

Wer zahlt beschafft und wer beschafft darf auswählen – auch im Vergaberecht

1. Es ist Sache des Auftraggebers, welche Leistung er verlangt, soweit er dabei das Gebot der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung beachtet und wenn durch diese Festlegung ein echter Wettbewerb nicht jedenfalls ausgeschlossen wird.
2. Für Feststellungsanträge ist gemäß § 331 Abs 1 BVergG 2006 das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung. Diese Schadenseignung ist vor dem Hintergrund der Möglichkeit zu beurteilen, die auftragsgegenständliche Leistung vollständig erbringen zu können.
3. Dem Erfordernis, einen durch die behauptete Rechtswidrigkeit drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Wenn jedenfalls gewichtige Anhaltspunkte bestehen, dass der Antragsteller nicht in der Lage ist, die Leistung zu erbringen bzw ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen, müssen diese Umstände im Nachprüfungsverfahren geprüft und die dafür erforderlichen Feststellungen getroffen werden.
4. Bestehen relevante Zweifel an der Möglichkeit zur Leistungserbringung bzw Angebotslegung ist es nicht hinreichend, die erforderliche Plausibilität des Vorbringens des Antragstellers zur Schadenseignung iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006 nur unter Verweis auf den Geschäftszweig des Antragstellers zu prüfen und anzunehmen. Auch ein schlichter Verweis auf 76 BVergG 2006 ist nicht ausreichend, wenn der Antragsteller weder vorbringt, dass er sich auf Kapazitäten anderer Unternehmer hätte stützen können, noch darlegt, dass er zumindest Teile der nachgefragten Leistung selbst hätte ausführen können.
5. Das VwGG sieht keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes vor, einen Rechtsträger zur Rückzahlung einer gemäß § 334 BVergG 2006 verhängten Geldbuße zu verpflichten.

VwGH 17. 6. 2014, 2012/04/0032, 0034

„e-medikation II“

Deskriptoren: Auswahl des Beschaffungsgegenstandes, Feststellungsverfahren, Antragslegitimation, Schadenseignung, Geldbuße.

Normen: § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006; § 76 BVergG 2006; § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006; § 331 Abs 1 BVergG 2006; § 334 BVergG 2006.

Von Georg Streit¹ und Roland Katary

Sachverhalt

Die mitbeteiligte Partei im VwGH-Verfahren (das ist die Antragstellerin im Verfahren vor dem BVA; das BVA wird im Folgenden auch als Behörde bezeichnet) beantragte am 1. März 2011 im Zusammenhang mit der Umsetzung des Projekts e-Medikation durch den Beschwerdeführer

(das ist der Auftraggeber und Antragsgegner vor dem BVA; vom VwGH als „Beschwerdeführerin“ bezeichnet) unter anderem die Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006. Weiters wurde beantragt, die Behörde möge den in diesem Rahmen zur Projektumsetzung zwischen der Beschwerdeführerin und der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich geschlossenen Vertrag für absolut nichtig erklären.

In diesem Feststellungsverfahren erlangte die mitbeteiligte Partei Kenntnis davon, dass im Zusammenhang mit dem Projekt e-Medikation von der Beschwerdeführerin – neben dem genannten Vertrag – noch drei weitere Verträge abgeschlossen worden waren, und zwar jeweils mit Arztsoftwareherstellern. Daraufhin beantragte die mitbeteiligte Partei auch zu diesen Verträgen die Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006, dass die dazu erfolgte Durchführung der Vergabeverfahren mit den Arztsoftwareherstellern rechtswidrig gewesen seien, sowie die Nichtigerklärung dieser Verträge.

