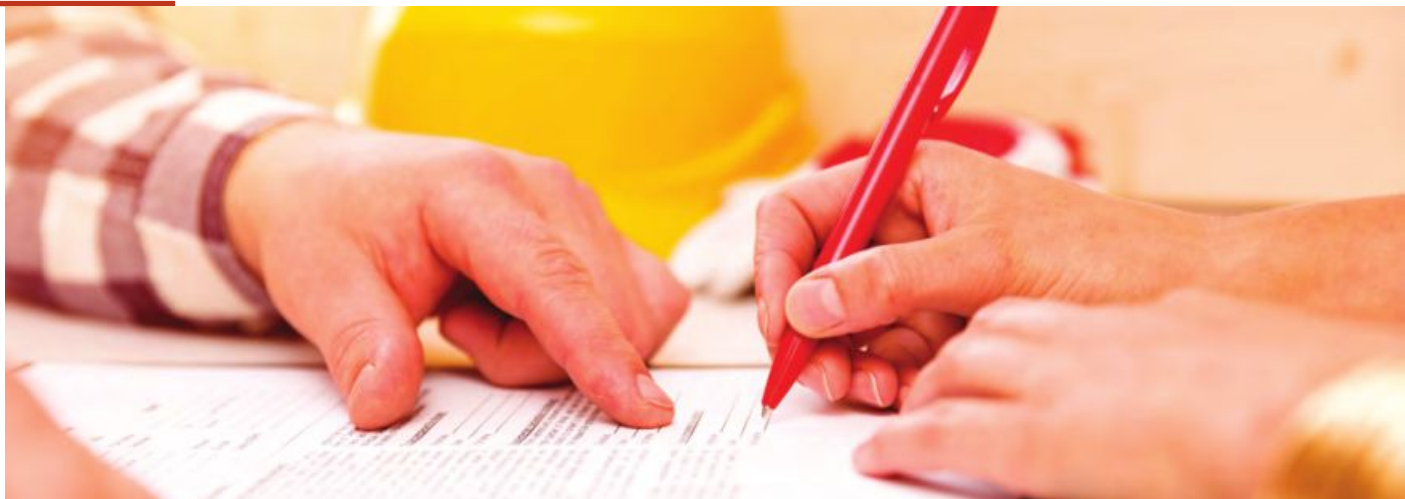




arturphoto/Stock/GettyImages Plus

Grenzen des Rechtsschutzes

Wer eine Entscheidung in einem Vergabeverfahren anfechten will, darf nicht beliebig zwischen Nachprüfungs- und Feststellungsantrag wählen. Eine aktuelle Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs zeigt, wann ein später Feststellungsantrag unzulässig ist.

Text: **Thomas Kurz**

Das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem eröffnet einige Möglichkeiten, steht aber nicht in jedem Fall unbegrenzt zur Verfügung. Grundsätzlich gibt es zwei Arten von Anträgen: sogenannte „Nachprüfungsanträge“, während das Vergabeverfahren noch läuft, und „Feststellungsanträge“ nach Abschluss des Vergabeverfahrens, also nach Zuschlag oder Widerruf. Ein Unternehmen kann aber nicht beliebig zwischen diesen beiden Arten von Anträgen wählen. Insbesondere ist ein Feststellungsantrag grundsätzlich dann unzulässig, wenn das Unternehmen bereits während des laufenden Vergabeverfahrens einen Nachprüfungsantrag bei Gericht hätte einbringen können.

EIN GÜNSTIGERES ANGEBOT

Um einen solchen Fall ging es in der Entscheidung des VwGH vom 22. Juli. Das Angebot eines Bieters war nicht erfolgreich, weil das Angebot eines Konkurrenten um rund 20 Prozent billiger war und vom Auftraggeber daher ausgewählt wurde. Der nicht erfolgreiche Bieter stellte keinen Nachprüfungsantrag gegen diese Auswahlentscheidung, sondern erst danach – also nach Abschluss des Vergabeverfahrens – einen Feststellungsantrag. Nun begründete dieser Bieter (Antragsteller) diese späte Anfechtung wie folgt: Er hätte erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens erfahren, dass der erfolgreiche Bieter Positionen mit null Euro ausgeschrieben hätte.

Das Angebot wäre daher auszuschneiden gewesen. Das Bundesverwaltungsgericht

(BVwG) wies den Antrag zurück, weil der Antragsteller zuvor einen Nachprüfungsantrag hätte einbringen müssen. Der Antragsteller brachte gegen diese Zurückweisung eine Revision an den VwGH ein; allerdings ebenfalls erfolglos: Der VwGH bestätigte die Entscheidung des BVwG. Die Frage, ob das erstgereichte Angebot auszuschneiden gewesen wäre, wurde von den Gerichten nicht geprüft.

AUFFÄLLIGER PREISUNTERSCHIED

Zentral für die Zurückweisung des Antrags war der Vorwurf des BVwG, der Antragsteller hätte eben nicht nur bereits zuvor einen Nachprüfungsantrag einbringen müssen, sondern auch können, weil der Preisunterschied von 20 Prozent auffällig gewesen wäre und den Verdacht auf einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis begründet hätte. Er hätte also, auch ohne Kenntnis konkreter Positionspreise, einen begründeten Nachprüfungsantrag einbringen können.

Der Ansicht des Antragstellers, es könne von ihm nicht verlangt werden, auf bloßen „Verdacht“ hin einen Nachprüfungsantrag zu stellen, wurde nicht gefolgt. Dem BVwG kann man meines Erachtens insoweit zustimmen, als ein gewisses Risiko, ob eine Anfechtung erfolgreich sein wird, jedem Bieter zuzumuten ist. Schließlich weiß man auch bei Kenntnis einer Nullpreisposition im Konkurrenzangebot nicht mit Sicherheit, ob das Angebot wirklich auszuschneiden gewesen wäre, kann es doch im Einzelfall betriebswirtschaftlich plausible Erklärungen dafür geben.

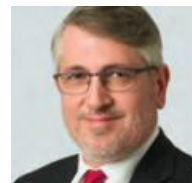
In diesem Sinne bestätigte dies auch der VwGH und betonte, dass es bei der Frage, ob ein Bieter die Möglichkeit gehabt hätte, einen Nachprüfungsantrag einzubringen, nicht auf die Erfolgsaussichten dieses Antrags ankäme. Wenn der Nachprüfungsantrag möglich gewesen wäre, aber unterlassen wurde, dann sei der spätere Feststellungsantrag eben unzulässig.

EUGH-JUDIKATUR HALF NICHT

Der Antragsteller hatte ergänzend auch noch auf bestimmte Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Frage, unter welchen Umständen Rechtsschutzanträge nicht verwehrt werden dürfen, verwiesen. In dieser EuGH-Judikatur wäre es aber, so der VwGH, um Fälle gegangen, in denen der Auftraggeber durch sein Verhalten die Rechtsschutzmöglichkeiten unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert habe. Ein solcher Fall sei hier nicht vorgelegen. ■

AUTOR

RA Mag. Thomas Kurz ist Rechtsanwalt bei Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH, Kundmannsgasse 21, A-1030 Wien
www.heid-partner.at



Heid