



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 des Landes Burgenland, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Burgenland vom 23. Mai 2022, Zl. S VFS/13/2022.001/011, 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 wird in seinen Spruchpunkten II. und III. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Antrag der revisionswerbenden Partei auf Aufwandersatz wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Schriftsatz vom 18. März 2022 beantragte die mitbeteiligte Partei gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz (im Folgenden: Bgld. VergRSG), das Verwaltungsgericht möge

feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch die N.N. Beteiligungs- und Finanzierungs GmbH zur Auswahl der AA GmbH sowie der BB GmbH als Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens CC Labor GmbH wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei (Hauptantrag);

in eventu feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch das Land Burgenland (Auftraggeberin und Revisionswerberin) zur Beschaffung von PCR-Testungen bei der CC Labor GmbH wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen





Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei (erster Eventualantrag);

in eventu feststellen, dass der Zuschlag zu Gunsten der CC Labor GmbH wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei (zweiter Eventualantrag);

sowie dem Land Burgenland als Auftraggeberin auftragen, der mitbeteiligten Partei die entrichteten Pauschalgebühren zu bezahlen.

- 2 Soweit im Revisionsverfahren wesentlich, brachte die mitbeteiligte Partei zum ersten Eventualantrag zusammengefasst vor, die Revisionswerberin habe am 1. Dezember 2021 die CC Labor GmbH mit der Durchführung von molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2 nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 iVm § 151 Abs. 4 BVergG 2018 beauftragt und dies als eine Art Überbrückungsmaßnahme gerechtfertigt.

Die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung scheitere bereits daran, dass nach zwei Jahren Pandemie SARS-CoV-2-Mutationen kein unvorhersehbares Ereignis mehr darstellten. Äußerst dringliche, zwingende Gründe gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 lägen schon deshalb nicht vor, weil die Revisionswerberin abrufberechtigte öffentliche Auftraggeberin der BBG-Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ sei. Auf deren Basis hätte die Revisionswerberin jederzeit Direktabrufe tätigen können. Sie hätte dabei Zugriff auf 22 verschiedene Rahmenvereinbarungspartner, unter anderem die mitbeteiligte Partei, gehabt. Die mitbeteiligte Partei wäre als Partnerin der BBG-Rahmenvereinbarung jederzeit bereit gewesen, Laboranalysen für die Revisionswerberin im geforderten Umfang zu erbringen. Mangels eines unvorhersehbaren Ereignisses und äußerst dringlicher, zwingender Gründe sei



die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen.

Zum ihr drohenden Schaden brachte die mitbeteiligte Partei vor, ihr entginge insbesondere der zu lukrierende Gewinn unter anderem aus den bereits vergebenen Beauftragungen zur Durchführung von PCR-Testungen. Hinzu kämen die für den vorliegenden Antrag entrichteten Pauschalgebühren sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Daneben drohe der mitbeteiligten Partei der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige österreichische und europäische Ausschreibungen.

- 3 Die Revisionswerberin wendete dagegen - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - ein, die zuletzt in Erscheinung getretenen Mutationen, vor allem die Omikron- und die Delta-Variante, seien die bisher ansteckendsten Mutationen seit Ausbruch der Corona-Pandemie. Einerseits sei im Herbst 2021 nicht absehbar gewesen, dass die Impfungen keinen Schutz vor einer Verbreitung bzw. Ansteckung böten. Andererseits sei nicht zu erwarten gewesen, dass sich die Omikron-Mutation derart rasant und gefährlich für die Bevölkerung entwickle. Folglich sei es nicht absehbar gewesen, dass die zur Verfügung gestellten Testkapazitäten nicht ausreichen würden. Erst Mitte/Ende November 2021 habe sich aufgrund der steigenden Anzahl an Neuinfektionen abgezeichnet, dass es zwingend zusätzlicher Testkapazitäten bedürfe. Abgesehen davon sei es aufgrund der hohen Anzahl an täglichen Neuinfektionen im Burgenland zu erheblichen Verzögerungen bei der Auswertung und Befundermittlung von Covid-19-Tests gekommen. Die beauftragten Labore hätten ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr einhalten können. Die verspätete Auswertung der Covid-19-Tests habe dazu geführt, dass infizierte Personen erst verspätet über ihre Infektion informiert worden seien. Die sehr lange Dauer von PCR-Testauswertungen im Zusammenhang mit Gesetzesänderungen und der Reduzierung der Gültigkeitsdauer von PCR-Tests habe die Gefahr beinhaltet, dass burgenländische Pendler nach Wien nicht rechtzeitig einen gültigen PCR-Test vorweisen konnten. Vor diesem Hintergrund stelle die Corona-Pandemie samt ihren unvorhersehbaren Mutationen ein unvorhersehbares Ereignis iSd § 37



Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 dar. Die Beschaffung von zusätzlichen Testkapazitäten sei zur Eindämmung der Verbreitung der Infektion und zum Schutz der burgenländischen Bevölkerung vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen, somit aus äußerst dringlichen, zwingenden Gründen, erforderlich gewesen. Die Einhaltung der Fristen für ein Regelverfahren nach dem BVergG 2018 sei nicht möglich gewesen.

In Bezug auf die BBG-Rahmenvereinbarung „SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ sei durch die Revisionswerberin ein Direktabruf erfolgt. Der aus der Kaskade erstgereichte Bieter sei diesbezüglich bereits an seine Kapazitätsgrenzen gestoßen. Ein weiterer Abruf aus der Rahmenvereinbarung hätte daher die Situation der Revisionswerberin nicht verbessert. Die Beschaffung zusätzlicher Testkapazitäten in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung sei jedenfalls zulässig gewesen. Die Revisionswerberin sei aufgrund der Dringlichkeit nicht verpflichtet gewesen, Angebote von mindestens drei geeigneten Unternehmen einzuholen.

Schließlich wäre die mitbeteiligte Partei nicht in der Lage gewesen, die im Sinne des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vergebene Leistung zu erbringen, weil sie zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung gemäß § 84 BVergG 2018 iVm § 78 BVergG 2018 nicht leistungsfähig gewesen sei. Laut dem Abruf aus der Kaskade scheine die mitbeteiligte Partei bei einer Auswertungszeit von 16 Stunden nicht auf. Die mitbeteiligte Partei wäre daher auch bei einem Abruf aus der BBG-Rahmenvereinbarung nicht zum Zug gekommen.

- 4 Das Verwaltungsgericht wies - ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung - mit dem angefochtenen Erkenntnis den Hauptantrag der mitbeteiligten Partei zurück (Spruchpunkt I.), gab dem ersten Eventualantrag statt und stellte fest, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung durch das Land Burgenland „Beauftragung der ... GmbH mit der Auswertung von PCR-Tests im Burgenland“, rechtswidrig gewesen sei (Spruchpunkt II.), verpflichtete die Revisionswerberin, der mitbeteiligten Partei die für den Feststellungsantrag entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 1.751,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen



(Spruchpunkt III.), und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt IV.).

- 5 Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - folgenden Sachverhalt zugrunde:

Die Revisionswerberin habe nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung die CC Labor GmbH mit der Auswertung von PCR-Tests im Burgenland mit einem Auftragswert von € 4.100.000,-- am 20. Dezember 2021 beauftragt. Die Revisionswerberin sei abrufberechtigte Auftraggeberin der Rahmenvereinbarung zu näher bezeichneter GZ. Auf Basis dieser Rahmenvereinbarung sei die Revisionswerberin berechtigt, sämtliche Rahmenvereinbarungspartner (22 Labore) mit der Erbringung von PCR-Analysen zu beauftragen.

Die „Kommerzielle Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen“ der Rahmenvereinbarung lauteten auszugsweise:

„5.2.2.4 Ablauf

34 In der Anfrage an den im jeweiligen Leistungsteil ermittelten Bestbieter muss Folgendes angegeben werden:

...

