

TE Vwgh Erkenntnis 2022/12/16 Ro 2021/04/0028

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2022

Index

E000 EU- Recht allgemein

E3L E06300000

E6j

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §122 Abs3

BVergG 2018 §37 Abs1

BVergG 2018 §37 Abs1 Z2

BVergG 2018 §37 Abs1 Z3

BVergG 2018 §37 Abs1 Z4

EURallg

32014L0024 Vergabe-RL Art2 Abs1 Z12

32014L0024 Vergabe-RL Art26 Abs4

32014L0024 Vergabe-RL Art26 Abs6

32014L0024 Vergabe-RL Art29

32014L0024 Vergabe-RL Art32

32014L0024 Vergabe-RL Art32 Abs2 litc

32014L0024 Vergabe-RL Art65 Abs2

32014L0024 Vergabe-RL Art84 Abs1 lite

32014L0024 Vergabe-RL Art84 Abs1 litf

62002CJ0385 Kommission / Italien

62002CJ0394 Kommission / Griechenland

62008CJ0275 Kommission / Deutschland

62014CJ0549 Finn Frogne VORAB

62021CJ0376 Obshtina Razlog VORAB

1. BVergG 2018 § 122 heute

2. BVergG 2018 § 122 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 122 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 37 heute

2. BVergG 2018 § 37 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 37 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 37 heute
2. BVergG 2018 § 37 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 37 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 37 heute
2. BVergG 2018 § 37 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 37 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 37 heute
2. BVergG 2018 § 37 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 37 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

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 des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der revisionswerbenden Partei A GmbH in W, vertreten durch die Dorda Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Universitätsring 10, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Vorarlberg vom 21. Juli 2021, Zl. LVwG-314-1/2021-S1, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Land Vorarlberg in 6901 Bregenz, vertreten durch die Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Rennweg 17/5; 2. Ö in F, vertreten durch die Summer Schertler Kaufmann Droop Lerch Rechtsanwälte GmbH in 6900 Bregenz, Kirchstraße 4), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Mit Schriftsatz vom 10. Februar 2021 beantragte die Revisionswerberin gemäß § 4 Abs. 3 lit. b und Abs. 4 Vorarlberger Vergabenechtprüfungsgesetz (im Folgenden: VlbG VergNG), das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge feststellen, dass das Land Vorarlberg (Erstmitbeteiligter) als Auftraggeber den Vertrag betreffend die Erweiterung der COVID-19-Testungen in rechtswidriger Weise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt habe, und es möge den zwischen dem Auftraggeber und dem Zweitmitbeteiligten geschlossenen Vertrag für nichtig erklären. 1. Mit Schriftsatz vom 10. Februar 2021 beantragte die Revisionswerberin gemäß Paragraph 4, Absatz 3, Litera b und Absatz 4, Vorarlberger Vergabenechtprüfungsgesetz (im Folgenden: VlbG VergNG), das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge feststellen, dass das Land Vorarlberg (Erstmitbeteiligter) als Auftraggeber den Vertrag betreffend die Erweiterung der COVID-19-Testungen in rechtswidriger Weise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt habe, und es möge den zwischen dem Auftraggeber und dem Zweitmitbeteiligten geschlossenen Vertrag für nichtig erklären.

2. Im Rahmen der Bezeichnung des Vergabeverfahrens legte die Revisionswerberin dar, dass der Auftraggeber kostenlose Corona-Tests anbiete, die vom Zweitmitbeteiligten durchgeführt würden, und dass das Test-Angebot mit Stand 4. Februar 2021 massiv aufgestockt worden sei. Aus näher dargelegten Unterlagen ergebe sich, dass der Auftraggeber die zusätzlichen Testkapazitäten ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vergeben habe. Die Revisionswerberin (die bereits eine Teststraße in Vorarlberg betreibe) habe gegenüber dem Auftraggeber mehrfach ihre Leistungsbereitschaft erklärt und am 4. Februar 2021 ein Angebot zur Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen gelegt.

3. 2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 21. Juli 2021 wies das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg den Feststellungsantrag der Revisionswerberin sowie den Antrag auf Unwirksamklärung des abgeschlossenen Vertrages im Vergabeverfahren „Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Bieter gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 für den Betrieb von COVID-19-Testungen in Vorarlberg ab 4.2.2021“ nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof erklärte das Verwaltungsgericht für

zulässig.2. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 21. Juli 2021 wies das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg den Feststellungsantrag der Revisionswerberin sowie den Antrag auf Unwirksamklärung des abgeschlossenen Vertrages im Vergabeverfahren „Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit einem Bieter gemäß Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 für den Betrieb von COVID-19-Testungen in Vorarlberg ab 4.2.2021“ nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof erklärte das Verwaltungsgericht für zulässig.

4 2.1. Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung im Wesentlichen folgenden Sachverhalt zugrunde: Der Auftraggeber habe zwischen 1. und 5. Jänner 2021 entschieden, (anstelle eines ursprünglich für Mitte Jänner 2021 geplanten zweiten „Massentests“) ab dem 18. Jänner 2021 ein permanentes kostenloses Angebot von COVID-19-Tests einzurichten, wobei mit einem wöchentlichen Bedarf von ca. 22.000 Tests kalkuliert worden sei. Ab dem 18. Jänner 2021 habe der Zweitmitbeteiligte aufgrund einer Vereinbarung mit dem Auftraggeber mehrere „Teststraßen“ betrieben, wobei in der Woche ab dem 25. Jänner 2021 18.000 Tests und in der Woche ab dem 1. Februar 2021 24.000 Tests durchgeführt worden seien.