1 Als Rechtsvertreter auf Beschwerdeführerseite am Verfahren vor dem VwGH beteiligt.

Mit dem erstangefochtenen Bescheid vom 13. Mai 2011² gab das BVA den Feststellungsanträgen in der Weise statt, dass festgestellt wurde, die von der Beschwerdeführerin durchgeführten Vergabeverfahren, die mit dem Zustandekommen von Verträgen mit den drei Arztsoftwareherstellern endeten, seien rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden. Die jeweiligen Verträge wurden insoweit aufgehoben, als Dienstleistungen (Erzeugung und Verteilung eines Software-Moduls sowie Betreuung der Kunden) noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertminderung rückstellbar seien. Angesichts des Absehens von der vollständigen Nichtigerklärung der Verträge wurde die Beschwerdeführerin allerdings zur Zahlung von Geldbußen verpflichtet. Den Feststellungsantrag betreffend den Vertrag mit der Pharmazeutischen Gehaltskasse für Österreich wies das BVA mit diesem Bescheid wegen Verfristung zurück.³

In ihren Sachverhaltsfeststellungen gab die Behörde die wesentlichen Inhalte der von der Beschwerdeführerin mit den drei Arztsoftwareherstellern abgeschlossenen Verträge über die Durchführung eines Pilotbetriebs e-Medikation wieder. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin bezüglich fehlender Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei führte das BVA aus, mangels Ausschreibungsunterlagen könne nicht festgestellt werden, welche Eignungsanforderungen im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens an die Antragstellerin zu stellen gewesen wären. Weiters verwies die Behörde auf § 76 BVergG 2006, wonach sich ein Bieter zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen könne. Da der Geschäftszweig der Antragstellerin „die strukturierten elektronischen Daten der offiziellen Arzneimittelinformation inklusive des offiziellen Gesamttextes der österreichischen Fachinformation und deren internationale Verlinkung mit deutschsprachigen Softwarelösungen zur Evaluierung und Optimierung der Arzneimittelsicherheit“ ist, sei es plausibel, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss der verfahrensgegenständlichen Arztsoftwareherstellerverträge habe und dass ein Schaden iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006 gegeben sei. Die Behörde bejahte daher die Antragslegitimation.

Im Zuge der Auseinandersetzung mit der Ausnahmebestimmung des § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 (Vorliegen von technischen Gründen oder von Ausschließlichkeitsrechten) stellte das BVA auch fest, die Beschwerdeführerin habe in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass es auch eine andere technische Möglichkeit (für die Umsetzung des Projekts e-Medikation), nämlich über einen Webbrowser, gegeben hätte.

Weiters handle es sich um einen schweren Verstoß gegen das BVergG 2006, wobei die Gesetzeswidrigkeit einem sachkundigen öffentlichen Auftraggeber hätte auffallen müssen.

Der zweitangefochtene Bescheid vom 29. Dezember 2011⁴ befasste sich mit den Vertragsbeziehungen zwischen der Beschwerdeführerin und den drei Arztsoftwareherstellern nach dem erstangefochtenen Bescheid. In diesem Bescheid stellte das BVA wiederum fest, dass das von der Beschwerdeführerin durchgeführte Vergabeverfahren betreffend die Umsetzung des Systems e-Medikation, welches mit dem Zustandekommen von drei Rahmenverträgen mit den drei Arztsoftwareherstellern und von 71 in einer Tabelle aufgelisteten Einzelverträgen geendet habe, rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden sei. In paralleler Weise zum erstangefochtenen Bescheid wurden die Verträge aufgehoben, dies aber wiederum nur insoweit, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertminderung rückstellbar seien, wobei für das Absehen von der Nichtigerklärung auch hier eine Geldbuße verhängt wurde.

Dabei verwarf die Behörde in inhaltlicher Sicht die Argumentation der Beschwerdeführerin, vor allem zum Vorliegen des Ausnahmetatbestandes gemäß § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006. Dies unter anderem deswegen, weil die Tatbestandsmäßigkeit zwar gut begründbar wäre, aber die Beschwerdeführerin die „Exklusivität“ durch ihre Vorselektion selbst geschaffen hätte. Bei ihren Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der Vorgehensweise der Beschwerdeführerin folgte die Behörde weitgehend dem – in seinen wesentlichen Teilen wiedergegebenen – von der mitbeteiligten Partei vorgelegten Gutachten von Prof. A und übernahm dieses in seine Begründung. Zum Argument der Beschwerdeführerin, es mangle der

2 BVA 13. 5. 2011, F/0002-BVA/13/2011-69, F/0007-BVA/13/2011-3, F/0008-BVA/13/2011-3, F/0009-BVA/13/2011-3, veröffentlicht in ZVB 2011/82 [mit Anm von T. Gruber, der als Senatsvorsitzender am Verfahren beteiligt war]. Zu den Ausführungen des BVA zur interkommunalen Zusammenarbeit vgl. Öhler/C. Gruber, „Zusammenarbeit“ iSd EuGH-Urteils Rs *Stadtreinigung Hamburg* nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt, ZVB 2011(83).

