



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak und die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision

1. der Republik Österreich (Bund) (protokolliert zu hg. Ra 2022/04/0034) und
2. der Bundesbeschaffung GmbH (protokolliert zu hg. Ra 2022/04/0035), beide vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, gegen das Erkenntnis und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. März 2022, Zlen. 1. W134 2246471-4/9E und 2. W134 2246471-5/9E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Partei: L GmbH, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis und der angefochtene Beschluss werden jeweils wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der zweitrevisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der Antrag der erstrevisionswerbenden Partei auf Aufwandsersatz wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die zweitrevisionswerbende Partei (im Folgenden: vergebende Stelle) schloss als vergebende Stelle der erstrevisionswerbenden Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) am 7. August 2021 nach Ausschreibung der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018), einem Verfahren nach § 151 BVergG 2018, unter anderem mit der mitbeteiligten Partei und der Bietergemeinschaft XY (im Folgenden: BIEGE) eine Rahmenvereinbarung.





- 2 Die „Kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung BBG: GZ ... (kurz: KAB-RV)“ lauten auszugsweise:

„...“

Parteien der Rahmenvereinbarung

6 Parteien der Rahmenvereinbarung sind

7 einerseits die Republik Österreich (Bund), die Bundesbeschaffung GmbH sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste, als **Auftraggeber**

8 sowie

9 andererseits die im Vergabeverfahren GZ ... ermittelten **Auftragnehmer**.

...

4 Vereinbarungsgegenstand

4.1 Ziel dieser Rahmenvereinbarung

12 Gegenstand dieser Rahmenvereinbarung ist die Durchführung von molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2 inkl. Präanalytik sowie der Aufbau und Betrieb von Teststraßen für öffentliche Auftraggeber nach den Bestimmungen gemäß Punkt 2 dieser Vereinbarung.

...

5.2 Rechtsgültiger Abruf konkreter Leistungen

5.2.1 Allgemein

20 Die jeweiligen Aufträge sind über das nachstehend beschriebene elektronische Katalogsystem zuzuschlagen (abzurufen).

...

5.2.2 Direktabruf (Kaskade)

22 Direktabrufe sind zulässig für alle im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, sofern die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert werden und erfolgen nach dem **„Kaskadenprinzip“** ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb.

...



5.2.2.2 Screeningmaßnahmen

26 Der Auftraggeber definiert für den Abruf des Leistungsteils Screeningmaßnahmen aus folgenden Merkmalen die für ihn notwendigen Merkmale (Details zu den Leistungsmerkmalen in Kapitel 7):

...

- Zeit bis Ergebnisrückmeldung ab Probenabholung: maximal 24 Stunden; maximal 22 Stunden; maximal 20 Stunden; maximal 16 Stunden; maximal 12 Stunden

...

27 In die Kaskade fallen im folgenden all jene Auftragnehmer deren Angebote den notwendigen Merkmalen entsprechen (im Falle einer Übererfüllung der Merkmale *Zeit bis Ergebnisrückmeldung ab Probenabholung* und *Probenabholstellen für Abholungen von Montag bis Samstag* bzw. *Probenabholstellen für Abholungen an Sonn- und Feiertagen* sind diese Angebote ebenfalls zu berücksichtigen) und die für die betroffene Region bzw. Bundesland angeboten haben. Von diesen erhält im Kaskadenprinzip jener Auftragnehmer eine Anfrage, welcher das Angebot mit dem geringsten Preis für die entsprechende Leistung im e-Shop (im Kaskadenblatt) ausweist.

...

5.2.3 Erneuter Aufruf zum Wettbewerb (EAW)

40 Ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb ist zulässig für alle nicht im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, oder wenn die Leistungs- und Vertragsbedingungen geändert werden.

41 Die jeweiligen konkreten Zuschläge hinsichtlich der auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge werden in folgender Weise erteilt:

42 Nach Vervollständigung der Bedingungen der Rahmenvereinbarung für die Vergabe der Aufträge durch den Auftraggeber wird dieser schriftlich jene Parteien der Rahmenvereinbarung, die die nunmehr konkret nachgefragte Leistung des jeweiligen Leistungsteils erbringen können, konsultieren und eine angemessene Frist zur Abgabe eines neuerlichen Angebotes für den konkretisierten Einzelauftrag festsetzen.

43 Der Zuschlag wird dem billigsten Angebot erteilt.

...