5 Am 5. Februar 2021 sei die 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl. II Nr. 58/2021, kundgemacht worden, die ua. vorgesehen habe, dass Kunden in Betriebsstätten zur Inanspruchnahme von (sogenannten) körpernahen Dienstleistungen einen Nachweis über ein negatives Testergebnis vorzuweisen hätten; diese Verordnung sei am 8. Februar 2021 in Kraft getreten. Mit der Novelle BGBl. II Nr. 52/2021 (kundgemacht am 3. Februar 2021, in Kraft getreten am 10. Februar 2021) zur COVID-19-Einreiseverordnung sei eine Testpflicht für einreisende Berufspendler eingeführt worden. Aufgrund dieser Verordnungen sei der Auftraggeber Anfang Februar 2021 von der Notwendigkeit des Ausbaus der Testkapazitäten um mehr als 100 % ausgegangen, wobei der zukünftige wöchentliche Bedarf auf 55.000 Tests geschätzt worden sei. Am 2. Februar 2021 habe der Auftraggeber mit dem Zweitmitbeteiligten die Testkapazitäten besprochen; es sei vereinbart worden, dass der Zweitmitbeteiligte an sieben näher bestimmten Teststandorten die Tests durchführen solle, bis eine parallel dazu vorzubereitende Ausschreibung abgeschlossen sei; der Auftraggeber sei davon ausgegangen, dass dies bis Anfang März 2021 der Fall sein werde. Der Auftraggeber sei des Weiteren der Meinung gewesen, dass alternative Anbieter für diese vorübergehende Tätigkeit in Anbetracht der Kurzfristigkeit und der bisherigen negativen Erfahrungen nicht in Betracht kämen. Am 5. Februar 2021 sei die 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 58 aus 2021,, kundgemacht worden, die ua. vorgesehen habe, dass Kunden in Betriebsstätten zur Inanspruchnahme von (sogenannten) körpernahen Dienstleistungen einen Nachweis über ein negatives Testergebnis vorzuweisen hätten; diese Verordnung sei am 8. Februar 2021 in Kraft getreten. Mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 52 aus 2021, (kundgemacht am 3. Februar 2021, in Kraft getreten am 10. Februar 2021) zur COVID-19-Einreiseverordnung sei eine Testpflicht für einreisende Berufspendler eingeführt worden. Aufgrund dieser Verordnungen sei der Auftraggeber Anfang Februar 2021 von der Notwendigkeit des Ausbaus der Testkapazitäten um mehr als 100 % ausgegangen, wobei der zukünftige wöchentliche Bedarf auf 55.000 Tests geschätzt worden sei. Am 2. Februar 2021 habe der Auftraggeber mit dem Zweitmitbeteiligten die Testkapazitäten besprochen; es sei vereinbart worden, dass der Zweitmitbeteiligte an sieben näher bestimmten Teststandorten die Tests durchführen solle, bis eine parallel dazu vorzubereitende Ausschreibung abgeschlossen sei; der Auftraggeber sei davon ausgegangen, dass dies bis Anfang März 2021 der Fall sein werde. Der Auftraggeber sei des Weiteren der Meinung gewesen, dass alternative Anbieter für diese vorübergehende Tätigkeit in Anbetracht der Kurzfristigkeit und der bisherigen negativen Erfahrungen nicht in Betracht kämen.

6 In der Woche ab dem 8. Februar 2021 seien ca. 50.000 Tests durchgeführt worden. Der Auftraggeber habe am 11. Februar 2021 ein Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung mit einer Partei betreffend den Betrieb von Teststraßen in Vorarlberg“ eingeleitet. Die Revisionswerberin habe die Nichtigkeitsklärung der Ausschreibungsunterlagen in diesem Vergabeverfahren beantragt; das Verwaltungsgericht habe diesem Antrag mit Erkenntnis vom 20. April 2021 Folge gegeben. Daraufhin habe der Auftraggeber den Dienstleistungsauftrag am 21. Mai 2021 erneut ausgeschrieben.

7 2.2. In seiner rechtlichen Beurteilung hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, dass der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich liege. Zu prüfen sei, ob am 2. Februar 2021 (Datum der Vergabe des gegenständlichen Dienstleistungsauftrags) die Voraussetzungen für die Anwendung des § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vorgelegen seien. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes handle es sich bei den beiden dargestellten - nur wenige Tage vor ihrem Inkrafttreten kundgemachten - Verordnungen des Bundes zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie

(im Folgenden: Verordnungen) sowie dem dadurch erzeugten Bedarf nach einer Erweiterung der Testkapazitäten um ein unvorhergesehenes Ereignis. Die Beschaffung dieser Leistungen hätte auch nicht auf einen Zeitpunkt nach Abschluss eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung verschoben werden können. Da der Auftraggeber keinen Einfluss auf die Maßnahmen des Bundes habe, sei der äußerst dringliche, zwingende Bedarf nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben und die Notwendigkeit zur Erweiterung der Testkapazitäten auch nicht vorhersehbar gewesen. Aus dem (von der Revisionswerberin ins Treffen geführten) Umstand, dass der Auftraggeber bereits Anfang Jänner 2021 gewusst habe, künftig COVID-Tests zu benötigen, folge nicht, dass dadurch der Anfang Februar 2021 entstandene Bedarf absehbar gewesen sei. 2.2. In seiner rechtlichen Beurteilung hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, dass der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich liege. Zu prüfen sei, ob am 2. Februar 2021 (Datum der Vergabe des gegenständlichen Dienstleistungsauftrags) die Voraussetzungen für die Anwendung des Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 vorgelegen seien. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes handle es sich bei den beiden dargestellten - nur wenige Tage vor ihrem Inkrafttreten kundgemachten - Verordnungen des Bundes zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie (im Folgenden: Verordnungen) sowie dem dadurch erzeugten Bedarf nach einer Erweiterung der Testkapazitäten um ein unvorhergesehenes Ereignis. Die Beschaffung dieser Leistungen hätte auch nicht auf einen Zeitpunkt nach Abschluss eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung verschoben werden können. Da der Auftraggeber keinen Einfluss auf die Maßnahmen des Bundes habe, sei der äußerst dringliche, zwingende Bedarf nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben und die Notwendigkeit zur Erweiterung der Testkapazitäten auch nicht vorhersehbar gewesen. Aus dem (von der Revisionswerberin ins Treffen geführten) Umstand, dass der Auftraggeber bereits Anfang Jänner 2021 gewusst habe, künftig COVID-Tests zu benötigen, folge nicht, dass dadurch der Anfang Februar 2021 entstandene Bedarf absehbar gewesen sei.

8 Selbst im Fall der Vorbereitung eines (und sei es auch beschleunigten) Vergabeverfahrens ab Anfang Jänner 2021 wäre es im Hinblick auf die notwendige Ausschreibungsvorbereitung, die Angebotsfrist, die Angebotsprüfung und die Stillhaltefrist nicht möglich gewesen, das Verfahren bis zum 8. Februar 2021 abzuwickeln. Auch die von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Ankündigung der Bundesregierung vom 24. Jänner 2021, den „harten Lockdown“ am 8. Februar 2021 beenden zu wollen, habe nicht zur Folge gehabt, dass der Auftraggeber die Steigerung des Testbedarfs hätte abschätzen müssen; zudem hätten die benötigten Tests zu diesem Zeitpunkt in einem Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht mehr rechtzeitig beschafft werden können. Somit habe am 2. Februar 2021 ein äußerst dringlicher, zwingender Bedarf nach einer Erweiterung der Testkapazitäten bestanden, der durch Ereignisse begründet worden sei, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben und die für diesen auch nicht so zeitgerecht vorhersehbar gewesen seien, dass er die rechtzeitige Leistungserbringung mittels Durchführung eines (allenfalls beschleunigten) Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sicherstellen hätte können.

9 Das gegenständliche Vergabeverfahren sei daher nicht rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden. Zudem wies das Verwaltungsgericht unter Bezugnahme auf die am 11. Februar 2021 erfolgte Ausschreibung der gegenständlichen Dienstleistung darauf hin, dass die Auftragsvergabe nur der „Überbrückung“ bis zum Abschluss eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gedient habe.

10 Dem weiteren Vorbringen der Revisionswerberin, wonach selbst bei einem (von ihr in Abrede gestellten) Vorliegen einer äußersten Dringlichkeit die Durchführung des Verfahrens mit nur einem Bieter rechtswidrig gewesen sei, hielt das Verwaltungsgericht zunächst entgegen, dass Gegenstand des Feststellungsverfahrens nur die Frage sei, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung erteilt worden sei; eine Zuständigkeit, andere als die in § 4 VlbG VergNG vorgesehenen Feststellungen zu treffen, komme dem Verwaltungsgericht nicht zu. Selbst wenn sich das Antragsrecht aber auch auf die Durchführungsmodalitäten (und somit die Durchführung des Verfahrens mit nur einem Bieter) erstrecken sollte, ergebe sich aus dem klaren Wortlaut des § 122 Abs. 3 BVergG 2018, dass bei Vorliegen äußerst dringlicher zwingender Gründe vom Grundsatz, wonach die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer nicht unter drei liegen dürfe, abgewichen werden könne. Auch aus Art. 32 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU ergebe sich keine Vorgabe dahingehend, dass mehrere Bewerber beizuziehen seien. Die Regelung des Art. 65 der Richtlinie 2014/24/EU, der zufolge ein Mindestmaß an Wettbewerb zu gewährleisten sei, beziehe sich auf Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und sei daher für die Verfahren gemäß Art. 32 der Richtlinie 2014/24/EU nicht anzuwenden. Es würde dem Zweck des Art. 32 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 2014/24/EU