3 Im darüber anhängigen Beschwerdeverfahren leitete der VwGH mit Beschluss vom 25. 3. 2014, EU 2014/0002-1 (2011/04/0121), ein

Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH ein mit der Frage, ob bei Feststellungsanträgen die Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Vertragsabschluss unionsrechtskonform ist (veröffentlicht in ZVB 2014/91 [Anm G. Gruber/Eisner]). Beim EuGH ist der Fall unter C-166/14 anhängig.

4 BVA 29. 12. 2011, F/0011-BVA/13/2011-37, F/0012-BVA/13/2011-18, F/0013-BVA/13/2011-18, veröffentlicht in RPA 2012, 108 [mit Anm Mensdorff-Pouilly] und in ZVB 2012/44 [mit Anm von T. Gruber, der wiederum als Senatsvorsitzender am Verfahren beteiligt war].

Antragstellerin an der Antragslegitimation, wiederholte die Behörde ihre diesbezüglichen Ausführungen aus dem erstangefochtenen Bescheid vom 13. Mai 2011 und bejahte wiederum die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei.

Aus der Begründung

„[...]“

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Behörde habe die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei zu Unrecht bejaht. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin konnte die mitbeteiligte Partei nämlich weder ein Interesse am Abschluss der von der Behörde aufgehobenen Verträge haben noch konnte ihr durch den Abschluss dieser Verträge zwischen der Beschwerdeführerin und den drei Arztsoftwareherstellern ein Schaden entstehen, weil die mitbeteiligte Partei im Hinblick auf das Vorbringen zu ihrer Geschäftstätigkeit nicht in der Lage gewesen wäre, die vertragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen. Insbesondere habe die Behörde nicht berücksichtigt, dass die mitbeteiligte Partei – wie die Beschwerdeführerin bereits in Zuge der Feststellungsverfahren vorgebracht habe – weder Softwareadaptierungen durchführe noch ein Arztsoftwarehersteller sei. Inhalt des Pilotprojekts e-Medikation sei aber die Adaptierung bestehender Arztsoftware (konkret die Ausstattung mit Integrationschnittstellen). Auch habe die mitbeteiligte Partei weder behauptet noch den Nachweis dafür erbracht, dass sie sich bei der Leistungserbringung anderer Unternehmen bedienen würde. Selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit hätte der mitbeteiligten Partei kein Schaden entstehen können, weil sie hinsichtlich der hier gegenständlichen Leistungen „niemals eine Chance auf spätere Auftragserteilung“ gehabt hätte.

4. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in seiner Rechtsprechung wiederholt mit dem Begriff des Schadens als Voraussetzung für die Antragslegitimation gemäß § 331 Abs 1 (ebenso wie gemäß § 320 Abs 1) BVergG 2006 befasst:

Für Feststellungsanträge ist gemäß § 331 Abs 1 BVergG 2006 das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung. Ein dem Antragsteller drohender Schaden liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist (vgl das hg Erkenntnis vom 26. Februar 2014, ZI 2011/04/0134, mwN; vgl. für Nachprüfungsanträge das hg Erkenntnis vom 24. Feb-

ruar 2010, ZI 2008/04/0239, mwH). Im Erkenntnis ZI 2011/04/0134 hat der Gerichtshof auch ausgesprochen, dass die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, durch eine behauptete Rechtswidrigkeit dann nicht beeinträchtigt werden kann, wenn nach den unbestrittenen Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin die auftragsgegenständliche Leistung (im dort zugrunde liegenden Fall: jedenfalls in zeitlicher Hinsicht) nicht vollständig erbringen kann. Im Erkenntnis vom 26. Februar 2014, ZI 2011/04/0168, hat der Gerichtshof die Auffassung der dort belangten Behörde nicht beanstandet, wonach der Beschwerdeführerin unter Zugrundelegung des vorliegenden Vertragsgegenstandes ein Schaden nicht entstehen oder drohen könnte, weil sie fallbezogen nicht in der Lage gewesen wäre, die nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit zu erbringen. In dem – ein Nachprüfungsverfahren betreffenden – Erkenntnis vom 24. Februar 2010, ZI 2009/04/0209, hat der Gerichtshof für die Zulässigkeit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsantrages darauf abgestellt, dass keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, wonach die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, bei Ausschreibung der gegenständlichen Leistung ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen.