7 Leistungsgegenstand

77 Der Leistungsgegenstand gliedert sich in folgende Leistungsteile:

...



79 Screeningmaßnahmen

- Durchführung von Tests als Screeningmaßnahme nach § 5a des Epidemiegesetzes
- Weitere nichtanlassbezogene Screenings

...

81 Die nachfolgenden (technischen) Anforderungen an den Leistungsgegenstand sind verpflichtend und vollständig einzuhalten.

82 Allfällige zusätzliche Leistungsteile, die im Leistungsverzeichnis nicht explizit angeführt sind, die jedoch gemäß jeweils geltender Rechtslage sowie technischer Norm sowie für die zweckentsprechende Verwendung der Befunde unabdingbar sind, gelten als vom Auftragnehmer angeboten und es entstehen den Abrufberechtigten dafür keine weiteren Kosten.

...

7.1.1.1 Zusatzanforderung für Screeningmaßnahme

...

95 Der Auftragnehmer hat in jeder Region, in der er für Screeningmaßnahmen angeboten hat, niederschwellige und zentral erreichbare Möglichkeiten zur Verteilung der Probenabnahmematerialien an die Teilnehmer der Screeningmaßnahme über Ausgabestellen sicherzustellen. Im Sinne der Kosteneffizienz kann eine Kooperation mit bestehenden regionalen Strukturen (bspw. Einzelhandel, Postabholstellen, Apotheken) sinnvoll sein. Je angebotener Region laut Leistungsverzeichnis sind zumindest 10 Ausgabestellen vorzusehen.

96 Für molekularbiologische Testmaßnahmen an Schulen kann eine gesonderte Verteilung notwendig sein, wobei die Details (Frequenz, Abholzeiten etc.) zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber abzustimmen sind.

...

7.1.3.1 Probenabgabemöglichkeiten für Screeningmaßnahme

...

106 Der Auftragnehmer hat für eine niederschwellige Nutzung der Screeningmaßnahme je Region eine ausreichende Anzahl von Abgabeorten - mindestens jedoch 10 Stellen pro Region sicherzustellen und hat für eine möglichst einfache und niederschwellige Nutzung des Angebots zu sorgen. Die konkrete Mindestanzahl an Abgabestellen ergibt sich aus dem Angebot des Auftragnehmers.

...“



- 3 Gemäß Punkt 5.2.2 KAB-RV erteilte die Auftraggeberin am 17. August 2021 der BIEGE XY im Wege eines Direktabrufs den Zuschlag für den Leistungsteil „Screeningmaßnahmen“ für die Schulen der Bundesländer Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg.
- 4 Mit Schriftsatz vom 16. September 2021 beantragte die mitbeteiligte Partei unter anderem „(ii) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE [XY] vom 17.8.2021 wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“, und „(iv) festzustellen, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE [XY] vom 17.8.2021 aufgrund der Rahmenvereinbarung ‚SARS-CoV-2 (Covid 19) Testungen‘ (BBG-GZ: ...) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“.
- 5 Zur Antragslegitimation brachte die mitbeteiligte Partei zusammengefasst vor, sie sei führende Anbieterin von klinischen Labortests, insbesondere im Bereich von COVID-Testung. Eine ihrer Kernkompetenzen liege in der Durchführung, Analytik und Auswertung von PCR-Tests im Labor. Der Leistungsgegenstand der Ausschreibung betreffe ihr „Kern-Geschäftsfeld“. Das Interesse der mitbeteiligten Partei am Erhalt des gegenständlichen Auftrages zeige sich bereits aus ihrer Beteiligung an der vorhergehenden Ausschreibung und dem Abschluss der Rahmenvereinbarung. Dieses Interesse sei zudem durch die „Stellung des gegenständlichen Feststellungsantrages evident“.

Vorliegend wichen die Direktabrufe von den Vertrags- und Lieferbedingungen der KAB-RV ab und seien daher nicht zulässig. Es hätte daher ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb stattfinden müssen. Bei korrekter Vorgangsweise hätte die mitbeteiligte Partei bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb für die Schultests unter anderem des Loses „West“ (Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg) ein „kompetitives Angebot“ abgeben können, wie sie dies auch gegenwärtig tue. Insofern liege für die mitbeteiligte Partei ein Schaden vor. Zudem sei ein Schaden bei der mitbeteiligten Partei gegeben, weil die Auftraggeberin weiterhin unzulässige Direktabrufe betreffend Schultests unter anderem bei der BIEGE XY vornehme und der



mitbeteiligten Partei dadurch die Möglichkeit genommen werde, sich an einem vergaberechtlich gebotenen erneuten Aufruf zu beteiligen.