widersprechen, wenn ein Auftraggeber selbst bei Vorliegen der dort normierten strengen Voraussetzungen prüfen müsste, ob mehrere potentiell leistungsfähige Unternehmer vorhanden seien und in der Folge zumindest drei Unternehmer zu Verhandlungen einladen müsste. Dem weiteren Vorbringen der Revisionswerberin, wonach selbst bei einem (von ihr in Abrede gestellten) Vorliegen einer äußersten Dringlichkeit die Durchführung des Verfahrens mit nur einem Bieter rechtswidrig gewesen sei, hielt das Verwaltungsgericht zunächst entgegen, dass Gegenstand des Feststellungsverfahrens nur die Frage sei, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung erteilt worden sei; eine Zuständigkeit, andere als die in Paragraph 4, VlbG VergNG vorgesehenen Feststellungen zu treffen, komme dem Verwaltungsgericht nicht zu. Selbst wenn sich das Antragsrecht aber auch auf die Durchführungsmodalitäten (und somit die Durchführung des Verfahrens mit nur einem Bieter) erstrecken sollte, ergebe sich aus dem klaren Wortlaut des Paragraph 122, Absatz 3, BVergG 2018, dass bei Vorliegen äußerst dringlicher zwingender Gründe vom Grundsatz, wonach die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer nicht unter drei liegen dürfe, abgewichen werden könne. Auch aus Artikel 32, Absatz 2, Litera c, der Richtlinie 2014/24/EU ergebe sich keine Vorgabe dahingehend, dass mehrere Bewerber beizuziehen seien. Die Regelung des Artikel 65, der Richtlinie 2014/24/EU, der zufolge ein Mindestmaß an Wettbewerb zu gewährleisten sei, beziehe sich auf Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und sei daher für die Verfahren gemäß Artikel 32, der Richtlinie 2014/24/EU nicht anzuwenden. Es würde dem Zweck des Artikel 32, Absatz 2, Litera c, der Richtlinie 2014/24/EU widersprechen, wenn ein Auftraggeber selbst bei Vorliegen der dort normierten strengen Voraussetzungen prüfen müsste, ob mehrere potentiell leistungsfähige Unternehmer vorhanden seien und in der Folge zumindest drei Unternehmer zu Verhandlungen einladen müsste.

11 Da die beantragte Feststellung nicht zu treffen gewesen sei, sei auch der Antrag auf Unwirksamklärung des abgeschlossenen Vertrages abzuweisen gewesen.

1 2 2.3. Die Zulassung der Revision begründete das Verwaltungsgericht damit, dass es an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung des § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Bekämpfung einer Pandemie fehle. 2.3. Die Zulassung der Revision begründete das Verwaltungsgericht damit, dass es an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung des Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 im Zusammenhang mit der Beschaffung von Leistungen zur Bekämpfung einer Pandemie fehle.

13 3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende ordentliche Revision.

14 Der Erstmitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der er die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Revision beantragt.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zulässigkeit

1 5 Der Revisionswerber bringt in seinem Zulässigkeitsvorbringen ua. vor, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu und es sei auch unklar, ob ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 mit nur einem Teilnehmer durchgeführt werden dürfe, auch wenn es (bekanntermaßen) mehrere leistungsbereite Unternehmer gebe. Der Revisionswerber bringt in seinem Zulässigkeitsvorbringen ua. vor, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dazu und es sei auch unklar, ob ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 mit nur einem Teilnehmer durchgeführt werden dürfe, auch wenn es (bekanntermaßen) mehrere leistungsbereite Unternehmer gebe.

16 Die Revision erweist sich im Hinblick auf die dargestellten Rechtsfragen als zulässig.

2. Rechtsgrundlagen

1 7 2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetzes (VlbG VergNG), LGBl. Nr. 1/2003 in der Fassung LGBl. Nr. 41/2018, lauten auszugsweise: 2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetzes (VlbG VergNG), Landesgesetzblatt Nr. 1 aus 2003, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 41 aus 2018,, lauten auszugsweise:

„§ 4 Arten der Nachprüfungsverfahren

[...]

(3) Ein Unternehmer kann die Feststellung beantragen, dass

[...]

b) das Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne Vergabebekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde; oder

[...]

(4) Ein Unternehmer kann in einem Feststellungsantrag nach Abs. 3 lit. b bis e auch den Antrag stellen, den Vertrag oder Widerruf für unwirksam zu erklären.(4) Ein Unternehmer kann in einem Feststellungsantrag nach Absatz 3, Litera b, bis e auch den Antrag stellen, den Vertrag oder Widerruf für unwirksam zu erklären.

[...]

§ 14 Unwirksamerklärung des Vertrages Paragraph 14, Unwirksamerklärung des Vertrages

(1) Der Vertrag muss rückwirkend (von Anfang an) für unwirksam erklärt werden, wenn das Landesverwaltungsgericht feststellt, dass

a) der Auftrag rechtswidriger Weise ohne vorherige Vergabebekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb vergeben wurde; oder

[...]“

1 8 2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018), BGBl. I Nr. 65, lauten auszugsweise:2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVerG 2018), Bundesgesetzblatt , I Nr. 65, lauten auszugsweise:

„Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei Dienstleistungsaufträgen

§ 37. (1) Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wennParagraph 37, (1) Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

[...]

4. äußerst dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des öffentlichen Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß § 34 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, oderäußerst dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des öffentlichen Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Paragraph 34, durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, oder

[...]

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

§ 122. [...]Paragraph 122, [...]

(3) Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen und darf beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht unter drei liegen. Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung darf die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer, sofern nicht die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann oder äußerst dringliche, zwingende Gründe vorliegen, bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von geeigneten Unternehmern nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und hat den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen. [...]

[...]

Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen [...]