35 Der angefragte Auftragnehmer muss spätestens am nächsten Werktag mitteilen, ob er den Auftrag ausführen kann. Er muss dem Auftraggeber bekannt geben, ob genug Testkapazitäten vorhanden sind bzw. wie viele Tests er anbieten kann und ob der gewünschte Start der Leistungserbringung für den Auftragnehmer möglich ist. Sollte der gewünschte Start der Leistungserbringung vom Auftragnehmer nicht erfüllt werden können, kann dieser einen alternativen Startzeitpunkt der Leistungserbringung anbieten.

Es steht dem Auftragnehmer frei, eine Anfrage abzulehnen.

36 Akzeptiert der Auftragnehmer, kann der Auftraggeber den Zuschlag erteilen. Der Auftragnehmer bleibt 3 Werktage an seine Zusage gebunden. Wenn die Leistungen Laboranalyse und Teststraße an unterschiedliche Auftragnehmer vergeben werden, steht es jedem Auftragnehmer frei, innerhalb eines Werktages ab Bekanntgabe des / der anderen Auftragnehmer / s seine Zusage zur Leistungserbringung zu widerrufen.



37 Lehnt der Auftragnehmer die Anfrage ab, bietet geringere freie Kapazitäten an, bietet einen späteren Startzeitpunkt an oder ist bis Fristende keine Rückmeldung erfolgt, kann der Auftraggeber die Anfrage an den jeweils nächstgereihten Auftragnehmer stellen und die hier beschriebenen Schritte mit ihm wiederholen.

38 Der Auftraggeber kann die gesamte Menge oder einen Teil der Gesamtmenge an den erstgereihten Auftragnehmer und den Rest an den Nächstgereihten vergeben. Der Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, seinen Auftrag auf mehrere Auftragnehmer aufzuteilen und kann, wenn gewünscht, den Gesamtabruf bei jenem Auftragnehmer in der Kaskade tätigen, der Kapazitäten für die Gesamtmenge aufweist.

39 Bei inhaltlichen Änderungen der Anfrage hat der Auftraggeber die Kaskade neu zu beginnen und wieder beim erstgereihten Auftragnehmer anzufragen.“

- 6 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht zum ersten Eventualantrag aus, die Ausnahme von der Verpflichtung zur vorherigen Bekanntmachung iSd § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 liege vor, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt seien: Vorliegen eines unvorhersehbaren Ereignisses, äußerst dringliche und zwingende Gründe, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen, zwingenden Gründen.

Wenn die Durchführung eines beschleunigten nicht offenen Verfahrens möglich gewesen wäre, sei keine Dringlichkeit nachgewiesen.

Die mitbeteiligte Partei habe zutreffend darauf hingewiesen, dass nach rund zwei Jahren Pandemie SARS-CoV-2-Mutationen kein unvorhersehbares Ereignis mehr darstellten, weil im relevanten Zeitpunkt Europa schon mit mehreren Mutationsvarianten konfrontiert gewesen sei. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Wissenschaft immer wieder vor neuen, ansteckenderen und gefährlicheren Varianten gewarnt habe. Die Revisionswerberin habe nicht dargelegt, dass es nicht möglich gewesen wäre, zumindest ein beschleunigtes nicht offenes Verfahren durchzuführen, weshalb bereits deshalb die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 nicht vorgelegen seien.



Das Verwaltungsgericht verkenne im Übrigen nicht, dass es auch im späteren Verlauf der Pandemie zu Sachverhaltskonstellationen kommen könne, bei denen sich Beschaffungen zur Bekämpfung der Pandemie auf § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 stützen könnten. Eine solche Konstellation sei jedoch nicht anzunehmen. Entsprechend dem Kaskadenprinzip der BBG-Rahmenvereinbarung hätte der Abruf nicht zwingend eine Beauftragung des erstgereihten Bieters zur Folge gehabt. Das Unterlassen eines Abrufs aus der Rahmenvereinbarung stehe dem Vorliegen äußerst dringlicher, zwingender Gründe iSd § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 entgegen.