- 6 Die revisionswerbenden Parteien stellten gemäß § 353 Abs. 1 BVergG 2018 für den Fall der Stattgabe der Feststellungsanträge den Gegenantrag auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei „auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte“. Sie brachten dazu vor, die mitbeteiligte Partei erfülle die Vorgaben der Auftraggeberin zum Kaskadenmerkmal „Zeit bis Ergebnismeldung ab Probenabholung“ mit maximal 12 Stunden“ nicht. Bereits deshalb könne unter keinen Umständen ein Angebot von ihr in der Kaskade als erstgereihtes Angebot hervorgehen. Der mitbeteiligten Partei mangle es deshalb, soweit sie für einzelne Bundesländer ein Angebot gelegt habe, am durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen Schaden. Im Übrigen ergebe sich die fehlende Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei auch daraus, dass sie für die Bundesländer Salzburg, Tirol und Vorarlberg für den Leistungsteil „Screeningmaßnahmen“ überhaupt kein Angebot gelegt habe. Auch deshalb sei es nicht denkmöglich, dass die mitbeteiligte Partei als Erstgereichte hervorgehe. Überdies habe sie damit kein Interesse am Vertragsabschluss bekundet. Somit sei die mitbeteiligte Partei mangels aus der behaupteten Rechtswidrigkeit ableitbaren Schadens und wegen fehlendem Interesse am Vertragsabschluss infolge Nichtlegung eines Angebots für drei Bundesländer nicht antragslegitimiert.

- 7 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht dem Feststellungsantrag zu Punkt „(ii)“ gemäß § 342 BVergG 2018 statt und stellte fest, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE XY vom 17. August 2021 „wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz, den hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“ (Spruchpunkt 1) A) I.). Ebenso gab das Verwaltungsgericht dem Feststellungsantrag zu Punkt „(iv)“ gemäß § 342 BVergG 2018 statt und stellte fest, dass der Zuschlag zugunsten der BIEGE XY vom 17. August 2021 „aufgrund der Rahmenvereinbarung ‚SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen‘



(BBG-GZ: ...) wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs 5 bis 9 BVergG rechtswidrig war“ (Spruchpunkt 1) A) II.). Schließlich wies das Verwaltungsgericht den Antrag der Auftraggeberin „auf Feststellung, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte“, gemäß § 353 Abs. 1 BVergG 2018 ab (Spruchpunkt 1) A) III.), verpflichtete die Auftraggeberin gemäß § 356 BVergG 2018 zur Zahlung einer Geldbuße in der Höhe von € 350.000,-- (Spruchpunkt 1) A) IV.) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt 1) B).

Gleichzeitig fasste das Verwaltungsgericht - soweit im Revisionsverfahren gegenständlich - unter anderem den angefochtenen Beschluss, dem auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin gerichteten „Antragsteil“ betreffend den Feststellungsantrag zu Punkt „(ii)“ stattzugeben und die Auftraggeberin zur Zahlung von € 10.368,-- an die mitbeteiligten Partei zu verpflichten (Spruchpunkt 2) A). Die Revision gegen diesen Beschluss erklärte das Verwaltungsgericht ebenfalls für nicht zulässig (Spruchpunkt 2) B).

8 Das Verwaltungsgericht traf zusammengefasst nachstehende Feststellungen:

Die BIEGE XY habe im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung unter anderem einen „Preis für Laboranalyse inklusive Probeabnahmematerial pro Testperson in EUR exklusive Ust, Staffelpreis 4, ab 400.001 Testpersonen pro Woche“, angeboten. Im Leistungsverzeichnis der Basisvereinbarung seien in der Spalte „Pauschalpreis für Probenabholung in EUR exkl. Ust einmalige Abholung je Tag (Montag bis Samstag) von möglichen Abgabestellen in der Region“ gestaffelt nach Bundesländern Pauschalpreise für die Probenabholung in der jeweiligen Region angeboten worden. „Transportbeutel“ seien in diesem Leistungsverzeichnis nicht vorgekommen und daher nicht angeboten worden.