5.1. Aus der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass der entstandene oder drohende Schaden vor dem Hintergrund der Möglichkeit zu beurteilen ist, die auftragsgegenständliche Leistung erbringen zu können. Im vorliegenden Fall verweist die Behörde in beiden angefochtenen Bescheiden darauf, dass mangels Ausschreibungsunterlagen nicht festgestellt werden könne, welche Eignungsanforderungen im Fall eines Vergabeverfahrens an die mitbeteiligte Partei zu stellen gewesen wären. Allerdings hat die Beschwerdeführerin im Verfahren vor der Behörde vorgebracht, dass Gegenstand der Verträge die Ausstattung bestehender Arztsoftware (der am Pilotprojekt e-Medikation teilnehmenden Ärzte) mit Integrationsschnittstellen, die Schulung im Umgang damit und die Bereitstellung von Support-Leistungen sind, und sie hat die drei Verträge mit den Arztsoftwareherstellern vorgelegt.

Zu diesem von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten Leistungsgegenstand ist Folgendes anzumerken: Die Behörde hat im erstangefochtenen Bescheid im Zusammenhang mit der Prüfung des Ausnahmestandes nach § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 festgehalten, dass es – auch nach Angabe der Beschwerdeführerin – (neben der letztlich umgesetzten Variante) die technische Möglichkeit gegeben hätte, die e-Medikation über einen Webbrowser zu bedienen. (Im zweitangefochtenen Bescheid wird eine mögliche „Webbrowserlösung“ hingegen nicht mehr angesprochen, sondern

die Rechtswidrigkeit der Heranziehung des Ausnahmebestandes nach § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 mit der nicht im Rahmen eines bekanntgemachten Vergabeverfahrens erfolgten Auswahl der drei Arztsoftwarehersteller, die Vertragspartner der Beschwerdeführerin wurden, argumentiert.) Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass es Sache des Auftraggebers ist, welche Leistung er verlangt, soweit er dabei das Gebot der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung beachtet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. April 2011, Zlen. 2008/04/0104 und 0106, mwN, vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2014, ZI 2011/04/0168, mwN). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin – nach den Feststellungen im erstangefochtenen Bescheid – diesbezüglich vorgebracht, dass seitens der (in das Pilotprojekt e-Medikation einzubindenden) Ärzte angesichts der größeren Benutzerfreundlichkeit und der geringeren Fehleranfälligkeit eine Adaptierung der bei ihnen bestehenden Arztsoftware befürwortet (und eine Webbrowserlösung abgelehnt) worden sei. Ausgehend davon ist die Wahl der Beschwerdeführerin, die Umsetzung des Projekts e-Medikation durch Adaptierung der bestehenden Arztsoftware vorzunehmen, nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes nicht zu beanstanden, zumal angesichts der Anzahl an grundsätzlich zur Verfügung stehenden Arztsoftwareherstellern (siehe dazu unter Punkt 5.2.) auch nicht ersichtlich ist, dass durch diese Festlegung ein echter Wettbewerb jedenfalls ausgeschlossen wäre.

5.2. Die Beschwerdeführerin hat im Feststellungsverfahren ins Treffen geführt, dass die mitbeteiligte Partei die von ihr nachgefragten Leistungen nicht anbietet. Dazu ist zunächst zwar anzumerken, dass es – entgegen der in den Beschwerden zum Ausdruck kommenden Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht darauf ankommt, ob die mitbeteiligte Partei in der Lage gewesen wäre, die Software der drei Arztsoftwarehersteller, mit denen die Beschwerdeführerin Verträge abgeschlossen hat, zu adaptieren. Inwieweit die Beschwerdeführerin berechtigt war, sich bei der Adaptierung der Arztsoftware auf die drei genannten Hersteller zu beschränken, war Sache des Feststellungsverfahrens und daher nicht auf der Ebene der Antragslegitimation zu beurteilen.