Verfahren

§ 151. (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die §§ 4 Abs. 1, 7 bis 11, 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3, 13, 16 bis 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Abs. 1 bis 5, 81 bis 90, 91 Abs. 1 bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Abs. 1, 150 Abs. 9, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des § 367 sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Paragraph 151, (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die Paragraphen 4, Absatz eins, 7 bis 11, 12 Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 3, 13, 16 bis 18, 19 Absatz eins, 20, Absatz eins bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Absatz eins bis 5, 81 bis 90, 91 Absatz eins bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Absatz eins, 150, Absatz 9,, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des Paragraph 367, sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

[...]

(3) Der öffentliche Auftraggeber kann das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen [...] grundsätzlich frei gestalten. Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen die Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Leistbarkeit und Verfügbarkeit der Dienstleistungen bzw. den Umfang des Leistungsangebotes berücksichtigen. Ebenso kann er dabei den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer der Dienstleistungen und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen.

(4) Im Oberschwellenbereich sind besondere Dienstleistungsaufträge, sofern nicht eine der in § 37 Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt ist, und Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben.(4) Im Oberschwellenbereich sind besondere Dienstleistungsaufträge, sofern nicht eine der in Paragraph 37, Absatz eins, genannten Voraussetzungen erfüllt ist, und Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben.

[...]

(8) Der öffentliche Auftraggeber darf den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung auf elektronischem Weg 10 Tage, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg 15 Tage. [...]"

19 2.3. Die Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe, ABl. Nr. L 94/65, lautet auszugsweise:

„Artikel 26

Wahl der Verfahren

[...]

(4) Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass die öffentlichen Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren oder einen wettbewerblichen Dialog in den folgenden Fällen anwenden können:

[...]

(6) In den konkreten Fällen und unter den konkreten Umständen, die in Artikel 32 ausdrücklich genannt sind, können die Mitgliedstaaten vorschreiben, dass öffentliche Auftraggeber auf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung eines Aufrufs zum Wettbewerb zurückgreifen können. Die Mitgliedstaaten gestatten die Anwendung dieses Verfahrens nicht in anderen als den in Artikel 32 genannten Fällen.

[...]

Artikel 29

Verhandlungsverfahren

(1) Bei Verhandlungsverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf einen die Angaben gemäß Anhang V Teile B und C enthaltenden Aufruf zum Wettbewerb hin einen Teilnahmeantrag einreichen, indem er die von dem öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für eine qualitative Auswahl vorlegt. (1) Bei Verhandlungsverfahren kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf einen die Angaben gemäß Anhang römisch fünf Teile B und C enthaltenden Aufruf zum Wettbewerb hin einen Teilnahmeantrag einreichen, indem er die von dem öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für eine qualitative Auswahl vorlegt.

In den Auftragsunterlagen geben die öffentlichen Auftraggeber den Auftragsgegenstand an, indem sie ihre Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Lieferungen, Bauleistungen oder Dienstleistungen beschreiben und die Zuschlagskriterien spezifizieren. Ferner geben sie an, welche Elemente der Beschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die bereitgestellten Informationen müssen so präzise sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer Art und Umfang der Vergabe erkennen und entscheiden können, ob sie eine Teilnahme an dem Verfahren beantragen.

[...]

Artikel 32

Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung

(1) In den konkreten Fällen und unter den konkreten Umständen, die in den Absätzen 2 bis 5 festgelegt sind, können die Mitgliedstaaten vorschreiben, dass öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung vergeben können.

(2) Bei öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen kann in den folgenden Fällen auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung zurückgegriffen werden:

[...]

c) soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Fristen einzuhalten, die für die offenen oder die nichtoffenen Verfahren oder die Verhandlungsverfahren vorgeschrieben sind. Die angeführten Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein.

[...]

Artikel 65

Verringerung der Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme aufgefordert werden sollen

(1) Bei den nichtoffenen Verfahren, bei den Verhandlungsverfahren, beim wettbewerblichen Dialog und bei den Innovationspartnerschaften können die öffentlichen Auftraggeber die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien erfüllen und die sie zur Abgabe von Angeboten auffordern oder zum Dialog einladen werden, begrenzen, sofern geeignete Bewerber in Höhe der in Absatz 2 genannten Mindestzahl zur Verfügung stehen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung die von ihnen vorgesehenen objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Vorschriften, die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber an.

Bei nichtoffenen Verfahren beträgt die Anzahl mindestens fünf Bewerber. Bei Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen und Innovationspartnerschaften beträgt die Anzahl mindestens drei Bewerber. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

[...]"

3. Vorbemerkungen

2 0 3.1. Die Revisionswerberin verweist mehrfach darauf, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Leistungen (als Dienstleistungen des Gesundheitswesens) um sogenannte besondere Dienstleistungsaufträge im Sinn des § 151 Abs. 1 (bzw. Anhang XVI) BVergG 2018 handle. Bei diesen komme dem Auftraggeber ein besonders großer Spielraum bei der Festlegung der Fristen zu, weshalb kein Grund für die Annahme einer Dringlichkeit bestehe. Zudem