Im Rahmen des gegenständlichen Direktabrufs sei unter anderem das Merkmal „Zeit bis Ergebnismeldung ab Probenabholung“ mit 12 Stunden definiert worden. In die Kaskade (im Sinne der Rz. 27 KAB-RV) für die Schulen der



Bundesländer Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg sei „im Folgenden nur die BIEGE [XY] [gefallen]“.

Mit E-Mail der vergebenden Stelle vom 9. August 2021 sei an die BIEGE XY eine Anfrage erfolgt. Daraufhin habe die BIEGE XY der vergebenden Stelle in Bezug auf ihre Anfrage für „Testkosten/Probe“ denselben Preis wie im Angebot der Basisrahmenvereinbarung, für die Logistikkosten, also die Probenabholung, jedoch einen im Vergleich zum Preis ihres Angebotes der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis (abhängig von der betrachteten Region etwa drei- bis viermal so hoch) angeboten. Sie habe dies wie folgt begründet: „Aufgrund der Anforderung, nur Montags und Dienstags und nur vormittags Proben abzuholen, ergeben sich folgende (von unserem BBG-Angebot) abweichenden Logistikkosten: € xx exkl. Ust pro Abholungsort/Schule“. Überdies habe die BIEGE XY „€ xx: Transportbeutel/Stk“ angeboten. Die im Angebot ausgewiesenen „Gesamtkosten/4 Wochen“ hätten € 10.326.797,38 betragen.

Mit „Bestellung“ vom 17. August 2021 habe die Auftraggeberin „1 Stück PCR Tests Schulbereich, Einzelpreis netto € 10.326.797,38, Gesamtpreis netto € 10.326.797,38, Gesamtpreis brutto € 10.326.797,38 (Ust. 0,00 %)“ bestellt. Am 3. September 2021 habe die Auftraggeberin im Unternehmensservice Portal unter anderem die Bekanntgabe über diesen Auftrag mit einem Auftrags- bzw. Wertumfang von € 10.326.797,38 veröffentlicht.

Bei dem Direktabruf vom 17. August 2021 sei „für die Logistikkosten, also die Probenabholung“, ein im Vergleich zum Preis des Angebotes der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhter Preis (abhängig von der betrachteten Region etwa drei- bis viermal so hoch) bezahlt worden. „Transportbeutel“ kämen im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung nicht vor und seien daher auch nicht angeboten worden. Trotzdem sei dafür der von der BIEGE XY angebotene Preis bezahlt worden. Hätte die Auftraggeberin den Direktabruf zu den Preisen des „ursprünglichen“ Angebotes der BIEGE XY in der Basisrahmenvereinbarung getätigt, wäre der Gesamtpreis um € 332.287,30 niedriger gewesen.



Im Oktober 2021 sei das aus diesem Kaskadenabruf bestellte Testvolumen vollständig verbraucht gewesen.

- 9 Rechtlich beurteilte das Verwaltungsgericht den festgestellten Sachverhalt zusammengefasst dahin, ein Direktabruf gemäß Punkt 5.2.2 KAB-RV sei nur zulässig für alle im Leistungsverzeichnis definierten Leistungen, sofern die Leistungs- und Vertragsbedingungen nicht geändert würden. Die Auftraggeberin habe jedoch mit dem Direktabruf vom 17. August 2021 die Leistungs- und Vertragsbedingungen insofern geändert, als die Logistikkosten zu einem im Vergleich zum Preis des Angebotes in der Basisrahmenvereinbarung deutlich erhöhten Preis zugeschlagen und bezahlt worden seien. Überdies sei eine erhebliche Anzahl an „Transportbeutel“ verrechnet und bezahlt worden, obwohl diese im Leistungsverzeichnis der Basisrahmenvereinbarung nicht vorgekommen und daher auch nicht angeboten worden seien. Dadurch sei der Gesamtpreis im Vergleich zum Direktabruf zu den Preisen des ursprünglichen Angebots der BIEGE XY um € 332.287,30 höher gewesen. Diese Vorgangsweise der Auftraggeberin habe Punkt 5.2.2 KAB-RV und § 155 Abs. 5 BVergG 2018 widersprochen. Sie sei insofern ausschreibungs-, gesetz- und daher rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit sei iSd § 356 Abs. 1 BVergG 2018 für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss.

