

Zeitschrift für

VERGABERECHT UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber **Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik**
Redaktion und Schriftleitung **Johannes Schramm, Josef Aicher**

Dezember 2022

12

425 – 476

Vergaberecht

Notizen zum „Fortsetzungsantrag“ im BVergG 2018 und BVergGKonz 2018

Georg Rihs ➔ 430

VwGH – Feststellungsantrag betreffend den Abschluss einer
Rahmenvereinbarung *Clemens Mayr* ➔ 444

EuGH – Verzerrung des Wettbewerbs nicht auf bestimmte
Vereinbarungen beschränkt *Philipp J. Marboe* ➔ 452

Bauvertragsrecht

Personenbezogene Vergabekriterien und ihre Auswirkungen auf
den Bauarbeits- und Bietermarkt

Jacqueline Raab und Leopold Winkler ➔ 461

OGH – Vertragsauslegung nach öffentlichen Ausschreibungen:
Irrelevanz der Abwicklungspraxis in Voraufträgen

Philipp Springer ➔ 470

Notizen zum „Fortsetzungsantrag“ im BVerG 2018 und BVerGKonz 2018

Zur Fortsetzung eines Nachprüfungsverfahrens nach Aufhebung der verfahrensbeendenden Entscheidung durch ein Höchstgericht

ZVB 2022/96

§ 353 Abs 4
BVerG 2018;
§ 97 Abs 4
BVerG-
Konz 2018

EuGH 14. 7. 2022,
C-174/21 und
C-275/21,
EPIC Financial
Consulting;
VwGH
22. 11. 2011,
2011/04/0143

Rechtsschutz
Vergaberecht;

Nachprüfungs-
verfahren;

Feststellungs-
verfahren;

fortgesetztes
Verfahren nach
Aufhebung durch
den VwGH;
Äquivalenz-
grundsatz

Anders als im regulären öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzregime werden Nachprüfungsverfahren nach Aufhebung einer Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde (bzw eines Verwaltungsgerichts) durch den VwGH vor der Nachprüfungsbehörde nicht amtswegig fortgesetzt und entsprechend der Rechtsanschauung des Höchstgerichts beendet. Stattdessen bedarf es eines ausdrücklichen Fortsetzungsantrags durch den Antragsteller, um die Rechtsansicht des Höchstgerichts umzusetzen. Ohne einen fristgerechten Fortsetzungsantrag bliebe ein aufhebendes Erkenntnis des VfGH und/oder VwGH nach der geltenden Rechtslage im BVerG 2018 bzw im BVerGKonz 2018 allerdings ohne Folgen für das ursprüngliche Nachprüfungsverfahren (und allfällige weitere Festlegungen und Entscheidungen des Auftraggebers) und ohne Nutzen für den Rechtsschutzwerber. Diese Rechtslage steht im Widerspruch zum unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatz.

Von Georg Rihs

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangssachverhalt
- B. Antragsgebundenheit der Fortsetzung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren
- C. Frist zur Einbringung eines Fortsetzungsantrags
 1. Fristbeginn
 2. Relative („subjektive“) Frist
 3. Absolute („objektive“) zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit
 4. Fristhemmung durch Verfahren vor dem VfGH/VwGH
 5. Würdigung
- D. Antragsgegenstand im fortgesetzten Verfahren
 1. Einschränkung auf gesetzlich abschließend geregelte Tatbestände
 2. Rechtsschutzdefizit am Beispiel der nachträglich festgestellten Vergaberechts-widrigkeit einer Ausschreibung
- E. Weitere Relevanz der Feststellung der Rechts-widrigkeit einer Zuschlagsentscheidung aufgrund einer rechtswidrigen Ausschreibung

A. Ausgangssachverhalt

Zur Veranschaulichung der praktischen Relevanz des Fortsetzungsantrags sei eingangs eine Verfahrenskons-tellation vorgestellt, mit der ein Antragsteller nach einem Nachprüfungsverfahren konfrontiert sein kann:

Beispiel

Ein Antragsteller hat einen Nachprüfungsantrag gegen eine Ausschreibung eingebracht. Das zuständi-

ge Verwaltungsgericht hat den Nachprüfungsantrag abgewiesen. Der Antragsteller hat in weiterer Folge Revision an den VwGH erhoben. Nach Einbringung der Revision hat der AG entsprechend der – angefochtenen, jedoch vom Verwaltungsgericht bestätigten – Ausschreibung

→ das Angebot des Antragstellers im Nachprüfungsverfahren ausgeschieden und
→ einem anderen Bieter den Zuschlag erteilt.

Das Verfahren vor dem VwGH über das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts betreffend die Ausschreibung ist zum Zeitpunkt der Entscheidungen des AG (Ausscheidensentscheidung, Zuschlagsentscheidung) noch nicht abgeschlossen.

Nach der geltenden Rechtslage ist im Fall der Aufhebung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts durch den VwGH das Nachprüfungsverfahren einzustellen, sofern der Antragsteller nicht rechtzeitig einen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens als Feststellungsverfahren eingebracht hat. Für den Antragsteller im Nachprüfungsverfahren und Revisionswerber stellt sich nun die Frage, wie er sein Interesse an einem effektiven Rechtsschutz wahrt und sicherstellt, dass das Verwaltungsgericht im Fall eines der Revision stattgebenden Erkenntnisses eine der Rechtsanschauung des VwGH Rechnung tragende Entscheidung trifft, die in weiterer Folge auch Schadenersatzansprüche des Antragstellers stützen kann.

