolgreich beendet worden, hätte die Auftraggeberin alle sechs Gewinner des Wettbewerbs zur Teilnahme an den Verhandlungen auffordern müssen. Im Ergebnis sei der hohe Sorgfaltsmäßigstab, den die Entscheidung, ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen, verlange, nicht beachtet worden. Der Einwand der Verfristung sei somit unzutreffend und die Anträge seien fristgerecht (gemäß § 332 Abs. 3 BVerG 2006 binnen sechs Monaten) gestellt worden.

Aus den dargestellten Gründen sei die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig und die mitbeteiligte Partei mit ihrem diesbezüglichen Antrag im Recht gewesen. Aus den gleichen Überlegungen sei auch dem Feststellungsantrag hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung stattzugeben gewesen.

2.2. Die von der Auftraggeberin im Zusammenhang mit ihrem Antrag, gemäß § 334 Abs. 2 BVerG 2006 von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen, vorgebrachten Gründe seien als primär wirtschaftliche Interessen zu qualifizieren, nicht jedoch als zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Dass eine allfällige Nichtigkeit des Vertrages unverhältnismäßige Folgen hätte, sei von der Auftraggeberin nicht entsprechend belegt worden.

Zwar seien die von der Auftraggeberin vorgebrachten Gründe im Hinblick auf die Beurteilung nach § 334 Abs. 5 BVerG 2006 als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen, weil eine weitere Verzögerung der Projektabwicklung nicht unwesentliche Auswirkungen auf den Schulbetrieb hätte. Das Interesse der Auftraggeberin an der möglichst zeitgerechten Abwicklung der vertragsgegenständlichen Leistungen sei höher zu bewerten als das (allfällige) Interesse der mitbeteiligten Partei an der Aufhebung des Vertrages. Angesichts der bereits sehr weit fortgeschrittenen Vertragsabwicklung (nach den unbestritten gebliebenen Angaben der Auftraggeberin seien Anfang Oktober 2014 bereits 80 % der vertragsgegenständlichen Leistungen abgewickelt gewesen) und zur Sicherstellung der vertraglichen Rechte und Pflichten sei einer möglichst umfänglichen Aufrechterhaltung des Vertrages der Vorzug zu geben gewesen. Allerdings sei es dem Verwaltungsgericht gemäß § 334 Abs. 5 BVerG 2006 verwehrt, den Vertrag gänzlich unangetastet zu lassen, weil der Vertrag (zumindest) zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben werden müsse.

2.3. Da die Wirkungen des Vertrages zumindest teilweise aufrechterhalten würden, sei zwingend eine Geldbuße nach § 334 Abs. 7 BVerG 2006 zu verhängen gewesen. Die Auftragssumme für die vergebenen Planungsleistungen betrage "€ 2.186.850,-" (exklusive Umsatzsteuer). Bei der Festlegung der Höhe der Geldbuße berücksichtigte das Verwaltungsgericht, dass es sich bei einer rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung um einen schweren Verstoß gegen das BVerG 2006 handle, dass das Vorgehen der Auftraggeberin im Ergebnis eine Umgehung der vergaberechtlich gebotenen Vorgangsweise darstelle und dass die Wirkungen des Vertrages fast vollständig aufrechterhalten worden seien. Als mildernd sei zu werten, dass dem Verwaltungsgericht bislang keine derartigen Vorgangsweisen der Auftraggeberin bekannt seien.

2.4. Die Zulässigkeit der Revision begründet das Verwaltungsgericht im Wesentlichen damit, dass es zur Frage der freiwilligen ex ante-Transparenzbekanntmachung im Hinblick auf die Vorgaben des Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehle.

3. Gegen dieses Erkenntnis erhoben sowohl die Zuschlagsempfängerin (Erstrevisionswerberin) als auch die Auftraggeberin (Zweitrevisionswerberin) ordentliche Revision.

4. Die mitbeteiligte Partei erstattete in beiden Verfahren eine Revisionsbeantwortung. Die Erstrevisionswerberin erstattete zur Revision der Zweitrevisionswerberin eine Revisionsbeantwortung. Die Zweitrevisionswerberin erstattete zur Revisionsbeantwortung der mitbeteiligten Partei eine Äußerung.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Revisionen wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und erwogen:

1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerG 2006) in der hier (auf Grund der Übergangsbestimmung in § 345 Abs. 15 Z 3 BVerG 2006) maßgeblichen Fassung vor der Novelle BGBI. I Nr. 10/2012 lauten auszugsweise:

"Wahl des Verhandlungsverfahrens bei Dienstleistungsaufträgen

§ 30. ...