- so die Revisionswerberin unter Berufung auf ein Schreiben des Bundesministeriums für Justiz vom 18. Jänner 2021 (im Folgenden: Schreiben BMJ) - sei der Sondertatbestand des § 37 Abs. 1 Z 4 BVerfG 2018 bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen nicht anwendbar. 3.1. Die Revisionswerberin verweist mehrfach darauf, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Leistungen (als Dienstleistungen des Gesundheitswesens) um sogenannte besondere Dienstleistungsaufträge im Sinn des Paragraph 151, Absatz eins, (bzw. Anhang römisch sechzehn) BVerfG 2018 handle. Bei diesen komme dem Auftraggeber ein besonders großer Spielraum bei der Festlegung der Fristen zu, weshalb kein Grund für die Annahme einer Dringlichkeit bestehe. Zudem - so die Revisionswerberin unter Berufung auf ein Schreiben des Bundesministeriums für Justiz vom 18. Jänner 2021 (im Folgenden: Schreiben BMJ) - sei der Sondertatbestand des Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVerfG 2018 bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen nicht anwendbar.

2 1 Dazu ist Folgendes anzumerken: Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung im Erkenntnis vom 20. April 2021, mit dem die Ausschreibung gleichartiger Leistungen für nichtig erklärt worden ist (siehe dazu Rn. 6), zugrunde gelegt, dass es sich dabei um einen besonderen Dienstleistungsauftrag gemäß § 151 BVerfG 2018 handle. Im vorliegend angefochtenen Erkenntnis fehlt es hingegen an näheren Feststellungen oder Ausführungen dazu, ob die Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrags gemäß § 151 Abs. 1 BVerfG 2018 gegenständlich war. Dazu ist Folgendes anzumerken: Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung im Erkenntnis vom 20. April 2021, mit dem die Ausschreibung gleichartiger Leistungen für nichtig erklärt worden ist (siehe dazu Rn. 6), zugrunde gelegt, dass es sich dabei um einen besonderen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 151, BVerfG 2018 handle. Im vorliegend angefochtenen Erkenntnis fehlt es hingegen an näheren Feststellungen oder Ausführungen dazu, ob die Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrags gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVerfG 2018 gegenständlich war.

2 2 Es kann aber für die hier vorzunehmende Beurteilung letztlich dahinstehen, ob es sich vorliegend um einen Auftrag handelt, der (ausschließlich oder überwiegend) als besonderer Dienstleistungsauftrag gemäß § 151 Abs. 1 BVerfG 2018 anzusehen gewesen wäre. Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung nämlich - und dies ist unbestritten geblieben - zugrunde gelegt, dass es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Gemäß § 151 Abs. 4 BVerfG 2018 sind besondere Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich, sofern nicht eine der in § 37 Abs. 1 BVerfG 2018 genannten Voraussetzungen erfüllt ist, in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben. Ausgehend davon kommt der Frage, ob § 37 Abs. 1 Z 4 BVerfG 2018 anzuwenden ist, auch für den Fall Bedeutung zu, dass es sich vorliegend um einen besonderen Dienstleistungsauftrag handelt. Der Umstand, dass bei einem besonderen Dienstleistungsauftrag die Fristenregelungen der §§ 70 bis 77 BVerfG 2018 nicht anwendbar sind (und daher auch kürzere Fristen festgelegt werden könnten), führt zu keinem anderen Ergebnis (siehe näher dazu Rn. 34). Es kann aber für die hier vorzunehmende Beurteilung letztlich dahinstehen, ob es sich vorliegend um einen Auftrag handelt, der (ausschließlich oder überwiegend) als besonderer Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVerfG 2018 anzusehen gewesen wäre. Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung nämlich - und dies ist unbestritten geblieben - zugrunde gelegt, dass es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich handelt. Gemäß Paragraph 151, Absatz 4, BVerfG 2018 sind besondere Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich, sofern nicht eine der in Paragraph 37, Absatz eins, BVerfG 2018 genannten Voraussetzungen erfüllt ist, in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben. Ausgehend davon kommt der Frage, ob Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVerfG 2018 anzuwenden ist, auch für den Fall Bedeutung zu, dass es sich vorliegend um einen besonderen Dienstleistungsauftrag handelt. Der Umstand, dass bei einem besonderen Dienstleistungsauftrag die Fristenregelungen der Paragraphen 70, bis 77 BVerfG 2018 nicht anwendbar sind (und daher auch kürzere Fristen festgelegt werden könnten), führt zu keinem anderen Ergebnis (siehe näher dazu Rn. 34).

23 3.2. Der Auftraggeber weist in seiner Revisionsbeantwortung darauf hin, dass sich die Revisionswerberin an dem (nach Nichtigerklärung der ersten Ausschreibung) am 21. Mai 2020 eingeleiteten (zweiten) Vergabeverfahren zur Beschaffung der gegenständlichen Leistungen ohne Begründung nicht beteiligt habe. Daraus werde ersichtlich, dass es der Revisionswerberin nicht um ein berechtigtes Rechtsschutzinteresse gehe. Zudem habe die Revisionswerberin in ihrem (gegen die erste Ausschreibung gerichteten) Nachprüfungsantrag sowohl die dort vorgesehene Angebotsfrist von zehn Tagen als auch die Leistungsfrist von zwei Tagen als diskriminierend bekämpft.