Rz 96 KAB-RV könne nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht dahin ausgelegt werden, dass nach Abschluss der Basisrahmenvereinbarung Verhandlungen über den Preis geführt werden könnten. Dies widerspräche auch § 155 Abs. 5 BVergG 2018. Der Einwand der Auftraggeberin, die Bestimmungen der Rz 96 KAB-RV sehen vor, dass Details im Hinblick auf die Abholung der Testkits und damit logischerweise auch die Preise zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber vereinbart werden sollen, gehe daher ins Leere. Es könne wegen des Widerspruchs zu Punkt 5.2.2 KAB-RV und § 155 Abs. 5 BVergG 2018 darin auch keine unwesentliche Änderung gesehen werden. Da der Auftrag über die



Transportbeutel Teil des Auftrags sei und daher nicht gesondert vergeben werden dürfe, handle es sich dabei um keine „direktvergabefähige Leistung“.

Die mitbeteiligte Partei habe offenkundig ein Interesse iSd § 353 Abs. 1 BVergG 2018 am Abschluss des gegenständlichen Vertrages gehabt. Durch die behauptete Rechtswidrigkeit sei ihr auch ein Schaden entstanden oder es drohe ihr ein Schaden, weil vorliegend bei rechtmäßiger Vorgangsweise gemäß Punkt 5.2.3 KAB-RV und § 155 Abs. 5 BVergG 2018 ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb hätte stattfinden müssen. Bei diesem Wettbewerb hätte die mitbeteiligte Partei ein neues Angebot abgeben können. In der Folge hätte die mitbeteiligte Partei eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt, weil die Auftraggeberin ihre Eignung dafür nicht in Frage gestellt habe.

Aufgrund des vollständigen Verbrauchs des aus dem Kaskadenabruf bestellten Testvolumens könne die erbrachte Leistung nicht mehr zurückgestellt werden. Deshalb sei gemäß § 356 Abs. 4 BVergG 2018 von der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages abzusehen gewesen. In einem solchen Fall sei gemäß § 356 Abs. 9 BVergG 2018 eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße zu verhängen. Ausgehend von der Schwere des Verstoßes, der Vorgangsweise der Auftraggeberin und unter sinngemäßer Heranziehung der Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) sei die Geldbuße mit € 350.000,-- festzusetzen gewesen.

Da die mitbeteiligte Partei mit Spruchpunkt 1) A) I. obsiegt habe, habe sie gegenüber der Auftraggeberin Anspruch auf Gebührenersatz gemäß § 341 BVergG 2018 in der Höhe von € 10.368,--. Die für den Feststellungsantrag gemäß § 340 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 festgesetzten und entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 12.960,-- seien um die Gebühr wegen des „Folgeantrags“ gemäß § 340 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 auf € 10.368,-- zu reduzieren gewesen.



- 10 Die Zulässigkeitsaussprüche begründete das Verwaltungsgericht zusammengefasst mit dem Nichtvorliegen einer Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG.
- 11 Gegen die Spruchpunkte 1) A) des angefochtenen Erkenntnisses sowie Spruchpunkt 2) A) des angefochtenen Beschlusses richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision der Auftraggeberin und der vergebenden Stelle.
- 12 Nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof beantragte die mitbeteiligte Partei in der von ihr erstatteten Revisionsbeantwortung die Zurück- in eventu Abweisung der Revision sowie Aufwandersatz. Ebenso erstattete die BIEGE XY eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag auf Aufwandersatz.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

- 13 Die Revision ist zu der im Zulässigkeitsvorbringen dargelegten Rechtsfrage eines Abweichens des angefochtenen Erkenntnisses von näher dargelegter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur mangelnden Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei aufgrund ihres fehlenden Interesses am Vertragsabschluss über den Leistungsteil „Screeningmaßnahmen“ für die Bundesländer Vorarlberg, Tirol, Salzburg, Kärnten, Steiermark und Burgenland infolge unterlassener Angebotslegung für die Bundesländer Vorarlberg, Tirol und Salzburg zulässig; sie ist auch berechtigt.
- 14 Gemäß § 353 Abs. 1 Z 1 und 4 BVergG 2018 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, unter anderem die Feststellung beantragen, dass der Zuschlag wegen Verstoßes gegen dieses Bundesgesetzes, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder der Zuschlag bei der



Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung etwa wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 5 bis 9 BVergG 2018 rechtswidrig war.