(2) Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

...

2. der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, oder

...

6. im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbes vergeben werden muss. Im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Wettbewerbes zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.

..."

"Freiwillige Bekanntmachungen auf Gemeinschaftsebene

§ 49. ...

(2) Wenn ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchgeführt wurde, kann der Auftraggeber der Kommission unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen die Entscheidung bekannt geben, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.

..."

"Zuständigkeit

§ 312. ...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

2. in einem Verfahren gemäß Z 1 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;

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

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

...

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

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7.

..."

"Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

...

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

...

Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 bis 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 1 kann der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 bis 4 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung aufzuheben.

..."

"Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrags

§ 332. ...

(3) 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

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.
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 einzubringen.

...

(7) Ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 ist ferner unzulässig, wenn der Auftraggeber die Entscheidung gemäß den §§ 49 Abs. 2, 55 Abs. 5, 210 Abs. 2 oder 219 Abs. 5 bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist."

"Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. (1) Das Bundesvergabeamt hat eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesvergabeamt im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesvergabeamt hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

...

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt werden, so hat das Bundesvergabeamt, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Das Bundesvergabeamt kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesvergabeamt hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

...

(7) Wenn das Bundesvergabeamt von der Nichtigerklärung des Vertrages gemäß den Abs. 2 erster Satz oder 3 abgesehen hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20vH, im Unterschwellenbereich 10vH, der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds zu.

(8) Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrecht erhalten wird."

1.2. Art. 2d der Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (89/665/EWG), in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007, lautet auszugsweise:

"Artikel 2d

Unwirksamkeit

(1) Die Mitgliedstaaten tragen in folgenden Fällen dafür Sorge, dass ein Vertrag durch eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird oder dass sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergibt,

a) falls der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies nach der Richtlinie 2004/18/EG zulässig ist,

...

(2) Die Folgen der Unwirksamkeit eines Vertrags richten sich nach einzelstaatlichem Recht.

Die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften können somit vorsehen, dass alle vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend aufgehoben werden oder dass die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind. Im letzteren Fall tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass auch alternative Sanktionen im Sinne des Artikels 2e Absatz 2 Anwendung finden.

(3) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle einen Vertrag nicht als unwirksam erachten kann, selbst wenn der Auftrag aus den in Absatz 1 genannten Gründen rechtswidrig vergeben wurde, wenn die Nachprüfungsstelle nach Prüfung aller einschlägigen Aspekte zu dem Schluss kommt, dass zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, die Wirkung des Vertrags zu erhalten. In diesem Fall sehen die Mitgliedstaaten alternative Sanktionen im Sinne des Artikels 2e Absatz 2 vor, die stattdessen angewandt werden.

Wirtschaftliche Interessen an der Wirksamkeit eines Vertrags dürfen nur als zwingende Gründe gelten, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte.

Wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag dürfen jedoch nicht als zwingende Gründe eines Allgemeininteresses gelten. Zu den wirtschaftlichen Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertrag gehören unter anderem die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrags verursachten Kosten, die durch die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens verursachten Kosten, die durch den Wechsel des Wirtschaftsteilnehmers, der den Vertrag ausführt, verursachten Kosten und die Kosten, die durch rechtliche Verpflichtungen aufgrund der Unwirksamkeit verursacht werden.

(4) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass Absatz 1 Buchstabe a nicht zur Anwendung kommt, wenn

- der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union gemäß der Richtlinie 2004/18/EG zulässig ist,
- der öffentliche Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Union eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Artikel 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und

- der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

..."

2. Zulässigkeit des Feststellungsantrages nach § 332 Abs. 7 BVerG 2006 (Spruchpunkt A.I.1):

2.1. Maßgeblichkeit des Art. 2d Abs. 4 erster Spiegelstrich der RL 89/665:

2.1.1. Nach § 332 Abs. 7 BVerG 2006 ist ein Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 unzulässig, wenn der Auftraggeber die Entscheidung gemäß § 49 Abs. 2 BVerG 2006 bekannt gegeben oder bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist. Unstrittig ist, dass die Auftraggeberin im vorliegenden Fall am 15. September 2011 eine freiwillige ex ante-Transparenzbekanntmachung gemäß § 49 Abs. 2 BVerG 2006 veröffentlicht und erst nach Ablauf von (mehr als) zehn Tagen - konkret am 3. Oktober 2011 - den Vertrag mit der Erstrevolutionswerberin abgeschlossen hat.