Die Beschwerdeführerin verneint aber generell, dass die mitbeteiligte Partei in der Lage gewesen wäre, die Adaptierung von Arztsoftware vorzunehmen. Diesbezüglich führt sie insbesondere ins Treffen, dass für eine Teilnahme am Pilotprojekt e-Medikation eine von ihr zer-

tifizierte Arztsoftware erforderlich sei, über welche die mitbeteiligte Partei nicht verfüge. Die Beschwerdeführerin bringt weiter – insofern im Einklang mit den vorgelegten Verfahrensakten – vor, dass sich die mitbeteiligte Partei nicht auf der (von der Beschwerdeführerin vorgelegten) Liste der zertifizierten Anbieter bzw. Arztsoftwareprodukte finde (die knapp 200 Produkte einer Vielzahl von Anbietern enthält). Auch die mitbeteiligte Partei hat nicht behauptet, über eine Arztsoftware zu verfügen, die für eine Einbindung in das System der e-Medikation geeignet ist.

5.3. Es bestanden somit auf Grund des Vorbringens der Beschwerdeführerin im Feststellungsverfahren jedenfalls gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die mitbeteiligte Partei nicht in der Lage gewesen wäre, die Leistung – wäre sie ausgeschrieben worden – zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen. Es ist daher nicht hinreichend, wenn die Behörde die Plausibilität des Vorbringens der mitbeteiligten Partei zu Schaden und Interesse an der Auftragserteilung nur unter Verweis auf den Geschäftszweig der mitbeteiligten Partei (strukturierte elektronische Daten der Arzneimittelinformation) geprüft hat und allein aus diesem Grund davon ausgeht, dass ein Schaden iSd § 331 Abs 1 BVergG 2006 gegeben ist. Daran vermag fallbezogen auch der Verweis auf § 76 BVergG 2006 nichts zu ändern, zumal weder vorgebracht wurde, dass sich die mitbeteiligte Partei auf Kapazitäten anderer Unternehmer hätte stützen können, noch dargelegt wurde, dass die mitbeteiligte Partei zumindest Teile der nachgefragten Leistung selbst hätte ausführen können. Die belangte Behörde hätte somit auf Grund des dahingehenden Vorbringens der Beschwerdeführerin prüfen müssen, ob die mitbeteiligte Partei in der Lage gewesen wäre, die vertragsgegenständliche Leistung zu erbringen, und sie hätte die dafür erforderlichen Feststellungen treffen müssen.

6. Ausgehend davon waren die von der Behörde gemäß § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 ausgesprochenen Feststellungen sowie – davon abhängig – die ausgesprochenen teilweisen Vertragsaufhebungen und die verhängten Geldbußen wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs 2 Z 3 lit b und c VwGG aufzuheben.

[...]

Abschließend wird noch darauf hingewiesen, dass das VwGG keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes vorsieht, einen Rechtsträger spruchmäßig zur Rückzahlung einer geleisteten Geldbuße zu verpflichten.“

Hinweis für die Praxis

Der Verwaltungsgerichtshof bestätigte mit dieser Entscheidung seine (vom VwGH auch ausführlich zitierte) Rechtsprechung einerseits zum Dispositionsrecht des Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes und andererseits der Antragslegitimation im Feststellungsverfahren, die schon vor den nun aufgehobenen Bescheiden des BVA bestanden hatte.