Ähnliche Rechtsfragen ergeben sich anlässlich von Nachprüfungsanträgen gegen andere anfechtbare

Entscheidungen des AG (wie etwa Ausscheidensentscheidungen, Zuschlagsentscheidungen). Das hier geschilderte Beispiel ist jedoch insofern besonders illustrativ, als die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Ausschreibung für den Ausgang des gesamten nachfolgenden Vergabeverfahrens ausschlaggebend ist. So wäre etwa im Fall der Rechtswidrigkeit von zwingenden Zuschlagskriterien ein gänzlich anderer, weiterer Bieterkreis angesprochen, sodass die Bedeutung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Nachprüfungsverfahren – und des VwGH im Revisionsverfahren gegen diese Entscheidung – weitaus weitreichendere Folgen hat und einen weitaus größeren Personenkreis betreffen kann als etwa im Fall einer Entscheidung über eine rechtswidrige, individuelle Entscheidung des AG (zB Ausscheidens- oder Zuschlagsentscheidung), die sich potentiell lediglich auf die bereits im Vergabeverfahren befindlichen Bieter, nicht auf den potentiellen Bieterkreis auswirken können.

B. Antragsgebundenheit der Fortsetzung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren

Rechtsschutzziel einer Bescheidbeschwerde ist regelmäßig eine Sachentscheidung des Verwaltungsgerichts in einer Verwaltungssache. Gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte ist eine Beschwerde an den VfGH und/oder Revision an den VwGH zulässig. Der VfGH bzw VwGH entscheidet (im Regelfall)¹⁾ kassatorisch. Im Fall einer kassatorischen Entscheidung eines der beiden Höchstgerichte des öffentlichen Rechts hat das Verwaltungsgericht, dessen Entscheidung durch das Höchstgericht behoben wurde, nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen das (Beschwerde-)Verfahren fortzusetzen und einen der Rechtsanschauung des Höchstgerichts entsprechenden Rechtszustand herzustellen.²⁾ Eines gesonderten, zusätzlichen Antrags auf Herstellung dieses Rechtszustands bedarf es nicht. Das Verwaltungsgericht hat das (Beschwerde-)Verfahren amtswegig fortzusetzen und innerhalb der Entscheidungsfrist einer Erledigung zuzuführen. Es ist an die Begründung des Höchstgerichts gebunden.³⁾

Das vergaberechtliche Rechtsschutzregime unterscheidet nach dem Zeitpunkt des Rechtsbehelfs und – damit einhergehend – dem Rechtsschutzziel eines Antrags an das zuständige Verwaltungsgericht:

→ Bieter im Vergabeverfahren haben die Möglichkeit, innerhalb bestimmter, knapper Fristen gesondert anfechtbare Entscheidungen des öffentlichen AG mittels eines **Nachprüfungsantrags** zu bekämpfen. Im Fall der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eines Nachprüfungsantrags wird auf diesem Weg eine *Ex-ante*-Überprüfung und allenfalls Beseitigung rechtswidriger Entscheidungen des öffentlichen AG ermöglicht. Begleitend zu einem Nachprüfungsantrag kann ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht werden, um ein Unterlaufen des Rechtsschutzziels durch zwischenzeitliche Verfügungen des AG zu unterbinden. Ein Bieter hat so die Möglichkeit, in einem laufen-

den Vergabeverfahren konstruktiv auf die Herstellung eines rechtskonformen Zustands hinzuwirken, der durch eine rechtswidrige Entscheidung des öffentlichen AG geschaffen wurde.

→ Nach Verstreichen der Frist für die Einbringung eines Nachprüfungsauftrags haben Bieter – oder andere Betroffene, die ein rechtliches Interesse an einer Feststellung geltend machen können – die Möglichkeit, mittels eines **Feststellungsantrags** einen Verstoß bzw Verstöße gegen das Vergaberecht *ex post* vom Verwaltungsgericht feststellen zu lassen. Die Entscheidung über einen Feststellungsantrag dient primär der Vorbereitung von Schadenersatzansprüchen gegen den öffentlichen AG.

Im Fall verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen über Feststellungsanträge gelten dieselben Grundsätze wie im allgemeinen Verfahrensrecht, wobei der antragstellende Bieter bzw Teilnehmer im Vergabeverfahren auf bestimmte, im BVerGG bzw BVerGGKonz festgelegte Feststellungen beschränkt ist.⁴⁾

Im Fall der Aufhebung einer Entscheidung eines Verwaltungsgerichts über einen Nachprüfungsantrag wird das vorangegangene Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht *ex lege* fortgesetzt und hat das Verwaltungsgericht nicht *ex lege* den der Rechtsanschauung des Höchstgerichts entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Vielmehr ist ein Nachprüfungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht nach Aufhebung einer Entscheidung durch ein Höchstgericht nur in Folge eines Antrags gem § 353 Abs 4 BVerGG 2018 bzw § 97 Abs 4 BVerGGKonz 2018 fortzusetzen.

Stellt ein Bieter/Teilnehmer, der vor einem der beiden Höchstgerichte (VwGH, VfGH) oder gar beiden Recht bekommen hat, keinen solchen Antrag oder bringt er einen solchen Antrag nicht innerhalb der engen und nicht präzise formulierten gesetzlichen Frist (dazu weiter unten C) ein, ist das Nachprüfungsverfahren formlos einzustellen.