Das Verwaltungsgericht erachtet den Feststellungsantrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVerG 2006 dessen ungeachtet als zulässig, weil die Bekanntmachung nach § 49 Abs. 2 BVerG 2006 im Hinblick auf die Ausführungen des EuGH in seinem Urteil in der Rs C-19/13 nur dann die dargestellte Präklusionswirkung entfalte, wenn der Auftraggeber im Sinn des Art. 2d Abs. 4 erster Spiegelstrich der RL 89/665 von der Zulässigkeit der Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgehen durfte. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen.

2.1.2. Nach Auffassung der revisionswerbenden Parteien stellt § 332 Abs. 7 BVerG 2006 - anders als Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 - nicht auf die Ansicht des Auftraggebers ab. Der erste Spiegelstrich des Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 sei bewusst nicht in das BVerG 2006 übernommen worden. Die Veröffentlichung einer ex ante-Transparenzbekanntmachung und das Abwarten der Frist von zehn Tagen sei daher - ohne weitere Voraussetzungen - ausreichend, um die Präklusionswirkung nach § 332 Abs. 7 BVerG 2006 herbeizuführen. Die Auftraggeberin habe darauf vertrauen dürfen, durch Veröffentlichung der ex ante-Transparenzbekanntmachung Rechtssicherheit zu erlangen. § 332 Abs. 7 BVerG 2006 sei einer unionsrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich und eine solche sei auch nicht erforderlich.

2.1.3. Der EuGH hat im bereits zitierten Urteil in der Rs C-19/13, Fastweb II, zu Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 Folgendes festgehalten:

"44 Wie der Generalanwalt in Nr. 57 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, zielt der Unionsgesetzgeber mit der Einführung dieser Ausnahme von der Regel der Unwirksamkeit des Vertrags durch Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 darauf ab, die in Rede stehenden unterschiedlichen Interessen in Einklang zu bringen, und zwar die Interessen des geschädigten Unternehmens, dem die Möglichkeit der Beantragung vorvertraglichen vorläufigen Rechtsschutzes und der Aufhebung des rechtswidrig geschlossenen Vertrags verschafft werden muss, sowie diejenigen des öffentlichen Auftraggebers und des ausgewählten Unternehmens, die darin bestehen, die Rechtsunsicherheit zu vermeiden, die sich aus der Unwirksamkeit des Vertrags ergeben kann.

45 Demzufolge ist festzustellen, dass es sowohl dem Wortlaut als auch dem Ziel von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 zuwiderlaufen würde, den nationalen Gerichten zu erlauben, den Auftrag für unwirksam zu erklären, wenn die drei in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

46 Um die in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie 89/665 genannten Ziele, u. a. die Einrichtung von wirksamen Rechtsbehelfen gegen die von den öffentlichen Auftraggebern unter Verstoß gegen das Vergaberecht getroffenen Entscheidungen, zu erreichen, ist es allerdings wichtig, dass die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle eine wirksame Kontrolle ausübt, wenn sie nachprüft, ob die in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

47 Insbesondere betrifft die in diesem Art. 2d Abs. 4 erster Gedankenstrich vorgesehene Voraussetzung die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union gemäß der Richtlinie 2004/18 zulässig ist. Außerdem sieht die im zweiten Gedankenstrich von Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 enthaltene Voraussetzung vor, dass der öffentliche Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Union eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Art. 3a dieser Richtlinie beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen. Gemäß diesem Art. 3a Buchst. c muss diese Bekanntmachung die Begründung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers enthalten,

den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben.

48 Was diesen letzten Punkt betrifft, muss diese Begründung klar und unmissverständlich die Gründe erkennen lassen, die den öffentlichen Auftraggeber zu der Auffassung veranlasst haben, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben zu können, damit die Beteiligten in voller Sachkenntnis entscheiden können, ob sie es für nützlich erachten, die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle anzurufen, und damit diese eine wirksame Kontrolle vornehmen kann.

49 Wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, hat der öffentliche Auftraggeber im Ausgangsverfahren ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchgeführt und sich dabei auf Art. 31 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 gestützt. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Verhandlungsverfahren nur in bestimmten, von den Art. 30 und 31 der Richtlinie 2004/18 genau festgelegten Fällen zur Anwendung gelangen darf und im Verhältnis zum offenen und nicht offenen Verfahren Ausnahmeharakter hat (Urteil Kommission/Belgien, C-292/07, EU:C:2009:246, Rn. 106 und die dort angeführte Rechtsprechung).

