



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revisionen der C KG, vertreten durch die Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichtes jeweils vom 28. März 2024, Zlen. 1. W187 2284776-2/3E und 2. W187 2284776-1/46E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Ö GmbH, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH in Wien; 2. S GmbH, vertreten durch die DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien), den **Beschluss** gefasst:

Die Revisionen werden zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 **1.** Mit Schriftsatz vom 19. Jänner 2024 beantragte die Revisionswerberin (soweit vorliegend relevant), das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) möge feststellen, dass die Durchführung eines näher bezeichneten Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die erstmitbeteiligte Partei (Auftraggeberin) rechtswidrig war. Weiters wurde die Nichtigkeitserklärung bzw. Aufhebung des zwischen der Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin (zweitmitbeteiligte Partei) geschlossenen Vertrages begehrt sowie der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren beantragt.
- 2 **2.1.** Mit Beschluss vom 28. März 2024, W187 2284776-1/46E, wurde der Antrag der Revisionswerberin auf Feststellung, dass die Durchführung dieses Vergabeverfahrens zur Vergabe von (näher bezeichneten) Cloudleistungen und damit in Zusammenhang stehenden Dienstleistungen ohne vorherige Bekanntmachung durch die Auftraggeberin wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, zurückgewiesen (Spruchpunkt A)1.). Der Antrag, den nach Durchführung des rechtswidrigen Vergabeverfahrens geschlossenen Vertrag der Auftraggeberin mit der Zuschlagsempfängerin für nichtig zu erklären bzw. aufzuheben, wurde





ebenfalls zurückgewiesen (Spruchpunkt A)2.). Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig.

- 3 Nach Darstellung des Verfahrensganges, des Vorbringens der Parteien sowie der relevanten Inhalte der durchgeführten mündlichen Verhandlung stellte das BVwG - soweit wesentlich - Folgendes fest: Die Auftraggeberin habe den gegenständlichen Lieferauftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung an die Zuschlagsempfängerin vergeben und diese Auftragsvergabe bekannt gemacht. Leistungsgegenstand sei die Migration der derzeit laufenden Anwendungen (mit denen die Lohn- und Personalverwaltung für mehrere zehntausende aktive und im Ruhestand befindliche Beschäftigte erfolge) vom eigenen Rechenzentrum der Auftraggeberin in eine (von der Zuschlagsempfängerin betriebene) Cloud. Die Zuschlagsempfängerin stelle zudem die Software zur Verfügung und leiste Support. Der Wert aller vergebenen Aufträge betrage knapp € 49.000.000,-. Die Auftraggeberin habe im Vorfeld der Auftragsvergabe durch einen externen Dritten verschiedene Szenarien für den Weiterbetrieb der IT (darunter die Auslagerung in eine Cloud und die Erweiterung des eigenen Rechenzentrums) untersuchen lassen. Für die Erweiterung des eigenen Rechenzentrums wären erhebliche Investitionen erforderlich gewesen. Weiters habe die Auftraggeberin mit drei marktführenden großen Unternehmen, die Cloud-Lösungen anbieten würden, Gespräche über eine Auslagerung der IT-Leistungen in eine Cloud geführt. Diese Gespräche hätten ergeben, dass außer der Zuschlagsempfängerin kein anderes Unternehmen die gegenständlichen Leistungen hätte erbringen können. Die Auftraggeberin habe zudem ein Dokument zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung erstellt, in dem auf die Ausnahmetatbestände „Ausschließlichkeitsrecht“ sowie „technische Gründe“ des BVergG 2018 eingegangen worden sei. Die Revisionswerberin sei eine Personenhandelsgesellschaft mit drei Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von etwa € 650.000,-, die auf Netzwerktechnik spezialisiert sei und in diesem Bereich Erfahrung gesammelt habe.
- 4 In seiner rechtlichen Beurteilung hielt das BVwG zunächst fest, dass die Revisionswerberin (im Hinblick auf das Missverhältnis zwischen ihrer Größe



und Mitarbeiterzahl sowie der Größe und Mitarbeiterzahl der Auftraggeberin) die gegenständliche Leistung unmöglich alleine erbringen könne. Für die Cloud-Leistungen und Nebenleistungen wie den Support fehlten ihr die Kapazitäten und teilweise das Know-How. Die Revisionswerberin habe vorgebracht, entweder in einer Bietergemeinschaft oder mit Subunternehmern anbieten zu wollen, ohne jedoch andere Unternehmen zu nennen.