C. Frist zur Einbringung eines Fortsetzungsantrags

1. Fristbeginn

Fristauslösendes Ereignis für einen Antrag auf Fortsetzung eines Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren ist der Zeitpunkt der Zuschlagserteilung oder des Widerrufs durch den AG, sohin jener Entscheidung, durch die ein Beschaffungsvorgang durch den AG beendet werden kann. →

1) Eine Ausnahme bildet die durch die Nov BGGI eingeführte kassatorische Entscheidungsbefugnis des VwGH in bestimmten Fällen, in denen die Sache entscheidungsreif ist und eine Sachentscheidung im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt (§ 42 Abs 4 WvGG).

2) § 63 VwGG; § 87 Abs 2 VfGG.

3) Gruber in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² (2017) zu § 63 VwGG, Rz 1; Muzak, B-VG⁶ (2020) zu § 87 VfGG, Rz 2 ff.

4) Siehe § 334 Abs 3 BVerGG 2018 als die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts festsetzende Norm, § 353 Abs 1 BVerGG 2018 als den Bieter/Teilnehmer bindende Norm; analog dazu § 78 Abs 3 BVerGG 2018 und § 97 Abs 1 BVerGGKonz 2018.

Problematisch ist das Anknüpfen an den Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw des Widerrufs in Fällen, in denen der Bieter/Teilnehmer nicht über diese Entscheidungen des AG informiert wurde, bspw weil er aufgrund einer vergaberechtswidrigen Ausschreibung keinen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag oder kein ausschreibungskonformes Angebot abgeben konnte. Eine öffentliche Bekanntgabe ist nur im Fall einer Zuschlagsentscheidung, nicht im Fall eines Widerrufs des Vergabeverfahrens verpflichtend.⁵⁾ Für die Bekanntgabe einer Zuschlagserteilung sieht das BVergG 2018 in einem regulären Vergabeverfahren eine Frist von spätestens 30 Tagen nach Zuschlagserteilung⁶⁾, das BVergGKonz 2018 eine Frist von 30 bzw 48 Tagen nach Zuschlagserteilung⁷⁾ vor; im Bereich besonderer Dienstleistungen⁸⁾ bzw besonderer Dienstleistungskonzessionen genügt sogar die Veröffentlichung der Bekanntgabe 48 Tage ab dem jeweiligen Quartalsende(!), in dem die Zuschlagserteilung erfolgte.⁹⁾ Zwar ist die Unterlassung verpflichtender Bekanntgaben gemäß BVergG 2018 und BVergGKonz 2018 strafbewehrt. Allerdings wird der Lauf der relativen und absoluten Frist durch eine (allenfalls gesetzswidrig verzögerte) Bekanntgabe nicht gehemmt.

Im Ergebnis stellen das BVergG 2018 und das BVergGKonz 2018 auf die Zuschlagserteilung bzw den Widerruf als fristauslösendes Ereignis ab, obwohl diese Vorgänge im Fall der Zuschlagserteilung verzögert bekannt gegeben werden können, im Fall eines Widerrufs überhaupt nicht bekanntgegeben werden müssen. Die Frist ist durch die für den Fall eines Widerrufs teils und im BVergGKonz 2018 überhaupt nicht vorhandenen, im Fall einer Zuschlagserteilung zeitlich verzögerten Bekanntgabepflichten jedenfalls äußerst knapp bemessen bzw kann durch den AG durch geschickte, den rechtlichen Spielraum ausnützende Bekanntgabepaxis weiter verkürzt werden.

2. Relative („subjektive“) Frist

Ein Fortsetzungsantrag muss innerhalb von sechs Wochen ab dem Zeitpunkt eingebracht werden, ab dem ein Antrag vom Zuschlag bzw Widerruf Kenntnis erlangt hat bzw Kenntnis erlangen hätte können. Im Fall der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ist für den Zeitpunkt, zu dem ein Bieter/Teilnehmer von der Zuschlagsentscheidung Kenntnis erlangen hätte können, auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe abzustellen. Im Fall eines Widerrufs fehlt ein solcher Vorgang in den meisten Fällen, der es einem Teilnehmer/Bieter ermöglichen würde, die relative Frist zu berechnen und zu beachten.

Rechtsunsicherheit besteht auch, zu welchem Zeitpunkt ein Unternehmer von der Entscheidung des öffentlichen AG (Zuschlagsentscheidung, Widerruf) Kenntnis erlangen hätte können. Dies ist insofern in jenen Fällen problematisch, in denen ein Teilnehmer/Bieter aufgrund rechtswidriger Bestimmungen in einer Ausschreibung daran gehindert war, einen ausschreibungskonformen Teilnahmeantrag bzw ein ausschreibungskonformes Angebot zu legen.

3. Absolute („objektive“) zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit

Neben der relativen Frist – sechs Wochen ab Kenntnis bzw „Kennenmüssen“ vom relevanten fristauslösenden Ereignis der Zuschlagsentscheidung bzw des Widerrufs – ist ein Fortsetzungsantrag „längstens (jedoch) innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde bzw das (Konzessions-)Vergabeverfahren widerrufen wurde“ einzubringen. Diese zeitliche Beschränkung wird in der Literatur auch als „objektive“ Frist bezeichnet.¹⁰⁾

In der Literatur wurde die objektive Frist als unionsrechtswidrig kritisiert. Der Gesetzgeber habe der Rsp des EuGH durch die relative Frist von sechs Monaten ab Kenntnis bzw „Kennenmüssen“ in § 354 Abs 2 BVergG 2018 Rechnung getragen, womit die absolute sechsmonatige Frist für Fortsetzungsanträge unvereinbar sei. Aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit sei diese absolute Frist wohl wegen des Widerspruchs zu unionsrechtlichen Vorgaben außer Acht zu lassen.¹¹⁾

4. Fristhemmung durch Verfahren vor dem VfGH/VwGH

Die Zeit eines Verfahrens vor dem VfGH oder dem VwGH ist in die Frist nicht einzurechnen.¹²⁾

Die Frist wird jedoch erst durch das Erheben einer Beschwerde an den VfGH bzw einer Revision an den VwGH gehemmt; bis zu diesem Zeitpunkt läuft die Frist nach dem Wortlaut der Bestimmung weiter.