50 Im Rahmen ihrer Kontrolle ist die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle verpflichtet, zu würdigen, ob der öffentliche Auftraggeber, als er die Entscheidung gefällt hat, einen Auftrag unter Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, sorgfältig gehandelt hat und ob er der Ansicht sein durfte, dass die in Art. 31 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/18 aufgestellten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren.

51 Zu den Gesichtspunkten, die diese Stelle hierbei zu berücksichtigen hat, gehören die Umstände und Gründe, die in der in Art. 2d Abs. 4 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Bekanntmachung genannt werden und die den öffentlichen Auftraggeber dazu veranlasst haben, ein Verhandlungsverfahren nach Art. 31 der Richtlinie 2004/18 durchzuführen.

52 Wenn die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle am Ende ihrer Kontrolle feststellt, dass die in Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind, dann muss sie gemäß der in Abs. 1 Buchst. a dieses Artikels aufgestellten Regel den Auftrag für unwirksam erklären. Sie bestimmt die Folgen der Unwirksamkeitserklärung des Auftrags nach Art. 2d Abs. 2 der Richtlinie 89/665 gemäß dem nationalen Recht.

53 Wenn diese Stelle hingegen feststellt, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist sie verpflichtet, die Wirkungen des Auftrags gemäß Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 aufrechtzuerhalten.

54 Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 2d Abs. 4 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass, wenn ein öffentlicher Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben wird, obwohl dies nach der Richtlinie 2004/18 nicht zulässig war, diese Bestimmung es ausschließt, dass der Auftrag für unwirksam erklärt wird, wenn die Voraussetzungen der genannten Bestimmung erfüllt sind, was zu überprüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist."

2.1.4. Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 stellt eine Ausnahme von der als Regel ausgestalteten Unwirksamkeit eines Vertrages bei Vorliegen bestimmter Vergaberechtsverstöße dar. Diese Ausnahme ist entsprechend der Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen (vgl. das bereits zitierte Urteil in der Rs C-19/13, Rn. 39 f.).

Der EuGH nimmt - gestützt auf Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 - eine Verpflichtung der Nachprüfungsstelle an, im Rahmen der gebotenen wirksamen Kontrolle das Vorliegen aller drei in dieser Richtlinienbestimmung enthaltenen Voraussetzungen zu überprüfen. Die Nachprüfungsstelle muss daher auch würdigen, ob die Voraussetzung des ersten Spiegelstrichs des Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 gegeben war. Ausgehend davon hegt der Verwaltungsgerichtshof keine Bedenken dagegen, dass das Verwaltungsgericht bei der Prüfung, inwieweit eine Bekanntmachung nach § 49 Abs. 2 BVerG 2006 der Zulässigkeit eines Feststellungsantrages entgegensteht, gestützt auf Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 beurteilt hat, ob der öffentliche Auftraggeber bei sorgfältigem Vorgehen der Ansicht sein durfte, dass die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist (siehe auch Stalzer, Die Ex-ante Transparenzbekanntmachung ist kein Persilschein für rechtswidrige Direktvergaben, RPA 2015, 12 [15]). Daran vermag der Umstand, dass § 332 Abs. 7 BVerG 2006 eine dem ersten Spiegelstrich des Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 entsprechende Voraussetzung nicht ausdrücklich enthält, nichts zu ändern, weil Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 insoweit

inhaltlich unbedingt und hinreichend genau und somit einer unmittelbaren Anwendung zugänglich ist (vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen der RL 89/665 das Urteil des EuGH vom 2. Juni 2005 in der Rs C-15/04, Koppensteiner, Rn. 38).

Die revisionswerbenden Parteien verweisen in diesem Zusammenhang auf die Erläuterungen zu den §§ 49 Abs. 2 und 332 Abs. 7 BVergG 2006, denen zufolge das Gesetz nicht differenziere, aus welcher Motivation die Bekanntgabe bzw. Bekanntmachung erfolge (RV 327 BlgNR 24. GP 15 f). Daraus ergibt sich aber lediglich, dass eine bekannt gegebene oder bekannt gemachte Zuschlagsentscheidung jedenfalls gesondert anfechtbar ist, unabhängig davon, ob die Bekanntmachung freiwillig erfolgte oder nicht. Zudem können diese Aussagen einer unmittelbaren Anwendbarkeit der entsprechenden Richtlinienbestimmung nicht entgegenstehen.