Demgemäß ist der Auftraggeber in der Wahl des Beschaffungsgegenstandes frei, solange er gleichbehandelnd und nicht diskriminierend vorgeht sowie den echten Wettbewerb nicht ausschließt; kurzum, solange er die Grundsätze des Vergaberechts einhält. Dies wird auch schon länger von den Nachprüfungsbehörden judiziert.⁵ Die individuellen Fähigkeiten eines Unternehmers (hier des Antragstellers) sind dafür hingegen nicht maßgeblich.⁶ Diese gebundene Freiheit des Auftraggebers gilt im Übrigen auch für die mit dem Beschaffungsgegenstand verknüpften Fragen, wie vor allem für die Systemwahl, die Leistungsbeschreibung, die Mindestanforderungen und die technischen Spezifikationen.⁷ Für die zuvor genannten Fälle sind zT auch konkretisierende Gesetzesvorschriften vorhanden (vor allem § 96 bzw § 246 BVergG), die durch die Verknüpfung der Fragen auch auf die Wahl des Beschaffungsgegenstandes Rückwirkungen zeigen. In den genannten Fällen wird von der Judikatur als wesentlicher inhaltlicher Maßstab für den Auftraggeber immer wieder hervorgehoben, dass er sachlich vorgehen muss (bspw „sachliche Erforderlichkeit“, „sachliche Rechtfertigung“, Grenze dort, wo die Anforderungen „unsachlich und unüblich“ sind).

Bei einschränkenden Festlegungen hat der Auftraggeber darauf zu achten, dass deren Sachlichkeit belegt werden muss.⁸ Wie immer im Vergaberecht ist dafür eine vor Verfahrenseinleitung vorgenommene umfas-

sende schriftliche Dokumentation dringend anzuraten; dies allenfalls unter Beiziehung externer Sachverständiger. Im Hinblick auf eine jüngere Entscheidung des VwGH kann aber auch argumentiert werden, dass eine kurze Vorab-Dokumentation unter Festhaltung der Gründe genügt und der Beweis über deren Vorliegen und Richtigkeit erst in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden kann.⁹

Klargestellt wird mit dem vorliegenden Erkenntnis weiters, dass in Feststellungsverfahren eine nähere Beschäftigung mit der Schadenseignung erforderlich ist, sofern relevante Zweifel an der Möglichkeit zur vollständigen Leistungserbringung durch den Antragsteller gegeben sind. Dabei ist der Verweis auf die Möglichkeit des Nachweises der Leistungsfähigkeit durch andere Unternehmer gemäß § 76 BVergG allein nicht ausreichend, um die Antragslegitimation zu begründen. Die theoretische Möglichkeit kann konkretes Vorbringen des Antragstellers zur Fähigkeit, die bei Ausschreibung der Leistung nachgefragten Leistungen auch erbringen zu können (und die Nachweisführung darüber), nicht ersetzen.

Dieses VwGH-Erkenntnis zeigt daher auch, dass *T. Grubers* aus einem der nun aufgehobenen Bescheide abgeleitete und an Auftraggeber gerichtete Praxistipp, ihre Anstrengungen und Bemühungen besser darauf zu konzentrieren, wie die Regeln des Vergaberechts am besten einzuhalten sind, um Zeit und Geld zu sparen,¹⁰ natürlich für alle Beteiligte im Vergabewesen passt, – auch für Antragsteller in Nachprüfungsverfahren, was bspw auch *Ertl* zu VwGH 26. 2. 2014¹¹ hervorhebt.

Zu Fragen rund um die von Seiten des BVA verhängten, mit diesem Erkenntnis allerdings „aufgehobenen“ Geldbußen siehe die Entscheidungsbesprechung im nächsten Heft der RPA 1/2015.

5 Bspw BVA 28. 11. 2013, N/0107-BVA/03/2013-18, RPA-Slg 2014/35, 239.

6 So auch VKS Wien 19. 9. 2013, VKS-546721/13.

7 Siehe bspw VwGH 28. 5. 2008, 2007/04/0232; BVA 6. 11. 2013, N/0090/BVA/12/2013-20, ZVB 2014/4 (mit Anm *T. Gruber*) und ZVB 2014/34 (mit Anm *Prünster*).

8 So spricht BVA 6. 11. 2013, N/0090/BVA/12/2013-20 bezüglich der Systemwahl vom „Erbringen“ einer „nachvollziehbar dokumentierten Grundlage“.

9 Dort zur einschränkenden Verfahrenswahl mit nur einem Bieter gemäß § 29 Abs 2 Z 2 BVergG, VwGH 21. 1. 2014, 2011/04/0003, RPA 2014, 153 (mit Anm *L'ubica Páleníková*).

10 ZVB 2012/44 (155).

11 VwGH 26. 2. 2014, 2011/04/0134, RPA 2014, 261.