Unter Verweis auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes führte das BVwG aus, für die Beurteilung der Antragslegitimation sei eine Plausibilitätsprüfung unter Heranziehung aller maßgeblichen Umstände in der Person des Antragstellers, der Eigenart des Leistungsgegenstandes und der vom Auftraggeber gestellten Anforderungen vorzunehmen. Zwar müsse der Antragsteller keine konkreten Nachweise erbringen, allerdings sei eine bestimmte Glaubhaftmachung einzufordern. Die Portierung eines großen Teils der IT-Umgebung der Auftraggeberin in eine Cloud, die Bereitstellung der Cloud-Infrastruktur, der Betrieb der Cloud samt den weiteren (verlangten) Leistungen würden die Kapazitäten der Antragstellerin bei weitem übersteigen. Zudem habe das Verfahren ergeben, dass außer der Zuschlagsempfängerin kein anderes Unternehmen die verlangten Leistungen erbringen könne. Die Revisionswerberin sei auch zu klein, um im Rahmen einer Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen (sei es im Rahmen einer Bietergemeinschaft oder im Wege des Heranziehens von Subunternehmern) eine nennenswerte Rolle zu spielen. Sie habe dazu auch kein konkretes Vorbringen erstattet, sondern nur pauschal die Möglichkeit der Beteiligung am Vergabeverfahren im Wege der Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen behauptet. Die Revisionswerberin habe somit kein echtes Interesse am Auftrag nachzuweisen vermocht. Da sie für eine Zuschlagserteilung keinesfalls in Betracht gekommen wäre, könne ihr auch kein Schaden entstehen. Der Feststellungsantrag sei daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen gewesen.

Ein Antrag auf Nichtigerklärung bzw. Aufhebung des Vertrages sei schon dem Grunde nach unzulässig und daher zurückzuweisen.

5

2.2. Mit Beschluss (ebenfalls) vom 28. März 2024, W187 2284776-2/3E, wies das BVwG den Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren ab. Die



Revision wurde für nicht zulässig erklärt. In seiner Begründung verwies das BVwG auf die Zurückweisung des (zugrundeliegenden) Feststellungsantrags. Ein Ersatz der Pauschalgebühr finde daher gemäß § 341 Abs. 1 BVergG 2018 nicht statt.

- 6 **3.** Gegen diese Beschlüsse richten sich die vorliegenden außerordentlichen Revisionen (betreffend die Zurückweisung der Anträge auf Feststellung sowie Nichtigerklärung protokolliert zu Ra 2024/04/0335 und betreffend die Abweisung des Antrags auf Pauschalgebührenersatz protokolliert zu Ra 2024/04/0334).
- 7 **4.** Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG).
- 8 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 9 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 10 **5.1.** Zu der unter Ra 2024/04/0335 protokollierten Revision ist zunächst Folgendes vorzuschicken: Die Revisionswerberin bekämpft den insoweit zugrundeliegenden Zurückweisungsbeschluss dem Wortlaut nach zwar zur Gänze. Allerdings bezieht sich das (im Folgenden dargestellte) Zulässigkeitsvorbringen nicht auf die mit (dem trennbaren) Spruchpunkt A)2. erfolgte Zurückweisung des Antrags auf Nichtigerklärung bzw. Aufhebung des Vertrages. Ausgehend davon ist die Revision insoweit jedenfalls



zurückzuweisen (vgl. etwa VwGH 22.11.2017, Ra 2016/17/0302-0303, Rn. 14 f, mwN).