2.2. Ansicht des Auftraggebers über die Zulässigkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung:

2.2.1. In den Revisionen wird vorgebracht, die Präklusionswirkung der Bekanntmachung nach § 49 Abs. 2 BVergG 2006 sei - wenn überhaupt - nur bei "Bösgläubigkeit" bzw. bei einem missbräuchlichen Vorgehen des Auftraggebers ausgeschlossen. Auch der EuGH stelle im Urteil in der Rs C-19/13 letztlich darauf ab, ob der Auftraggeber bösgläubig gehandelt habe. Das Verwaltungsgericht habe eine derartige Bösgläubigkeit aber nicht festgestellt. Im vorliegenden Fall habe die Auftraggeberin zunächst einen offenen Wettbewerb durchgeführt und somit nicht das Ziel verfolgt, die Leistung dem Markt zu entziehen. Vielmehr habe die eingetretene ausweglose Situation - hervorgerufen durch das Scheitern des Wettbewerbs, das nicht der Auftraggeberin, sondern dem Preisgericht zuzurechnen gewesen sei - bestmöglich mittels Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmer gelöst werden können. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unter Heranziehung des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 sei somit jedenfalls plausibel bzw. vertretbar gewesen.

Zudem komme es für die erste Voraussetzung des Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 auf die subjektive Sichtweise des Auftraggebers an. Diese subjektive Beurteilung habe die Auftraggeberin in der Begründung der Bekanntmachung nach § 49 Abs. 2 BVergG 2006 entsprechend offengelegt.

2.2.2. Weder aus der genannten Richtlinienbestimmung noch aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-19/13 ist abzuleiten, dass die - für ein Absehen von der Unwirksamkeit (umgelegt auf die innerstaatliche Rechtslage: für eine Unzulässigkeit des zugrunde liegenden Feststellungsantrages) vorgesehene - Voraussetzung des Art. 2d Abs. 4 erster Spiegelstrich der RL 89/665 nur dann nicht vorliegt, wenn der Auftraggeber "bösgläubig" bzw. missbräuchlich gehandelt hat. Gemäß der Richtlinienbestimmung muss der Auftraggeber der Ansicht sein, dass die Wahl eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist. Nach dem zitierten EuGH-Urteil kommt es dafür darauf an, ob der Auftraggeber sorgfältig gehandelt hat und der Ansicht sein durfte, dass ein Ausnahmetatbestand vorliegt (Rn. 50). Diese Ansicht hat der Auftraggeber in der Bekanntmachung näher zu begründen (Rn. 47 und 48). Missbrauchsabsicht oder "Bösgläubigkeit" wird nicht gefordert. Im Urteil des EuGH in der Rs C-19/13 ist nicht davon die Rede, dass die Wahl des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung lediglich vertretbar sein muss.

Der EuGH verpflichtet die Nachprüfungsstelle im genannten Urteil zu einer Prüfung dahingehend, ob der Auftraggeber der Ansicht (der Zulässigkeit der Wahl eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) "sein durfte", und ob er bei dieser Entscheidung sorgfältig gehandelt hat (Rn. 50). Ausgehend davon kann es für die zu treffende Würdigung nicht allein auf die subjektive Sichtweise des Auftraggebers ankommen, sondern die Prüfung hat anhand eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes zu erfolgen.

Der Umstand, dass die Auftraggeberin zunächst einen offenen Wettbewerb durchführen wollte, lässt keine Rückschlüsse darauf zu, dass sie - nachdem dieser Wettbewerb widerrufen wurde - der Ansicht sein durfte, nach dem gescheiterten Versuch der Durchführung eines transparenten Verfahrens sei nunmehr die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig.

Mit dem von der Zweitrevisionswerberin ins Treffen geführten Umstand, für die Begründung (der Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) stünden auf dem bereitgestellten Formular nur 500 Zeichen zur Verfügung und eine weitergehende Begründung sei somit technisch nicht möglich gewesen, wird keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses aufgezeigt. Der EuGH hat im Urteil in der Rs C-19/13 festgehalten, dass bei der Würdigung der Entscheidung des Auftraggebers über die Wahl eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung unter anderem die Umstände und Gründe zu berücksichtigen sind, die in der im zweiten Spiegelstrich des Art. 2d Abs. 4 der RL 89/665 genannten Bekanntmachung anzugeben sind (Rn. 51; arg.: "Zu den

Gesichtspunkten, die diese Stelle hiebei zu berücksichtigen hat, gehören ..."). Daraus ergibt sich aber nicht, dass ein darüber hinausgehendes Vorbringen keinen Eingang in die Würdigung finden kann. Zudem vermag dies nichts daran zu ändern, dass die Begründung einer Prüfung am Sorgfältigkeitsmaßstab standhalten muss.