In der Literatur wurde bislang nicht diskutiert, ob die Fristhemmung lediglich für die relative Frist – sechs Wochen ab Kenntnis oder „Kennenmüssen“ – oder auch für die absolute Frist – sechs Monate ab Zuschlagserteilung bzw Widerruf – gilt. Rechtsschutzüberlegungen gebieten eine Interpretation, die eine Hemmung beider Fristen – der absoluten und der relativen Frist – als zutreffend beurteilt. Allerdings ist in § 353 Abs 3 Satz 4 BVergG 2018 lediglich eine Frist angesprochen – „binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt, zu dem ein Antragsteller [...] Kenntnis erlangt

5) Grundsätzlich sind nur die im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter von Widerruf zu verständigen („Mitteilung des Widerrufs“, § 150 BVergG 2018). Nur in dem Fall, dass der AG ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist widerruft, ist eine Bekanntmachung des Widerrufs vorgesehen (§ 150 Abs 2 BVergG 2018). Im BVergGKonz 2018 ist die Mitteilungspflicht an die Bieter überhaupt nicht geregelt (§ 75 BVergGKonz 2018).

6) § 62 letzter Satz BVergG 2018.

7) § 37 Abs 1 letzter Satz BVergGKonz 2018.

8) Besondere Dienstleistungen sind Dienstleistungen iSd Anh XVI zum BVergG 2018, für die im 2. Teil, 4. Hauptstück des BVergG 2018 ein flexibleres Beschaffungsverfahren vorgesehen ist (§§ 151 ff BVergG 2018). Auch das BVergGKonz 2018 kennt „besondere Dienstleistungskonzessionen“ (§ 25 iVm Anh IV BVergGKonz 2018). Dienstleistungen im Rahmen des Handels mit Monopolwaren, etwa nach dem TabMG, sind keine „besonderen Dienstleistungen“ und können nicht im Rahmen „besonderer Dienstleistungskonzessionen“ erbracht werden.

9) § 62 Abs 2 BVergG 2018; § 37 Abs 2 BVergGKonz 2018.

10) Reisner in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer (Hrsg), BVergG 2018 (2019) zu § 353 BVergG 2018, Rz 36.

11) Reisner in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer (Hrsg), BVergG 2018 (2019) zu § 353 BVergG 2018, Rz 38; Reisner in Gölles/Casati, BVergG 2018 (online-Kommentar) zu § 353 BVergG 2018, Rz 43.

12) § 353 Abs 3 Satz 5 BVergG 2018, § 97 Abs 4 Satz 5 BVergGKonz 2018.

hat oder Kenntnis erlangen hätte können“ –, die durch eine absolute Fristangabe – „längstens jedoch innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das (Konzessions-)Vergabeverfahren widerrufen wurde“ – limitiert wird. Aus der Formulierung ergibt sich nicht eindeutig, ob die absolute zeitliche Beschränkung von sechs Monaten ab Zuschlagserteilung bzw Widerruf auch durch anhängige Verfahren vor einem Höchstgericht gehemmt wird. Die Wortlautinterpretation spricht gegen eine Hemmung der absoluten zeitlichen Begrenzung der Zulässigkeit eines Fortsetzungsantrags mit sechs Monaten ab Zuschlagserteilung bzw Widerruf durch anhängige Verfahren vor den Höchstgerichten.

Der VwGH hat Fortsetzungsanträge noch vor Beendigung der höchstgerichtlichen Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zugelassen, um die Fristproblematik (etwas) zu entschärfen.¹³⁾ Das Abwarten eines aufhebenden Erkenntnisses durch den VwGH ist demnach nicht notwendig, ein Fortsetzungsantrag kann noch während des laufenden Verfahrens vor den Höchstgerichten eingebracht werden.

Im Zweifel ist einem Bieter/Teilnehmer an einem Vergabeverfahren jedenfalls anzuraten, die sechsmonatige absolute Frist ab Zuschlagserteilung bzw Widerruf zu wahren und allenfalls noch während des anhängigen Verfahrens vor einem Höchstgericht einen entsprechenden Fortsetzungsantrag gem § 353 Abs 3 BVerG 2018 bzw § 97 Abs 4 BVerGKonz 2018 einzubringen, um eine Fristversäumnis zu vermeiden. (Auch) Aus diesem Grund lässt die Rsp Fortsetzungsanträge bereits während anhängiger Verfahren vor den Höchstgerichten zu. Das fortgesetzte Verfahren aufgrund eines Fortsetzungsantrags während eines noch laufenden höchstgerichtlichen Verfahrens wird vom angerufenen Verwaltungsgericht wohl bis zur Entscheidung durch das Höchstgericht zu unterbrechen sein, weil die höchstgerichtliche Entscheidung eine Vorfrage für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts betrifft.