Die Revisionswerberin habe nicht dargelegt, dass ein Abruf aus der Rahmenvereinbarung nicht möglich gewesen wäre. Somit seien auch deshalb die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 nicht vorgelegen. Dem ersten Eventualantrag sei daher stattzugeben. Ein Eingehen auf den zweiten Eventualantrag erübrige sich damit.

7 Gegen dieses Erkenntnis, inhaltlich jedoch nur gegen dessen Spruchpunkte II. und III., richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

8 Nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof erstattete die mitbeteiligte Partei eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Revision beantragt.

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

Zulässigkeit

9 Die Revisionswerberin macht in ihrer Revision - entgegen dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei in ihrer Revisionsbeantwortung - hinreichend deutlich die Verletzung im Recht auf Abweisung des ersten auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des durchgeführten Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gerichteten Eventualantrags der mitbeteiligten Partei als zulässigen Revisionspunkt geltend.



- 10 Die Revision ist zu den im Zulässigkeitsvorbringen dargelegten Rechtsfragen eines Abweichens des angefochtenen Erkenntnisses von näher bezeichneter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei nach § 12 Abs. 1 Bgld. VergRSG sowie zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung gemäß § 19 Abs. 3 Bgld. VergRSG zulässig; sie ist auch berechtigt.

Vorbemerkungen

- 11 Gegenstand des von der Revisionswerberin im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung vergebenen Auftrags war die Beschaffung von PCR-Testungen. Dies legt nahe, dass es sich dabei um einen besonderen Dienstleistungsauftrag im Sinn des § 151 Abs. 1 (bzw. Anhang XVI Punkt A. Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen) BVergG 2018 handelt. Nähere Feststellungen und Ausführungen dazu fehlen im angefochtenen Erkenntnis.
- 12 Gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 gilt an sich die Bestimmung des § 37 BVergG 2018 nicht für die Vergabe solcher besonderen Dienstleistungen. Ausgehend vom festgestellten Wert des vergebenen Auftrags von € 4,1 Mio. handelt es sich vorliegend jedoch gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 um einen Auftrag im Oberschwellenbereich. Gemäß § 151 Abs. 4 BVergG 2018 sind besondere Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich, sofern nicht eine der in § 37 Abs. 1 BVergG 2018 genannten Voraussetzungen erfüllt ist, in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben. Dementsprechend kommt der Frage, ob § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 anzuwenden ist, auch für den Fall Bedeutung zu, dass es sich vorliegend um einen besonderen Dienstleistungsauftrag handelt (vgl. VwGH 16.12.2022, Ro 2021/04/0028, Rn. 22).

Antragslegitimation gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 Bgld. VergRSG

- 13 Die Revisionswerberin moniert zur Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei gemäß § 12 Abs. 1 Bgld. VergRSG fehlende Feststellungen zu dem der mitbeteiligten Partei aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeit entstandenen oder drohenden Schaden. Das Verwaltungsgericht hätte aufgrund des



Vorbringens der Revisionswerberin feststellen müssen, dass die mitbeteiligte Partei zum relevanten Zeitpunkt der Überbrückungsvergabe mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage gewesen wäre, die vergebene Leistung zu erbringen bzw. dass sie selbst bei weiteren Abrufen aus der BBG-Rahmenvereinbarung nicht zum Zug gekommen wäre, weil sie in der Kaskade bei der - im Rahmen der Überbrückungsvergabe geforderten - Auswertungszeit von 16 Stunden nicht aufgeschienen sei. Der Feststellungsantrag der mitbeteiligten Partei wäre deshalb mangels Antragslegitimation „abzuweisen“ (wohl gemeint: zurückzuweisen) gewesen.