Im vorliegenden Fall ist somit zu prüfen, ob die Auftraggeberin bei sorgfältigem Vorgehen der Ansicht sein durfte, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nur mit der Erstrevisionswerberin (fallbezogen im Hinblick auf deren Urheberrecht und somit auf Grund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts gemäß § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006) durchführen zu können.

2.3. Unzulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten:

2.3.1. Nach Auffassung der revisionswerbenden Parteien hat sich die Auftraggeberin für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zu Recht auf den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 gestützt.

Im zugrunde liegenden Wettbewerb seien die Entscheidungen über die Zuweisung der Preisgelder bzw. über die Nicht-Zulassung der mitbeteiligten Partei zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren nach erfolgter Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten für nichtig erklärt worden, wobei die Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten in den Auslobungsunterlagen bestandfest festgelegt gewesen sei. Angesichts der somit eingetretenen Aufhebung der Anonymität musste der Wettbewerb widerrufen werden. Die Umsetzung des Siegerprojektes durch einen anderen Unternehmer sei ausgeschlossen gewesen. Da die Erstrevisionswerberin am Siegerprojekt alle Urheberrechte und damit ein Ausschließlichkeitsrecht halte, sei ihre Beauftragung erfolgt. Die Auftraggeberin habe mit ihrem Vorgehen lediglich die Entscheidung des unabhängigen Preisgerichtes umgesetzt.

Eine neuerliche Durchführung eines Wettbewerbs hätte entweder die gleichen Projekte erbracht oder Projekte, die beim Siegerprojekt des ersten Wettbewerbs Anleihen nehmen. Das Antreten neuer Projektwerber sei praktisch auszuschließen gewesen. Zudem wäre die Durchführung eines weiteren Wettbewerbs zum selben Projekt im Hinblick auf die nicht mehr gegebene Anonymität nicht möglich gewesen.

Angesichts des gescheiterten Wettbewerbs sei die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im vorliegenden Fall die einzige gangbare Möglichkeit gewesen, die nachgefragte Planungsleistung zu bekommen. Es habe keine geeignete rechtliche und praktikable Alternative gegeben, wobei die ausweglose Situation der Auftraggeberin nicht angelastet werden könne. Auch das Verwaltungsgericht habe kein praktikables und zumutbares Alternativverhalten für die Auftraggeberin aufgezeigt. Das Verwaltungsgericht habe sich mit der gebotenen Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauenschutz anhand der konkret vorliegenden Konstellation nicht hinreichend befasst.

2.3.2. Zu diesem Vorbringen ist Folgendes auszuführen:

Vorauszuschicken ist, dass der Verwaltungsgerichtshof den Revisionen nicht beizutreten vermag, wenn diese wiederholt von einem "Siegerprojekt" sprechen. Gleches gilt, soweit die Auftraggeberin in der Begründung für die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung in der ex ante-Transparenzbekanntmachung vom 15. September 2011 darauf abstellt, dass die Erstrevisionswerberin von der Jury des Wettbewerbs als "Gewinner" ermittelt worden sei. Unstrittig ist nämlich, dass der damit bezogene, im Dezember 2009 gestartete Wettbewerb, nachdem die Entscheidungen über die Zuweisung der Preisgelder bzw. über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 9. Juli 2010 für nichtig erklärt worden sind, widerrufen und somit ohne bestandfeste Entscheidung über den oder die Gewinner beendet wurde.

Dem Revisionsvorbringen könnte daher nur dann Berechtigung zukommen, wenn der in § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 genannte und fallbezogen einzig maßgebliche Schutz von Ausschließlichkeitsrechten sich auch auf Urheberrechte eines Unternehmers erstreckt, der an einem Wettbewerb teilgenommen hat, vom Preisgericht aber lediglich in nicht bestandfester Weise und unter Ausklammerung der Beurteilung des Projekts der mitbeteiligten Partei als Gewinner angesehen wurde.

Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dem Verhandlungsverfahren Ausnahmeharakter zukommt und dass Ausnahmen nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH eng auszulegen sind (vgl. etwa das Urteil vom 15. Oktober 2009 in der Rs C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rn. 55, mwN; siehe dazu auch das

hg. Erkenntnis vom 21. Jänner 2014, 2011/04/0003). Die Beweislast dafür, dass die eine Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände vorliegen, trägt derjenige, der sich darauf berufen will. Dies hat der Auftraggeber zu berücksichtigen, wenn die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung erwogen wird.