Fraglich ist mE, in welchem Verhältnis die Fristregelung des BVerG 2018 bzw des BVerGKonz 2018 zu den Bestimmungen über die Wiederaufnahme eines Verfahrens stehen. Die Verwaltungsgerichte als Vergabekontrollinstanzen haben die Bestimmungen des VwGGV und des AVG anzuwenden, sofern keine davon abweichenden Bestimmungen normiert sind. Die Wiederaufnahme eines Verfahrens ist unter anderem auf Antrag zulässig, wenn ein Erkenntnis von Vorfragen (§ 38 AVG) abhängig war und nachträglich über eine solche Vorfrage von der zuständigen Behörde bzw vom zuständigen Gericht in wesentlichen Punkten anders entschieden wurde.¹⁴⁾ Allerdings handelt es sich im Fall der Aufhebung einer Entscheidung durch ein Höchstgericht nicht um eine Entscheidung über eine „Vorfrage“, sondern um eine Entscheidung über eine „Hauptfrage“ im gegenständlichen Verfahren. Zudem sind in diesem Fall sowohl § 63 VwGG und § 87 Abs 2 VfGG als auch die Regelungen über den Fortsetzungsantrag als *leges speciales* zu beurteilen. Beachtenswert ist allerdings, dass auch das BVerG 2018 und das

BVerGKonz 2018 die Möglichkeiten einer Wiederaufnahme eines Nachprüfungsverfahrens und der Wiedereinsetzung in die Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrags ausdrücklich einräumen und im Fall der Wiederaufnahme bzw Wiedereinsetzung die Möglichkeit eines Fortsetzungsantrags einräumen.¹⁵⁾

5. Würdigung

Die innerstaatliche Regelung der Frist(en) für Fortsetzungsanträge nach dem BVerG 2018 bzw dem BVerGKonz 2018 erscheint in mehrerlei Hinsicht rechtsschutzfeindlich:

- Die relative Frist für den Fortsetzungsantrag (sechs Wochen ab Kenntnis bzw „Kennenkönnen“) ist weit kürzer als die reguläre Frist für Feststellungsanträge nach dem BVerG 2018 bzw BVerGKonz 2018 (sechs Monate ab Kennen bzw „Kennenmüssen“).¹⁶⁾ Durch das Abstellen auf das „Kennenkönnen“ entsteht Rechtsunsicherheit über den Beginn des Fristenlaufs, insbesondere bezüglich Vergabeverfahren, in denen eine Bekanntgabe der Zuschlagserteilung unterblieben ist oder in denen ein Widerruf vorgenommen wurde.
- Die relative Frist wird zeitlich durch eine absolute zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit eines Fortsetzungsantrags begrenzt. Die Hemmungswirkung anhängiger Verfahren vor Höchstgerichten bezieht sich bei enger Wortlautinterpretation lediglich auf die sechswöchige relative Frist, nicht auf die absolute zeitliche Beschränkung für die Zulässigkeit eines Fortsetzungsantrags. Bieter/Teilnehmer, die eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts über einen Nachprüfungsantrag vor einem Höchstgericht bekämpft haben, müssen daher während des laufenden Verfahrens die sechswöchige relative Frist und die zeitliche Beschränkung mit sechs Monaten ab Zuschlagserteilung bzw Widerruf wahren, um eine Verfristung zu verhindern.
- In der Literatur wurde auf die Unionsrechtswidrigkeit der zeitlichen Beschränkung durch die absolute sechsmonatige Frist hingewiesen und deren Unanwendbarkeit postuliert. Im Sinne der Rechtssicherheit und -klarheit wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber – bspw durch gänzliches „Streichen“ der Wortfolge „längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das (Konzessions-)Vergabeverfahren widerrufen wurde“, wünschenswert.

Nach Ansicht des Autors ist jedoch eine isolierte Betrachtung der einzelnen Hürden und Fußangeln des vergaberechtlichen Rechtsschutzregimes im BVerG 2018 und im BVerGKonz 2018 nicht zielführend. Vielmehr ist eine gesamthafte Betrachtung des Rechtsschutzregimes erforderlich, um den unionsrechtlichen Grundsätzen gerecht zu werden. Der EuGH hat ausgesprochen, dass der Rechtsschutz in Vergabeverfahren nicht weniger günstig ausgestaltet sein darf als bei ähn-

13) VwGH 22. 11. 2011, 2011/04/0143.

14) § 32 Abs 1 Z 3 VwGGV.

15) § 353 Abs 4 Z 2 BVerG 2018; § 97 Abs 4 Z 2 BVerGKonz 2018.

16) § 354 Abs 2 BVerG 2018; § 98 Abs 2 BVerGKonz 2018.

lichen Rechtsbehelfen, die nur nationales Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und auch nicht so ausgestaltet sein darf, dass er die Erlangung einer Entschädigung praktisch unmöglich macht oder übertrieben erschwert.¹⁷⁾ Zu konstatieren ist, dass die Notwendigkeit eines Fortsetzungsantrags erheblich von den Grundsätzen in rein innerstaatlichen Verfahren abweicht. So ist die Notwendigkeit eines gesonderten Antrags zur Durchsetzung des Rechtsschutzinteresses eine Abweichung von den verfahrensrechtlichen Vorschriften im VwGG und VfGG, nach denen die untergeordneten Verwaltungsgerichte den der Rechtsanschauung des Gerichtshofs Rechnung tragenden Zustand herzustellen haben. Zusätzlich zur Notwendigkeit der Einbringung eines ausdrücklichen, an strenge Form- und Inhaltserfordernisse gebundenen Antrags¹⁸⁾ erschwert die Bindung an knappe Fristen und die Einschränkung auf bestimmte, vom Gesetzgeber vorgegebene Feststellungen, den Rechtsschutz erheblich. Das Konzept des Fortführungsantrags gem § 353 Abs 4 BVerfG 2018 und § 97 Abs 4 BVerfGKonz 2018 ist somit unionsrechtlich höchst problematisch. Die Anwendung des unionsrechtlich gebotenen Äquivalenz- und Effizienzprinzips fordert die Anwendung der allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften des VwGG und des VfGG.¹⁹⁾ Bei konsequenter Anwendung des Äquivalenz- und Effizienzgrundsatzes sind die mit der Nachprüfung (bzw Feststellung) von vergaberechtlichen Rechtsverstoßen betrauten Verwaltungsgerichte verpflichtet, die unionswidrigen Abweichungen vom Rechtsschutz in innerstaatlichen Angelegenheiten nicht anzuwenden. Sie sind daher verpflichtet, unabhängig von einem Fortsetzungsantrag und amtswegig den rechtmäßigen Zustand im Sinne einer einem Erkenntnis eines Höchstgerichts entsprechenden Entscheidung herzustellen.