- 11 Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit ihrer Revision vor, das BVwG sei von näher zitierter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, weil bei der Plausibilitätsprüfung für die Antragslegitimation die konkrete Darlegung der technischen Leistungsfähigkeit (durch die Revisionswerberin) verlangt worden sei. Zudem sei das BVwG zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Revisionswerberin bei der Leistungserbringung (auch im Fall der Kooperation mit anderen Unternehmen) eine „nennenswerte Rolle“ spielen müsse. Die Antragslegitimation könne sich vielmehr auch aus dem - nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) zustehenden - Recht ergeben, sich bei der Auftrags Erfüllung auf die Kapazitäten anderer Unternehmer zu stützen.
- 12 Entgegen der Ansicht des BVwG sei die Nennung konkreter Unternehmen (als Kooperationspartner) oder der Nachweis konkreter Vereinbarungen (mit diesen) für die Plausibilisierung der Antragslegitimation nicht erforderlich. Der Verwaltungsgerichtshof habe zwar eine gewisse Substantiierung im Hinblick auf die Nennung dritter Unternehmen gefordert, dies allerdings (nur) in Fällen, in denen es dem Antragsteller an der erforderlichen Befugnis gefehlt habe. Im vorliegenden Fall verfüge die Revisionswerberin aber über die geforderte Gewerbeberechtigung. Bei der (vom BVwG hinsichtlich der Revisionswerberin in Abrede gestellten) technischen Leistungsfähigkeit sei eine Nennung von konkreten Unternehmen aber nicht geboten.
- 13 **5.2.** Diesem Vorbringen ist Folgendes entgegenzuhalten: Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist, wobei ins Einzelne gehende (genaueste) Darlegungen nicht geboten sind. Die Anforderungen an die Plausibilisierung richten sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalles (vgl. etwa VwGH 18.6.2025, Ra 2022/04/0032, Rn. 18, mwN).





- 14 Der Verwaltungsgerichtshof hat zudem bereits wiederholt festgehalten, dass für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht der Nachweis erforderlich ist, dass der Antragsteller zu dem - in diesen Fällen in der Vergangenheit liegenden - Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt hat. Es ist keine Eignungsprüfung rückwirkend für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durchzuführen, sondern eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können. Somit besteht in derartigen Konstellationen für den Antragsteller zwar keine generelle Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Nachweise, es kann aber auch keine generelle Unzulässigkeit des Einforderns einer bestimmten Glaubhaftmachung postuliert werden (vgl. zu allem VwGH 13.11.2025, Ra 2022/04/0092, Rn. 18, mwN).
- 15 Mit Blick auf die - für die Beurteilung der Antragslegitimation im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung als bedeutsam anerkannte - Eigenart des Leistungsgegenstandes hat es der Verwaltungsgerichtshof mehrfach unbeanstandet gelassen, dass das Verwaltungsgericht eine von der Antragstellerin als bloße Möglichkeit ins Treffen geführte, aber nicht plausibel gemachte Kooperation mit einem Dritten als nicht hinreichend für die Darlegung der Antragslegitimation angesehen hat (vgl. etwa - dort zur Adaptierung einer [urheberrechtlich geschützten] Computersoftware sowie damit in Zusammenhang stehenden Schulungs- und Supportleistungen - VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010; weiters VwGH 21.10.2022, Ra 2019/04/0046, betreffend die einer ministeriellen Genehmigung unterliegende Herstellung von Kennzeichentafeln). Der Verwaltungsgerichtshof hat es dabei als bedeutsam angesehen, dass der Leistungsgegenstand nicht in einem bloßen (kurzfristig möglichen) Zukauf von am Markt frei erhältlichen Leistungen bestand. Auch ein nicht näher substantiiertes Zulässigkeitsvorbringen, demzufolge die Antragstellerin auf geeignete Dritte hätte zugreifen können, wurde als nicht hinreichend angesehen, um die nach einer Plausibilitätsprüfung erfolgte Verneinung der



Antragslegitimation durch das Verwaltungsgericht erfolgreich zu bekämpfen (vgl. - dort im Zusammenhang mit der Versorgung von ca. 30.000 Kindern mit Mittagessen an Schulen - VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014).