Angesichts des Wortlautes des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 ("der Dienstleistungsauftrag ... nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann") und ausgehend von der gebotenen restriktiven Auslegung von Ausnahmebestimmungen ist der Schutz des Ausschließlichkeitsrechtes auf die Erbringung des Auftragsgegenstandes an sich - fallbezogen die Generalplanerleistungen - zu beziehen und nicht auf die Umsetzung eines bestimmten Wettbewerbsprojektes, das nach - nur vorläufiger, nicht in Bestandskraft erwachsener - Ansicht des Preisgerichtes als das Beste angesehen wurde. Da der fragliche Wettbewerbsbeitrag nicht in einer der Kontrolle durch die zuständige Nachprüfungsbehörde standhaltenden Weise ermittelt worden ist (die Entscheidung über die Zuweisung der Preisgelder wurde - wie dargestellt - für nichtig erklärt), ist auch kein Grund ersichtlich, dem Urheberrecht an diesem Projekt in vergaberechtlicher Hinsicht gesonderte Bedeutung beizumessen.

Die revisionswerbenden Parteien weisen darauf hin, dass die neuerliche Durchführung eines Wettbewerbs angesichts der erfolgten Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten in einem Spannungsverhältnis zur gebotenen Anonymität der Wettbewerbsbeiträge stünde. Das ändert aber nichts daran, dass der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 darauf abstellt, ob der Auftrag an sich - und nicht die Umsetzung eines bestimmten Wettbewerbsbeitrages - zum Schutz von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem Unternehmer ausgeführt werden kann. Soweit die revisionswerbenden Parteien dem Verwaltungsgericht vorhalten, es habe keine tauglichen Alternativen aufgezeigt, ist darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsgericht die Zulässigkeit des Vorgehens der Auftraggeberin zu beurteilen und nicht alternative Vorgehensweisen aufzuzeigen hatte.

Umgekehrt übersieht die von den revisionswerbenden Parteien vertretene Auffassung den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z 6 BVergG 2006, der die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit dem (oder den) Gewinner(n) eines Wettbewerbes ermöglicht. Dieser Ausnahmetatbestand setzt eine bestandfeste Entscheidung über die Ermittlung des Gewinners (bzw. über die Nicht-Zulassung der anderen Wettbewerbsteilnehmer zum anschließenden Verhandlungsverfahren) voraus. Würde der Schutz des Ausschließlichkeitsrechtes eines nur "vorläufigen" Wettbewerbsgewinners die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertigen, wäre die gesonderte Ausnahme für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit dem (bestandfest ermittelten) Wettbewerbsgewinner nicht erforderlich. Auch dies spricht dafür, den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten im Nachhang zu einem nicht abgeschlossenen Wettbewerb nicht auf einen bestimmten Wettbewerbsbeitrag, sondern auf den Auftragsgegenstand an sich zu beziehen.

Die Zweitrevisionswerberin verweist noch auf das Urteil des EuGH vom 18. Mai 1995 in der Rs C-57/94, Kommission gegen Italien, wonach vom Ausnahmetatbestand in Zusammenhang mit Ausschließlichkeitsrechten Gebrauch gemacht werden könne, wenn sich ohne Rückgriff darauf erhebliche Schwierigkeiten ergeben würden. Dem ist zu entgegnen, dass der EuGH in diesem Urteil ausgeführt hat, die italienische Regierung (als Vertreterin der dort Beklagten) habe nicht überzeugend dargetan, dass die sich aus technischen Interferenzen (in diesem Verfahren erfolgte eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand der technischen Gründe) ergebenden Schwierigkeiten nicht hätten überwunden werden können (Rn. 27). Der EuGH hat somit auf unüberwindbare Schwierigkeiten abgestellt.

Dem weiteren Revisionsvorbringen, wonach das Antreten neuer Projektwerber bei einem neuerlichen Wettbewerb praktisch auszuschließen gewesen sei, ist entgegenzuhalten, dass bei einem neuerlichen Wettbewerb jedenfalls das Projekt der mitbeteiligten Partei, deren Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 9. Juli 2010 für nichtig erklärt worden ist, zu berücksichtigen gewesen wäre.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes ist daher davon auszugehen, dass der in § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 angesprochene Schutz des Ausschließlichkeitsrechtes für die vertragsgegenständliche Leistung an sich und nicht für die Umsetzung eines bestimmten Projekts, dessen Auswahl keiner Nachprüfung unterlag, erforderlich sein muss. Das Verwaltungsgericht hat daher zu Recht die Auffassung vertreten, die Auftraggeberin habe nicht der Ansicht sein dürfen, dass die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung - fallbezogen gestützt auf den Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 - zulässig war.