24 Soweit der Auftraggeber damit der Sache nach die Antragslegitimation der Revisionswerberin in Zweifel zieht, ist anzumerken, dass weder der Umstand der unterbliebenen Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren (wenn

auch betreffend gleichartige Leistungen) noch die Anfechtung einer Ausschreibung bzw. der darin festgelegten Fristen für sich allein einen zwingenden Schluss darauf zulassen, dass die Revisionswerberin kein Interesse an einem (früheren) Auftrag gehabt bzw. ihr kein Schaden gedroht hätte. Der Auftraggeber vermag mit seinem Vorbringen somit nicht aufzuzeigen, dass das Verwaltungsgericht die Antragslegitimation der Revisionswerberin zu Unrecht bejaht hätte.

4. Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018. Voraussetzungen des Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018

2 5 4.1. Die Revisionswerberin bringt diesbezüglich vor, der Auftraggeber hätte bereits in der ersten Jänner-Woche (im Zuge der Entscheidung, permanente Teststraßen einzurichten) ein wettbewerbliches Vergabeverfahren einleiten müssen. Es sei vorhersehbar gewesen, dass COVID-19-Tests dauerhaft eine bedeutende Rolle spielen würden; die Dringlichkeit sei nicht erst mit den beiden vom Verwaltungsgericht herangezogenen Verordnungen entstanden, sondern vielmehr vom Auftraggeber selbst verschuldet worden. Zudem hätte der Auftraggeber nach Durchführung der „Massentests“ im Dezember 2020 erkennen müssen, dass es künftig ein erhöhtes Testangebot geben müsse. Es komme nicht darauf an, dass die notwendigen Testkapazitäten aufgrund der beiden Verordnungen auszuweiten gewesen wären, sondern nur darauf, dass der Auftraggeber Anfang Jänner 2021 entschieden habe, eigenständig Testkapazitäten aufzubauen, und dafür - ohne ein Vergabeverfahren durchzuführen - den Zweitmitbeteiligten beauftragt habe. Bei Durchführung eines Vergabeverfahrens beginnend mit Jänner 2021 hätten die Leistungen mit Anfang Februar 2021 erbracht werden können.

26 Weiters verweist die Revisionswerberin auf die im Schreiben BMJ vertretene Ansicht, wonach die Sicherstellung des weiteren Betriebs von COVID-19-Teststraßen keinen äußerst dringlichen, zwingenden Grund (mehr) darstelle und das Erfordernis der Einrichtung derartiger Teststraßen nicht „überraschend“ komme.

2 7 4.2. Der Auftraggeber verweist in seiner Revisionsbeantwortung zunächst darauf, dass das Verwaltungsgericht die (erste) Ausschreibung auf Antrag der Revisionswerberin ua. deshalb für nichtig erklärt habe, weil die (dort vorgesehene) zehntägige Angebotsfrist zu kurz bemessen gewesen sei. Es sei daher nicht nachvollziehbar, wenn die Revisionswerberin nunmehr vorbringe, ein Vergabeverfahren mit einer kurzen Frist von weniger als 15 Tagen wäre zulässig (und damit möglich) gewesen. Weiters bringt der Auftraggeber vor, er habe am 1. Februar 2021 Kenntnis davon erlangt, dass das Testangebot (aufgrund der beiden Verordnungen) deutlich ausgebaut werden müsse; die genauen Parameter seien erst mit der Kundmachung der beiden Verordnungen (am 4. bzw. 5. Februar 2021) bekannt geworden. Die Kapazitäten seien daher binnen weniger Tage von 22.000 Tests auf mehr als 50.000 Tests zu erhöhen gewesen. Ein förmliches Vergabeverfahren wäre keinesfalls ein taugliches Mittel gewesen, um die Versorgung der Bevölkerung mit COVID-19-Tests sicherzustellen. Ein „Überbrückungsauftrag“ sei somit alternativlos gewesen, weil ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht innerhalb von drei Tagen umgesetzt werden könne. Es seien daher dringliche, zwingende Gründe im Sinn des § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vorgelegen.4.2. Der Auftraggeber verweist in seiner Revisionsbeantwortung zunächst darauf, dass das Verwaltungsgericht die (erste) Ausschreibung auf Antrag der Revisionswerberin ua. deshalb für nichtig erklärt habe, weil die (dort vorgesehene) zehntägige Angebotsfrist zu kurz bemessen gewesen sei. Es sei daher nicht nachvollziehbar, wenn die Revisionswerberin nunmehr vorbringe, ein Vergabeverfahren mit einer kurzen Frist von weniger als 15 Tagen wäre zulässig (und damit möglich) gewesen. Weiters bringt der Auftraggeber vor, er habe am 1. Februar 2021 Kenntnis davon erlangt, dass das Testangebot (aufgrund der beiden Verordnungen) deutlich ausgebaut werden müsse; die genauen Parameter seien erst mit der Kundmachung der beiden Verordnungen (am 4. bzw. 5. Februar 2021) bekannt geworden. Die Kapazitäten seien daher binnen weniger Tage von 22.000 Tests auf mehr als 50.000 Tests zu erhöhen gewesen. Ein förmliches Vergabeverfahren wäre keinesfalls ein taugliches Mittel gewesen, um die Versorgung der Bevölkerung mit COVID-19-Tests sicherzustellen. Ein „Überbrückungsauftrag“ sei somit alternativlos gewesen, weil ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht innerhalb von drei Tagen umgesetzt werden könne. Es seien daher dringliche, zwingende Gründe im Sinn des Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 vorgelegen.