- 15 § 353 Abs. 1 BVergG 2018 verlangt somit für die Antragslegitimation im Feststellungsverfahren, dass der Antragsteller ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 unterliegenden Vertrages hatte und ihm durch das Vorgehen des Auftraggebers ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.
- 16 In Bezug auf das Erfordernis des Interesses der mitbeteiligten Partei am Vertragsabschluss brachten die revisionswerbenden Parteien zusammengefasst vor, die mitbeteiligte Partei habe für den Leistungsteil „Screeningmaßnahmen“ betreffend die Bundesländer Salzburg, Tirol und Vorarlberg kein Angebot gelegt, weshalb es bereits deshalb der mitbeteiligten Partei am Interesse am Vertragsabschluss und somit an Ihrer Antragslegitimation mangle.
- 17 Die beiden Tatbestandselemente „Interesse am Vertragsabschluss“ und „entstandener oder drohender Schaden“ sind kumulativ zu erfüllen; bei deren Fehlen ist der Antrag zurückzuweisen (vgl. zum betreffend die beiden Tatbestandselemente im Wesentlichen gleichlautenden § 20 Abs. 1 WVRG 2014 VwGH 19.5.2020, Ra 2018/04/0164, Rn. 13, mwN).
- 18 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei einem (erst nach Zuschlagserteilung) möglichen Antrag auf Feststellung einer Vergaberechtswidrigkeit darauf an, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (an einen anderen Bieter) ein Interesse am Vertragsabschluss hatte und ihm durch die Nichterteilung des Zuschlags ein Schaden entstanden ist oder droht (vgl. VwGH 21.10.2022, Ra 2019/04/0046, Rn. 18, mwN), und nicht auf ein Interesse des Antragstellers am - auf Grund der bereits erfolgten Zuschlagserteilung gar nicht mehr möglichen - künftigen Vertragsabschluss (vgl. VwGH 8.9.2021, Ra 2019/04/0079, Rn. 25, mwN). Das Interesse am Vertragsabschluss ist in plausibler Weise zu dokumentieren (vgl. VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060, Rn. 24, mwN).
- 19 Ein Interesse am Vertragsabschluss und damit die Antragslegitimation kommt einem Unternehmer, der die Legung eines Angebots unterlassen hat, nur in



ganz besonderen Ausnahmefällen zu (vgl. VwGH 30.4.2008, 2007/04/0060, Punkt 6., zu der betreffend die Antragsvoraussetzungen im Nachprüfungsverfahren inhaltlich vergleichbaren Bestimmung des § 13 Abs. 1 erster Satz WVRG, LGBI. Nr. 25/2003, mit Hinweis auf EuGH 12.2.2004, C-230/02, *Grossmann Air Service*; sowie in diesem Sinn jüngst etwa EuGH 9.2.2023, C-53/22, VZ [*Endgültig ausgeschlossener Bieter*], Rn. 31, mwN).

- 20 Dem Feststellungsantrag der mitbeteiligten Partei liegt die Zuschlagserteilung an die BIEGE XY im Wege eines Direktabrufs unmittelbar aufgrund der Rahmenvereinbarung betreffend den Leistungsteil „Screeningmaßnahmen“ für die Schulen der Bundesländer Burgenland, Kärnten, Salzburg, Steiermark, Tirol und Vorarlberg zugrunde. Die vergebende Stelle schloss zwar sowohl mit der BIEGE XY als auch mit der mitbeteiligten Partei eine Rahmenvereinbarung über die Durchführung von molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2. Im Gegensatz zur BIEGE XY legte die mitbeteiligte Partei jedoch nicht für alle von der Zuschlagserteilung umfassten sechs Bundesländer jeweils ein Angebot.
- 21 Mangels je eines Angebots der mitbeteiligten Partei für alle von der Zuschlagserteilung umfassten Bundesländer vermag die mitbeteiligte Partei nach der oben dargelegten Rechtsprechung kein Interesse an der Zuschlagserteilung in plausibler Weise darzulegen.
- 22 Schließlich blieben auch die KAB-RV, die der von der vergebenden Stelle unter anderem mit der mitbeteiligten Partei abgeschlossenen Rahmenvereinbarung zugrunde lagen, seitens der mitbeteiligten Partei zuvor unangefochten. Ebenso wenig behauptete die mitbeteiligte Partei, dass der Zuschlag im Wege des Direktabrufs nur jeweils für ein einzelnes Bundesland zu erteilen gewesen wäre, also zu Unrecht in einem für sechs Bundesländer erteilt worden sei. Die mitbeteiligte Partei legte daher auch keinen Ausnahmefall dar, auf Grund dessen trotz unterlassener Anbotslegung in drei vom Direktabruf umfassten Bundesländern von einem Interesse der mitbeteiligten Partei am Vertragsabschluss im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auszugehen sei.