2.3.3. Daran vermögen auch die seitens der revisionswerbenden Parteien ins Treffen geführten Aktenwidrigkeiten nichts zu ändern.

Die revisionswerbenden Parteien erblicken in der Aussage des Verwaltungsgerichtes, die "(offenkundige) vorschnelle (irrtümliche?) Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten" sei von der Auftraggeberin zu verantworten und könne den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 nicht rechtfertigen, eine Aktenwidrigkeit. Damit unterstelle das Verwaltungsgericht der Auftraggeberin bösgläubiges Verhalten. Demgegenüber ergebe sich aus den bestandfesten Auslobungsunterlagen (sowie der WOA 2000 - Wettbewerbsordnung Architektur), dass die Wettbewerbsarbeiten nach Abschluss des Wettbewerbsverfahrens auszustellen sind.

Die Aussage, dass die durch die Auftraggeberin veranlasste Veröffentlichung der Wettbewerbsarbeiten (und damit die Aufhebung der Anonymität) dieser zuzurechnen sei, ist nicht zu beanstanden, wobei es diesbezüglich nicht erheblich ist, ob dies irrtümlich bzw. vorschnell (oder nicht) erfolgte. Eine Relevanz der behaupteten Aktenwidrigkeit wird nicht aufgezeigt. Zudem wären die von den revisionswerbenden Parteien diesbezüglich ins Treffen geführten Grundlagen einer Veröffentlichung erst nach bestandfestem Abschluss des Wettbewerbs nicht entgegengestanden.

Weiters sehen die revisionswerbenden Parteien eine Aktenwidrigkeit in der Aussage des Verwaltungsgerichtes, die Auftraggeberin hätte alle sechs (Wettbewerbs)Gewinner zur Teilnahme an den Verhandlungen auffordern müssen. Dies wäre nicht in Einklang mit den bestandfesten Auslobungsunterlagen gestanden.

Dazu genügt es darauf hinzuweisen, dass es sich bei den diesbezüglichen Ausführungen des Verwaltungsgerichtes - wie sich der Formulierung eindeutig entnehmen lässt - nicht um ein tragendes Begründungselement handelt (arg.: "Selbst bei der Annahme, ..."), weshalb mit den vorgebrachten Bedenken für sich genommen schon deshalb kein relevanter Verfahrensmangel aufgezeigt wird.

2.3.4. Die Zweitrevisionswerberin erachtet die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes insoweit als "fast kurios", als das Verwaltungsgericht festgehalten habe, dass das zugrunde liegende Vergabeverfahren für die mitbeteiligte Partei anhand der ex ante-Transparenzbekanntmachung klar erkennbar gewesen sei. Weshalb das Verwaltungsgericht dennoch zur Auffassung gelangt sei, dass deren Bekämpfung nicht möglich gewesen sei, bleibe "rätselhaft".

Mit diesen Ausführungen verkennt die Zweitrevisionswerberin, dass es für die hier maßgebliche Frage, ob der Feststellungsantrag nach § 332 Abs. 7 BVergG 2006 zurückzuweisen gewesen wäre, darauf ankommt, ob die Auftraggeberin bei sorgfältiger Vorgehensweise der Ansicht sein durfte, einen Ausnahmetatbestand für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung heranziehen zu können. Der bloße Umstand, dass aus der erfolgten ex ante-Transparenzbekanntmachung der Ausschreibungsgegenstand ersichtlich war, vermag den Eintritt der Präklusionswirkung für sich genommen nicht herbeizuführen.

2.4. Vorhalt der mangelnden Bekämpfung der ex ante-Transparenzbekanntmachung:

Die Zweitrevisionswerberin moniert, die mitbeteiligte Partei habe sich in ihren Feststellungsanträgen nicht gegen die ex ante-Transparenzbekanntmachung gewendet, sondern gegen die (nur irrtümlich erfolgte und später widerrufene) Bekanntmachung vom 7. Februar 2012. Auf der Basis dieses "fehlgerichteten Antrags" hätte das Verwaltungsgericht die Feststellungen betreffend die ex ante-Transparenzbekanntmachung nicht treffen dürfen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass Gegenstand des Feststellungsverfahrens (zu Spruchp

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