D. Antragsgegenstand im fortgesetzten Verfahren

1. Einschränkung auf gesetzlich abschließend geregelte Tatbestände

Der Verfahrensgegenstand von Feststellungsverfahren ist gegenüber dem Nachprüfungsverfahren stark eingeschränkt. Der Gesetzgeber sieht –ausschließlich²⁰⁾ – die Feststellung vor, dass

1. der **Zuschlag** wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, 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

2. die **Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung** wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

3. die **Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung** wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

4. der **Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung** oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen näher bezeichnete Bestimmungen des BVerfG 2018 bzw BVerfGKonz 2018 rechtswidrig war, oder

5. die **Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens** wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.²¹⁾

Diese Einschränkung der möglichen Verfahrensgegenstände im (fortgesetzten) Feststellungsverfahren generiert eine Rechtsschutzlücke: Im Nachprüfungsverfahren kann ein Teilnehmer bzw Bieter jede rechtswidrige, gesondert anfechtbare Entscheidung des AG auf ihre Vergaberechtskonformität überprüfen. Im Feststellungsverfahren sind die möglichen Verfahrensgegenstände abschließend geregelt und gegenüber dem Verfahrensgegenstand im Nachprüfungsverfahren stark eingeschränkt.

2. Rechtsschutzdefizit am Beispiel der nachträglich festgestellten Vergaberechtswidrigkeit einer Ausschreibung

Die Rechtsschutzlücke wird vor allem im eingangs erwähnten Fallbeispiel offenkundig: Im Nachprüfungsverfahren gegen eine Ausschreibung können alle rechtswidrigen Festlegungen des AG wie bspw

17) So bspw EuGH 5. 3. 1996, C-46/93 und C 48/93, *Brasserie du pêcheur u. Factortame*, Rn 67; 30. 9. 2003, C-224/01, *Köbler*, Rn 58; 28. 7. 2016, C-168/15, *Tomášová*, Rn 38; 6. 10. 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*, Rn 26; 21. 12. 2021, C-497/20, *Randstad Italia*, Rn 58.

18) Nach der Rechtslage des BVerfG 2002 war eine rechtsschutzfreundlichere *Ex-lege*-Kompetenz des BVA vorgesehen, ein Nachprüfungsverfahren nach Aufhebung der Entscheidung des BVA als Feststellungsverfahren weiterzuführen, und unter Zugrundelegung der festgestellten Rechtsanschauung „bloß festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung des AG rechtswidrig war“. *Thienel* begründet die Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung (damals: § 175 Abs 2 BVerfG 2002) mit der geänderten Sachlage, die infolge eines zwischenzeitigen Zuschlags oder Widerrufs eingetreten ist, und die Fortführung des Nachprüfungsverfahrens ausschließt, weil sich der Verfahrensgegenstand durch die Zuschlagserteilung bzw den Widerruf geändert hat; s *Thienel*, Feststellungsbescheide nach § 175 BVerfG 2002, ÖZW 2004, 25 (51). Mit dem BVerfG 2006 führte der Gesetzgeber durch § 331 Abs 4 BVerfG 2006 die Notwendigkeit einer gesonderten Antragstellung ein. Siehe dazu ausführlich *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), BVerfG 2006² (Loseblattausgabe, 2. Lfg 2012) zu § 331 BVerfG 2006. Zur Rechtslage nach dem BVerfG 2006 s auch *Hombanger/Rihs*, Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzungen für Schadenersatzklagen (Teil 1), ZVB 2011, 229 (234).

19) Der EuGH hat sich in seiner jüngsten Rsp mit der Frage auseinandergesetzt, welche Verfahrensordnungen bei der Beurteilung der Äquivalenz zu vergleichen sind. Ein „Günstigkeitsvergleich“ mit Vorschriften in der österreichischen Zivilprozessordnung ist demnach nicht geboten; so EuGH 14. 7. 2022, C-174/21 u C-275/21, *EPIC Financial Consulting*, Rn 78.

20) Siehe *Reisner* in *Gölles/Casati*, BVerfG 2018 (online-Kommentar) zu § 353 BVerfG 2018, Rz 5: Nach Ansicht *Reisners* ist das Verwaltungsgericht für andere als in § 353 BVerfG 2018 genannte Feststellungsgegenstände unzuständig und wäre ein darauf gerichtetes Feststellungsbegehren als unzulässig zurückzuweisen. Zur Einschränkung auf die gesetzlich geregelten Feststellungsgegenstände aaO *Reisner* in *Gölles/Casati* Rz 30.

21) § 353 Abs 1 BVerfG 2018; § 97 Abs 1 BVerfGKonz 2018.