- 23 Indem das Verwaltungsgericht demgegenüber das Tatbestandselement des Interesses am Vertragsabschluss und in weiterer Folge die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei bejahte, belastete es das angefochten Erkenntnis in den Spruchpunkten 1) A) I. und II. mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit. Es war daher in diesem Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.
- 24 Bei dem Antrag der revisionswerbenden Parteien gemäß § 353 Abs. 1 BVergG 2018 auf Feststellung, dass die mitbeteiligte Partei auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, den das Verwaltungsgericht in Spruchpunkt 1) A) III. abwies, handelt es sich um eine Art von Eventualantrag, der vorliegend die von der mitbeteiligten Partei beantragten und vom Verwaltungsgericht in den beiden Spruchpunkten 1) A) I. und II. getroffenen Feststellungen (nach § 353 Abs. 1 Z 1 und 4 BVergG 2018) voraussetzt (vgl. zu § 39 Abs. 4 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014, LGBL. Nr. 37/2013, VwGH 29.1.2018, Ra 2016/04/0086, 0087, Rn. 41, mwN). Mit der Aufhebung der Spruchpunkte 1) A) I. und II. fehlt somit auch dem Ausspruch über den Eventualantrag in Spruchpunkt 1) A) III. die rechtliche Grundlage.
- 25 Dies gilt ebenso für die vom Verwaltungsgericht gemäß § 356 Abs. 9 BVergG 2018 in Spruchpunkt 1) A) IV. verhängte Geldbuße.
- 26 Das angefochtene Erkenntnis war daher zur Gänze aufzuheben.
- 27 Der Verwaltungsgerichtshof hat festgehalten, dass in einem Fall, in dem ein Abspruch über einen Antrag auf Pauschalgebührenersatz mit der Entscheidung über den zugrunde liegenden vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag in einem untrennbaren Zusammenhang steht, mit der Aufhebung der letztgenannten Entscheidung auch der Entscheidung über den Pauschalgebührenersatz die rechtliche Grundlage entzogen und diese Entscheidung somit aufzuheben ist (vgl. etwa VwGH 5.12.2024, Ra 2022/04/0121, Rn. 39, mwN).
- 28 Der angefochtene Beschluss war daher mangels rechtlicher Grundlage aufzuheben.



- 29 Eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG unterbleiben.
- 30 Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Gemäß § 47 Abs. 5 VwGG ist der dem Revisionswerber (hier: die zweitrevisionswerbende Partei) zu leistende Aufwandersatz von jenem Rechtsträger zu tragen, in dessen Namen die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verwaltungsverfahren gehandelt hat. Bei der vergaberechtlichen Nachprüfung (Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens nach Art. 130 Abs. 2 Z 2 B-VG) liegt ein derartiges Handeln einer Behörde nicht vor. Da dem Gesetzgeber des VwGG nicht unterstellt werden kann, er wollte für diese Fälle von einem Aufwandersatz nach den §§ 47 ff leg. cit. absehen, ist diese Lücke dahingehend zu schließen, dass der Kostenersatz von jenem Rechtsträger zu tragen ist, in dessen Namen das Verwaltungsgericht in der Beschwerdesache gehandelt hat. Danach ist entscheidend, ob das Verwaltungsgericht im Rahmen der vergaberechtlichen Nachprüfung in einer Angelegenheit tätig wurde, die nach den Zuständigkeitsregeln des B-VG (hier des Art. 14b B-VG) in den Vollzugsbereich des Bundes oder der Länder fällt (vgl. etwa VwGH 5.6.2025, Ra 2022/04/0063, Rn. 37, mwN). Vorliegend ist dies der Bund.
- 31 Da ein Kostenersatz im Fall der Identität des Rechtsträgers, dem der Kostenersatz aufzuerlegen wäre, mit jenem Rechtsträger, dem er zuzusprechen wäre, nicht in Betracht kommt, war der Antrag der erstrevisionswerbenden Partei auf Aufwandersatz abzuweisen (vgl. etwa VwGH 17.6.2014, 2013/04/0029, sowie 5.6.2025, Ra 2022/04/0063, Rn. 38, jeweils mwN).

W i e n , am 1. August 2025