28 4.3. Gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 kann ein Dienstleistungsauftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des öffentlichen Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß § 34 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.4.3. Gemäß Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 kann ein Dienstleistungsauftrag in

einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des öffentlichen Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Paragraph 34, durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.

2 9 Die Erläuterungen (RV 69 BlgNR 26. GP 67) halten dazu fest, dass es sich beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung um ein Ausnahmeverfahren handelt und die Rechtfertigungsgründe dafür restriktiv auszulegen sind. Zudem wird - unter Verweis auf näher zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (etwa EuGH 15.10.2009, C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rz. 68 f, mwN) - festgehalten, dass im Fall der Z 4 des § 37 Abs. 1 BVergG 2018 drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein müssen: Es muss ein unvorhersehbares Ereignis vorliegen, es müssen äußerst dringliche und zwingende Gründe gegeben sein, die die Einhaltung der Fristen für die Regelverfahren nicht zulassen, und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen zwingenden Gründen bestehen. Die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein. Darüber hinaus ist die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach den Erläuterungen nur für die Beschaffung von (zB) Waren zulässig, „die angesichts der Notsituation unmittelbar erforderlich sind“. Die Erläuterungen Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode 67) halten dazu fest, dass es sich beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung um ein Ausnahmeverfahren handelt und die Rechtfertigungsgründe dafür restriktiv auszulegen sind. Zudem wird - unter Verweis auf näher zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (etwa EuGH 15.10.2009, C-275/08, Kommission gegen Deutschland, Rz. 68 f, mwN) - festgehalten, dass im Fall der Ziffer 4, des Paragraph 37, Absatz eins, BVergG 2018 drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein müssen: Es muss ein unvorhersehbares Ereignis vorliegen, es müssen äußerst dringliche und zwingende Gründe gegeben sein, die die Einhaltung der Fristen für die Regelverfahren nicht zulassen, und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen zwingenden Gründen bestehen. Die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall dem öffentlichen Auftraggeber zuzuschreiben sein. Darüber hinaus ist die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach den Erläuterungen nur für die Beschaffung von (zB) Waren zulässig, „die angesichts der Notsituation unmittelbar erforderlich sind“.

3 0 4.4. Vorauszuschicken ist zunächst, dass Gegenstand des zugrundeliegenden Feststellungsverfahrens die Erweiterung der Testkapazitäten von wöchentlich ca. 22.000 Tests auf ca. 55.000 Tests ab Anfang Februar 2021 war, nicht jedoch die ursprüngliche Einrichtung der Teststraßen ab dem 18. Jänner 2021. Ausgehend davon hat das Verwaltungsgericht dem Grunde nach zu Recht (nur) geprüft, ob die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 für die Durchführung eines Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung Anfang Februar 2021 hinsichtlich dieser (Ausweitung der) Leistungen vorgelegen seien. Ob der Auftraggeber - wie von der Revisionswerberin mehrfach ins Treffen geführt - bereits Anfang Jänner 2021 hinsichtlich der grundsätzlichen Einrichtung und Inbetriebnahme der Teststraßen ein Vergabeverfahren hätte einleiten müssen, ist für das vorliegende Verfahren hingegen nicht maßgeblich, weil die Vergabe dieses (insoweit divergierenden) Leistungsgegenstandes nicht Sache des angefochtenen Erkenntnisses ist. 4.4. Vorauszuschicken ist zunächst, dass Gegenstand des zugrundeliegenden Feststellungsverfahrens die Erweiterung der Testkapazitäten von wöchentlich ca. 22.000 Tests auf ca. 55.000 Tests ab Anfang Februar 2021 war, nicht jedoch die ursprüngliche Einrichtung der Teststraßen ab dem 18. Jänner 2021. Ausgehend davon hat das Verwaltungsgericht dem Grunde nach zu Recht (nur) geprüft, ob die Voraussetzungen des Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 für die Durchführung eines Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung Anfang Februar 2021 hinsichtlich dieser (Ausweitung der) Leistungen vorgelegen seien. Ob der Auftraggeber - wie von der Revisionswerberin mehrfach ins Treffen geführt - bereits Anfang Jänner 2021 hinsichtlich der grundsätzlichen Einrichtung und Inbetriebnahme der Teststraßen ein Vergabeverfahren hätte einleiten müssen, ist für das vorliegende Verfahren hingegen nicht maßgeblich, weil die Vergabe dieses (insoweit divergierenden) Leistungsgegenstandes nicht Sache des angefochtenen Erkenntnisses ist.

3 1 Bezüglich der vorliegend vom Verwaltungsgericht vorgenommenen Prüfung ist in einem ersten Schritt nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht in der Kundmachung der beiden Verordnungen und der dadurch bedingten Ausweitung des Bedarfs nach Testkapazitäten ein für den Auftraggeber unvorhersehbares Ereignis gesehen hat. Die

von der Revisionswerberin wiederholt ins Treffen geführte (in der ersten Jänner-Woche 2021 getroffene) Entscheidung des Auftraggebers, keinen zweiten „Massentest“ durchzuführen, sondern ein permanentes Testangebot einzurichten, betraf die - zum damaligen Zeitpunkt abschätzbare - Anzahl von wöchentlich ca. 22.000 Tests, nicht jedoch den Anfang Februar&

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at