→ rechtswidrige Einschränkungen des Bieterkreises durch unsachliche Eignungskriterien,
 → unsachliche Zuschlagskriterien gerügt und vom Verwaltungsgericht aufgegriffen werden. In diesem Stadium des Verfahrens (Bekanntmachung der Ausschreibung) trifft soweit ersichtlich alleine der Tatbestand des § 353 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 bzw § 79 Abs 1 Z 1 BVergGKonz 2018 zu.

Wenn der AG die Ausschreibung unionsweit bekanntgemacht hat und das Vergabeverfahren nach einer den Nachprüfungsantrag abweisenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts fortsetzt, ist es einem Teilnehmer bzw Bieter im Fall einer Aufhebung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach der engen Formulierung der möglichen Antragsgegenstände selbst nach einer Aufhebung durch eines der beiden Höchstgerichte des öffentlichen Rechts erschwert, die Rechtswidrigkeit **einzelner Ausschreibungsbestimmungen** feststellen zu lassen. Sowohl für den Teilnehmer/Bieter als auch für den AG als auch für die Rechtssicherheit wäre es jedenfalls zuträglich, wenn im fortgesetzten Feststellungsverfahren einzelne Festlegungen des AG in der Ausschreibung als rechtswidrig festgestellt werden können, um zukünftige Beschaffungsvorgänge rechtskonform zu gestalten. Dieses Defizit im vergaberechtlichen Rechtsschutz ist eindeutig unionsrechtswidrig.

Sollte der AG den Zuschlag aufgrund der nachträglich von einem Höchstgericht als vergaberechtswidrig festgestellten Ausschreibung erteilt haben, bleibt dem Teilnehmer bzw Bieter lediglich der Antrag auf Feststellung, dass nicht **gemäß den Angaben in der Ausschreibung** dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Da die Ausschreibung jedoch in erster Instanz im eingangs dargestellten Fallbeispiel vom Verwaltungsgericht bestätigt wurde, könnte fraglich sein, ob eine Zuschlagsentscheidung des AG aufgrund der – vorläufig aufgrund der Abweisung des Nachprüfungsantrags des Teilnehmers bzw Bieters durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtskräftig – nachträglich für rechtswidrig befunden werden kann. Wenn die Zuschlagsentscheidung aufgrund einer von einem der beiden Höchstgerichte für rechtswidrig befundenen Ausschreibung erfolgt ist, muss die Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung anhand der als rechtswidrig festgestellten Ausschreibung beurteilt werden. Das Verwaltungsgericht hat daher der Rechtsanschauung des Höchstgerichts Rechnung zu tragen, und die Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung aufgrund der durch das Höchstgericht festgestellten Rechtswidrigkeit der Ausschreibung festzustellen.

E. Weitere Relevanz der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsentscheidung aufgrund einer rechtswidrigen Ausschreibung

Wie oben unter D. dargelegt wird im Fall einer eine Ausschreibung bestätigenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Fall der Fortsetzung des Vergabeverfahrens auf Grundlage der Ausschreibung die Zu-

schlagserteilung rechtswidrig, wenn nachträglich die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung (bzw einzelner Festlegungen in der Ausschreibung) anlässlich einer Revision/Beschwerde gegen die bestätigende Entscheidung des Verwaltungsgerichts vom VwGH und/oder VfGH festgestellt wird. Der Grundsatz, dass das Verwaltungsgericht im fortgesetzten Verfahren den der Rechtsanschauung des Höchstgerichts entsprechenden Zustand herzustellen hat, gebietet es, eine allenfalls erfolgte Zuschlagsentscheidung anhand der vom Höchstgericht „bereinigten“ Ausschreibung zu beurteilen.²²⁾

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass ein Teilnehmer/Bieter aufgrund einer (nachträglich durch das Höchstgericht erwiesenermaßen) rechtswidrigen Ausschreibung zu Unrecht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen war bzw unter Umständen keinen sinnvollen Teilnahmeantrag bzw kein Angebot legen konnte. Durch die Einbringung eines Nachprüfungsantrags hat er den ihm nach dem BVergG 2018/BVergGKonz 2018 zu Gebote stehenden Rechtsschutz in Anspruch genommen und konstruktiv auf eine Bereinigung der Ausschreibung hingewirkt. Weitere Schritte in einem fortgesetzten Vergabeverfahren, wie etwa die Legung eines ausschreibungswidrigen Angebots oder die Bekämpfung einer Ausscheidensentscheidung, wären dem betroffenen (potentiellen) Teilnehmer/Bieter angesichts einer vorläufigen Bestätigung der Ausschreibung durch das Verwaltungsgericht weder zumutbar noch zielführend.

Fraglich und weder in der Rsp noch in der Lit geklärt ist die Frage, ob ein Teilnehmer/Bieter, der eine Ausschreibung vor dem Höchstgericht erfolgreich bekämpft hat, im Vergabeverfahren weitere Entscheidungen oder Festlegungen des öffentlichen AG, die aufgrund der vorläufig vom Verwaltungsgericht bestätigten Ausschreibung getroffen wurden, in einem Nachprüfungsverfahren bekämpfen muss, um Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Im weiteren Vergabeverfahren (und einem allfälligen Schadenersatzprozess) wird der AG, der aufgrund einer zunächst vom Verwaltungsgericht bestätigten Ausschreibung eine Ausscheidensentscheidung oder in weiterer Folge eine Zuschlagsentscheidung trifft, auf die Rechtskraft der die Ausschreibung bestätigenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts verweisen. Im Fall der nachträglichen Aufhebung der bestätigenden Entscheidung durch den VwGH sind diese Entscheidungen jedoch entsprechend der Rechtsanschauung des Höchstgerichts neu zu bewerten, weil die vom Höchstgericht festgestellten Rechtswidrigkeiten im Regelfall Auswirkungen auf die weiteren Entscheidungen bzw Festlegungen des AG im Vergabeverfahren zeitigen werden. Einem Teilnehmer/Bieter im Vergabeverfahren, der bereits die Ausschreibung mittels Nachprüfungsverfahren (und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen

22) Wie oben ausführlich dargelegt gebieten es die unionsrechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und der Effizienz des Rechtsschutzes, amtswegig der im aufhebenden Erkenntnis des Höchstgerichts verbindlich vorgegebene Rechtsanschauung Folge zu leisten und entsprechende Feststellungen, auch betreffend die Rechtswidrigkeit von Festlegungen und Entscheidungen des AG im fortgesetzten Vergabeverfahren, zu treffen.

Verfügung) bekämpft hat, zunächst im Nachprüfungsverfahren nicht erfolgreich war, jedoch letztlich vom Höchstgericht Recht bekommt, ist es wohl nicht zumutbar – und auch im Sinne der Schadensminderungspflicht nicht geboten – alle weiteren Entscheidungen oder Festlegung des öffentlichen AG gesondert mittels Nachprüfungsantrags zu bekämpfen, weil diesen Nachprüfungsanträgen die (vorläufige) Rechtskraftwirkung der die Ausschreibung bestätigenden Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Nachprüfungsverfahren entgegensteht.

Die Feststellung einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung aufgrund einer nachträglich, nämlich in einem fortgesetzten Feststellungsverfahren, als rechtswidrig festgestellten Ausschreibung zieht logisch die

Rechtswidrigkeit der aufgrund der vom Höchstgericht als rechtswidrig erkannten Ausschreibung getroffenen Entscheidungen und Festlegungen des öffentlichen AG nach sich. Auch eine Ausscheidensentscheidung, eine Zuschlags- oder eine Widerrufentscheidung, die auf einer nachträglich von einem Höchstgericht als rechtswidrig festgestellten Ausschreibung beruhen, müssen demnach in einem fortgesetzten Feststellungsverfahren als rechtswidrig festgestellt werden, um einen angemessenen Rechtsschutz im Sinne des unionsrechtlichen Äquivalenz- und des Effizienzgrundsatzes zu gewährleisten. Dabei wird das Verwaltungsgericht im fortgesetzten Feststellungsverfahren den unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effizienzgrundsatz zu beachten haben.

→ In Kürze

- Fortsetzungsanträge nach Zuschlagserteilung oder Widerruf in einem Vergabeverfahren iZm Nachprüfungsverfahren sind an eine knappe relative, sechswöchige und eine absolute sechsmonatige Frist gebunden.
- Der VwGH lässt Fortsetzungsanträge nach Abschluss eines Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung oder Widerruf im Fall eines Rechtsmittels an ein Höchstgericht noch vor der Entscheidung des Höchstgerichts zu.
- Nach der aufhebenden Entscheidung eines Höchstgerichts stellt das Erfordernis der Einbringung eines formgebundenen Fortsetzungsantrags eine Abweichung von den allgemeinen verfahrensrechtlichen Regeln bezüglich der Bindungswirkung aufhebender höchstgerichtlicher Entscheidungen dar.
- Es ist fraglich, ob der formgebundene Fristsetzungsantrag im Fall einer aufhebenden Entscheidung eines Höchstgerichts als erhebliche Abweichung von allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen im VwGG und VfGG unionsrechtskonform ist. Die vom EuGH entwickelten Grundsätze der Äquivalenz und Effizienz des Rechtsschutzes werden durch das Rechtsinstitut des Fortsetzungsantrages nicht ausreichend berücksichtigt. Bei Berücksichtigung der unionsrechtlichen Grundsätze muss in fortgesetzten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht so wie in anderen Fällen der Kassation einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung das Amtswegigkeitsprinzip zur Anwendung gelangen.

- Die Aufhebung einer Entscheidung eines Verwaltungsgerichts betreffend die Festlegung oder Entscheidung des Auftraggebers in einem frühen Stadium eines Vergabeverfahrens durch ein Höchstgericht zeitigt auch Konsequenzen für allenfalls im weiteren Vergabeverfahren vom Auftraggeber getroffene Festlegungen oder Entscheidungen. Diese müssen nach der Aufhebung durch das Höchstgericht ebenfalls neu bewertet werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt in Wien.
 Kontaktadresse: RIHS Rechtsanwalt GmbH,
 Kramergasse 9/13, A-1010 Wien. Tel: +43 (0)1 532 11 38,
 Fax: +43 (0)1 532 11 90, Internet: office@rihs.law,
 www.rihs.law

Vom selben Autor erschienen:

Hornbanger/Rihs, Der „positive“ Feststellungsbescheid als Zulässigkeitsvoraussetzung für Schadenersatzklagen, ZVB 2011, 229, 271;
Rihs/Steiner, „Hinreichend qualifizierter Verstoß“ als neue materielle Voraussetzung für Schadenersatzansprüche, ZVB 2013, 138, 188;
Rihs/Steiner, *Fastweb*: (R)Evolution der Antragslegitimation? ZVB 2014, 5;
Rihs/Schweinhammer, LSD-BG – ein Überblick aus vergaberichtlicher Perspektive, ZVB 2017, 54.