- 14 Die mitbeteiligte Partei wendet dagegen ein, dass die begehrten Feststellungen und das diesbezügliche Vorbringen der Revisionswerberin rechtlich nicht relevant seien, weil die Revisionswerberin keinen Abruf aus der BBG-Rahmenvereinbarung angefochten habe, sondern die Vergabe auf Basis eines unzulässigen Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung.
- 15 Gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 Bgld. VergRSG kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen oder unionsrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags hatte, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.
- 16 § 12 Abs. 1 Z 2 Bgld. VergRSG verlangt somit für die Antragslegitimation im Feststellungsverfahren, dass der Antragsteller ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des Bgld. VergRSG unterliegenden Vertrages hatte und ihm durch das Vorgehen des Auftraggebers ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.



- 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 § 353 Abs. 1 BVergG 2018 VwGH 1.8.2025, Ra 2022/04/0034, 0035, Rn. 17, mwN). Die Antragslegitimation setzt somit voraus, dass die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Umgekehrt fehlt die Antragslegitimation dann, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein konnte oder entstehen kann, weshalb dann die behauptete Rechtswidrigkeit nicht geprüft zu werden braucht. Insofern muss eine Kausalität zwischen der behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehen. Die Antragslegitimation ist somit dann nicht gegeben, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit die Situation des Antragstellers nicht verbessert würde (vgl. VwGH 19.5.2020, Ra 2018/04/0164, Rn. 13 und 14, mwN).
- 18 Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits im Erkenntnis vom 16. Dezember 2015, Ro 2014/04/0065, ausgesprochen hat, ist für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht der Nachweis erforderlich, dass der Antragsteller zu dem - in diesen Fällen in der Vergangenheit liegenden - Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt hat. Dies wäre - so der Verwaltungsgerichtshof - schon deshalb überschießend, weil bei Durchführung eines (für den Fall, dass dem Feststellungsantrag Berechtigung zukommt: gebotenen) Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden kann, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen erst herzustellen. In solchen Fällen ist daher 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 (vgl. dazu auch



VwGH 21.10.2022, Ra 2019/04/0046, Rn. 21). 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. VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014, Rn. 22, mwN).

- 19 In Bezug auf das Vorbringen der mitbeteiligten Partei zum Nichtvorliegen äußerst dringlicher, zwingender Gründe gemäß § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 im Hinblick auf die Abrufmöglichkeit der von der Revisionswerberin beauftragten Leistungen im Wege der Rahmenvereinbarung kommt es für die Frage der Eignung der mitbeteiligten Partei zur Leistungserbringung bzw. des ihr entstandenen oder drohenden Schadens nicht auf ein (fiktives) Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung an. Vielmehr ist wesentlich, ob die Möglichkeit eines Abrufs der beauftragten Leistungen im Wege der Rahmenvereinbarung bei der mitbeteiligten Partei zumindest plausibel ist. Eben dies bestreitet die Revisionswerberin mit ihrem Vorbringen, die mitbeteiligte Partei wäre bei Abruf der beauftragten Leistungen aus der Rahmenvereinbarung nicht zum Zug gekommen, weil sie in der Kaskade bei der geforderten Auswertungszeit von 16 Stunden nicht aufgeschienen sei.
- 20 Das Verwaltungsgericht hat sich mit diesem Vorbringen zur mangelnden Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei, insbesondere mit der Eigenart des Leistungsgegenstandes (vorgegebene Auswertungszeit) und mit den von der Auftraggeberin gestellten Anforderungen nicht auseinandergesetzt. Das Verwaltungsgericht hat daher eine Plausibilitätsprüfung in Bezug auf einen bei der mitbeteiligten Partei entstandenen oder drohenden Schaden unterlassen und dadurch das angefochtene Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

**Absehen von einer mündlichen Verhandlung gemäß § 19
Abs. 3 Bgld. VergRSG**

- 21 Das Verwaltungsgericht stützte die von der Revisionswerberin gerügte Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung auf § 19 Abs. 3 Z 3 Bgld. VergRSG. Der Sachverhalt stehe bereits aufgrund der Aktenlage fest.



Die Parteien hätten in ausreichender Weise Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gehabt. Alle relevanten Argumente seien dem Verwaltungsgericht zur Beurteilung vorgelegen.