- 16 **5.3.** Im vorliegenden Fall hat das BVwG bei der für die Beurteilung der Antragslegitimation der Revisionswerberin vorgenommenen Plausibilitätsprüfung auf die Eigenart des Leistungsgegenstandes (Portierung von Softwareanwendungen zur Durchführung der Lohn- und Personalverwaltung für mehrere zehntausende Beschäftigte auf eine dafür zur Verfügung gestellte Cloud samt Supportleistungen) und den Wert der vergebenen Aufträge (knapp € 49.000.000,-) abgestellt sowie darauf verwiesen, dass außer der Zuschlagsempfängerin kein anderes Unternehmen die gegenständlichen Leistungen hätte erbringen können. Weiters hat das BVwG die Eigenschaften der Revisionswerberin (eine Personenhandelsgesellschaft mit drei Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von etwa € 650.000,-) berücksichtigt. Die dabei zugrunde gelegten Feststellungen sind von der Revisionswerberin nicht in Abrede gestellt worden. Dass das BVwG ausgehend davon eine Möglichkeit der Leistungserbringung durch die Revisionswerberin und damit einen potentiellen Schadenseintritt als nicht glaubhaft gemacht erachtet hat, kann nicht als unvertretbar angesehen werden, zumal die von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Kooperation mit anderen Unternehmen in keiner Weise substantiiert worden ist.
- 17 Daran vermag der in der Revision ins Treffen geführte Umstand, dass der vom BVwG herangezogenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jeweils Fälle mit fehlender Befugnis des Antragstellers zugrunde lagen, während es im vorliegenden Fall um die fehlende Leistungsfähigkeit der Revisionswerberin geht, nichts zu ändern. Da der Verwaltungsgerichtshof zu den bei der Plausibilitätsprüfung zu berücksichtigenden Umständen auf die Eigenart des Leistungsgegenstandes bzw. auf die Person des Antragstellers (und jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalles) verweist, können die - einer Glaubhaftmachung entgegenstehenden - Umstände auch in den technischen Anforderungen an die Leistung bzw. in allfälligen Defiziten des Antragstellers im Bereich seiner technischen Leistungsfähigkeit liegen.



- 18 Soweit die Revisionswerberin schließlich noch auf die Rechtsprechung des EuGH verweist, der zufolge sich ein Wirtschaftsteilnehmer auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmers ungeachtet des rechtlichen Charakters der mit diesem bestehenden Verbindung stützen könne (Verweis auf EuGH 7.4.2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, und EuGH 14.1.2016, C-234/14, *Ostas celtnieks*), ist dem entgegenzuhalten, dass es vorliegend nicht um die Frage eines bestimmten rechtlichen Charakters der Verbindung zwischen der Revisionswerberin und einem Dritten geht, sondern darum, ob das Verwaltungsgericht ausgehend vom vorliegenden Leistungsgegenstand eine von der Revisionswerberin als bloße Möglichkeit ins Treffen geführte, aber nicht plausibel gemachte Kooperation mit einem anderen Unternehmen als hinreichend für die Darlegung der Antragslegitimation ansehen musste (vgl. dazu erneut VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010, Rn. 18).
- 19 Die Revision zeigt daher in ihrem Zulässigkeitsvorbringen nicht auf, dass das BVwG die Plausibilität eines drohenden Schadens und damit der Antragslegitimation der Revisionswerberin aufgrund einer krassen Fehlbeurteilung verneint hat. Ein Abweichen von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Plausibilitätsprüfung bei der Beurteilung der Antragslegitimation wird mit dem Zulässigkeitsvorbringen somit nicht dargetan.
- 20 **6.1.** Zur Zulässigkeit der Revision gegen den Pauschalgebührenbeschluss verweist die Revisionswerberin auf den untrennbaren Zusammenhang zwischen der inhaltlichen Entscheidung und der Entscheidung über den Pauschalgebührenersatz, aufgrund dessen sich die Revision gegen letzteren als zulässig erweise, wenn ersterer aufgehoben werde. Zudem wird vorgebracht, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine gesondert erhobene Revision gegen einen Pauschalgebührenbeschluss zulässig sei.
- 21 **6.2.** Zum erstgenannten Vorbringen genügt der Hinweis, dass der Verwaltungsgerichtshof den Beschluss betreffend die Zurückweisung des Feststellungsantrags mit der vorliegenden Entscheidung nicht aufgehoben hat. Zum zweitgenannten Vorbringen ist lediglich anzumerken, dass es Aufgabe des



Revisionswerbers ist, eine grundsätzliche Rechtsfrage im Zusammenhang mit einem Pauschalgebührenbeschluss aufzuzeigen (vgl. zu einzelnen vom Verwaltungsgerichtshof als grundsätzlich anerkannten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Pauschalgebührenbeschlüssen etwa VwGH 9.5.2023, Ra 2021/04/0126; VwGH 28.3.2023, Ro 2021/04/0036).

22 **7.** In den beiden Revisionen werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

23 Die Revisionen waren daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

W i e n , am 23. März 2026