- 22 Gemäß § 19 Abs. 3 Z 3 Bgld. VergRSG kann die mündliche Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrags entfallen, soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) entgegenstehen, und bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben, oder dass er abzuweisen ist.
- 23 Der Verwaltungsgerichtshof hat zu § 24 VwGVG festgehalten, dass er eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich erachtet, wenn der entscheidungsrelevante Sachverhalt geklärt ist und die Rechtsfragen durch die bisherige Rechtsprechung beantwortet sind und in der Beschwerde keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen wurden, deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Das Verwaltungsgericht hat gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchzuführen, welche der Erörterung der Sach- und Rechtslage sowie der Erhebung der Beweise dient. Als Ausnahme von dieser Regel kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Antrages gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG von der Durchführung einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Bei konkretem sachverhaltsbezogenem Vorbringen des Revisionswerbers ist eine mündliche Verhandlung durchzuführen (vgl. etwa VwGH 20.7.2021, Ro 2019/04/0231, Rn. 49, mwN).
- 24 Diese Rechtsprechung kommt schon wegen des Verweises des § 19 Abs. 3 Bgld. VergRSG auf die einzuhaltenden Vorgaben des Art. 47 GRC und Art. 6 EMRK bei der Beurteilung der Möglichkeit zum Entfall einer mündlichen Verhandlung auch hier zum Tragen.
- 25 Die hier in Rede stehenden Bestimmungen des BVergG 2018 setzen die Richtlinie 2014/24/EU (VergabeRL) um. Der vorliegende Fall betrifft somit unzweifelhaft Angelegenheiten der „Durchführung des Rechts der Union“



iSd Art. 51 Abs. 1 GRC. Folglich kommen die in Art. 47 GRC festgelegten Garantien, die sich inhaltlich an Art. 6 und Art. 13 EMRK orientieren, zum Tragen (vgl. wiederum VwGH 20.7.2021, Ro 2019/04/0231, Rn. 50, mwN).

- 26 Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ging es im Wesentlichen um die Fragen, ob bei der mitbeteiligten Partei durch die von ihr behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohte und sie daher gemäß § 12 Abs. 1 Bgld. VergRSG antragslegitimiert sei, und ob die Voraussetzungen für die Vergabe des Auftrags zur Beschaffung von PCR-Testungen in einem Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 vorgelegen seien. Die Revisionswerberin behauptete entgegen dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei das Vorliegen der Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018, bestritt die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei und erstattete dazu jeweils Vorbringen auf Tatsachenebene. Bereits ausgehend von dem einander widerstreitenden entscheidungswesentlichen Tatsachenvorbringen der Parteien des Nachprüfungsverfahrens war der entscheidungswesentliche Sachverhalt auf Grund der Aktenlage nicht geklärt.

- 27 Bei Missachtung der Verhandlungspflicht im Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK und des Art. 47 GRC ist keine Relevanzprüfung hinsichtlich des Verfahrensmangels vorzunehmen (vgl. wiederum VwGH Ro 2019/04/0231, Rn. 51, mwN). Indem das Verwaltungsgericht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung ausschließlich auf Grund der Aktenlage dem ersten Eventualantrag stattgab, hat es das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.

Ergebnis

- 28 Vor diesem Hintergrund erweist sich das angefochtene Erkenntnis bereits deshalb sowohl wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit, als auch wegen Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften als rechtswidrig, ohne dass auf das weitere Revisionsvorbringen näher eingegangen werden muss. Es war daher in seinen Spruchpunkten II. und III.



wegen prävalierender Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

29 Gemäß § 47 Abs. 5 VwGG ist der dem Revisionswerber 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. Vorliegend ist dies das Land Burgenland.

30 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 (vgl. zu alldem etwa VwGH 5.6.2025, Ra 2022/04/0063, Rn. 37 und 38, mwN), war der Antrag der Revisionswerberin auf Aufwandersatz abzuweisen.

W i e n , am 13. November 2025

