

VwGH: Zur Fristenberechnung bei der Einleitung des Feststellungsverfahrens

1. Für die fristauslösende „Kenntnis“ zur Einbringung eines Feststellungsantrags kommt es auf die Kenntnis der Auftraggeberentscheidung und nicht auf die Kenntnis allfälliger einen Vergabeverstoß bestätigenden Entscheidungen der Höchstgerichte an.
2. Da ein Feststellungsantrag auch vor Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses des VfGH oder des VwGH gestellt werden kann, ist ein Abwarten des aufhebenden Erkenntnisses eines Höchstgerichts nicht geboten.
3. Die Einleitung eines höchstgerichtlichen Verfahrens hemmt lediglich die Frist zur Einbringung des Feststellungsantrags.

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

„Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den Altstadtgaragen Salzburg“

§§ 32 Abs 4, 33 Abs 1 Z 6 u 7, Abs 2 S.VKG 2007; 331 Abs 4, 332 Abs 2 BVergG 2006; 35 Abs 1 VwGG

Feststellungsverfahren, Feststellungsantrag, Frist, Fristenberechnung, Fristenverlängerung, VwGH-Beschwerde, Hemmung

Von Philipp Götzl

Sachverhalt

Der Beschwerdefall betrifft das Vergabeverfahren „Erneuerung der Parkraumbewirtschaftungsanlage in den

Altstadtgaragen A und B inklusive Verkehrsdatenerfassung, Kennzeichenerkennungssystem und Parkleitsystem“ [...] in Salzburg. In diesem Verfahren wurde von der Auftraggeberin zunächst eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin (diese Gesellschaft wurde nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides mit der nunmehrigen Beschwerdeführerin als übernehmende Gesellschaft verschmolzen) getroffen, welche sodann von der belangten Behörde mit Bescheid vom 30. Juni 2009 für nichtig erklärt wurde. Dieser Bescheid wurde mit hg. Erkenntnis vom 11. November 2009, Zl. 2009/04/0240, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. [...]

Noch vor diesem Erkenntnis und zwar mit Entscheidung vom 13. August 2009 schied die Auftraggeberin die Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren aus. Der gegen diese Ausscheidungsentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin wurde von der belangten Behörde mit Bescheid vom 29. September 2009 zurückgewiesen. Mit hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl 2009/04/0302, wurde dieser Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses wird gemäß § 43 Abs 2 VwGG verwiesen. In diesen verwies der Verwaltungsgerichtshof zum Einwand der Auftraggeberin, am 1. Dezember 2009 sei im vorliegenden Vergabeverfahren bereits der Zuschlag erteilt worden, auf den Feststellungsantrag nach § 32 Abs 4 S.VKG 2007 und das somit weiter bestehende Rechtsschutzbedürfnis der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin. In der Folge brachte die Beschwerdeführerin (als Gesamtrechtsnachfolgerin) einen solchen Feststellungsantrag nach § 32 Abs 4 S.VKG 2007 (unter anderem betreffend die genannte Ausscheidungsentscheidung) am 29. März 2011 bei der belangten Behörde ein.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dieser Antrag gemäß näher bezeichneter Bestimmungen des Salzburger Vergabekontrollgesetzes 2007, LGBl. Nr. 28 in der Fassung LGBl. Nr. 24/2009 (S.VKG 2007), als verspätet zurückgewiesen. Begründend stellte die belangte Behörde zunächst fest, das vorliegende Vergabeverfahren sei durch Zuschlagserteilung am 23. Oktober 2009 beendet worden, weshalb das S.VKG in der oben genannten Fassung anzuwenden sei (Verweis auf § 38 Abs 6). Weiters stellte die belangte Behörde fest, die Beschwerdeführerin habe am 25. November 2009 Kenntnis von der Zuschlagserteilung erhalten, sodass die Frist für den Feststellungsantrag (gemäß § 33 Abs 2 S.VKG 2007) am 26. November 2009 zu laufen begonnen habe. Diese Frist sei durch das Verfahren beim Verwaltungsgerichtshof zur Zl 2009/04/0302 unterbrochen worden (Einlangen der Beschwerde am 1. Dezember 2009 bis Zustellung des Erkenntnisses an die Beschwerdeführerin am 18. Februar 2011). Da zwischen Kenntniserlangung vom Zuschlag und Einbringung des Feststellungsantrages bei Berücksichtigung der Fristhemmung durch das verwaltungsgerichtliche Verfahren ein Zeitraum von 43 Tagen liege, sei die Frist des § 33 Abs 2 S.VKG 2007 um einen Tag überschritten worden.

Die vorliegende Beschwerde wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Zeit vor Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) bzw. Verwaltungsgerichtshof sei nach §§ 33 Abs 2 iVm 32 Abs 4 S.VKG 2007 nicht in die Berechnung der Frist einzurechnen. Die von der belangten Behörde vertretene Auslegung führe

nämlich dazu, dass die Beschwerdefrist an den Verfassungsgerichtshof bzw. Verwaltungsgerichtshof unsachlich verkürzt werde, stehe im Widerspruch zu dem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und widerspreche auch dem Recht auf Unverletzbarkeit des Eigentums (Art 1 1. ZPEMRK, Art 5 StGG) sowie Art 6 EMRK. Zudem widerspreche dies der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) in der Rs C-406/08, Uniplex, wonach Nachprüfungsfristen erst dann zu laufen beginnen dürften, wenn die Rechtswidrigkeit der zu bekämpfenden Feststellung beurteilt werden könne.

Aus der Begründung:

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

[...] 2. Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen die der Fristberechnung sachverhältnismäßig zu Grunde liegenden Feststellungen im angefochtenen Bescheid.

Im Beschwerdefall geht es vielmehr alleine darum, ob die von der belangten Behörde zur Fristberechnung nach dem § 32 Abs 4 iVm § 33 Abs 2 S.VKG 2007 vertretene Auffassung, wonach die Frist bereits mit dem Zeitpunkt, ab dem die Beschwerdeführerin von der Zuschlagserteilung Kenntnis erlangt hatte, begonnen hatte und durch das Verfahren zur Zl 2009/04/0302 gehemmt wurde, rechtens war. Diese Auffassung der belangten Behörde hat zunächst den Gesetzeswortlaut für sich: § 33 Abs 2 S.VKG 2007 normiert unmissverständlich, dass der Feststellungsantrag binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt zu stellen ist, in dem der Antragsteller vom Zuschlag Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können. In diese Frist des § 33 Abs 2 ist die Zeit eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof oder dem Verwaltungsgerichtshof gemäß § 32 Abs 4 S.VKG 2007 nicht einzurechnen. Die Frist für einen Feststellungsantrag nach § 32 Abs 4 S.VKG 2007 beginnt somit ab Kenntnis der Zuschlagserteilung oder des Widerrufs zu laufen. Für den Fall, dass während der Frist ein höchstgerichtliches Verfahren anhängig gemacht wird, wird diese um die Dauer des höchstgerichtlichen Verfahrens verlängert. Insofern wird die Frist nicht – wie von der Beschwerde behauptet – verkürzt, sondern verlängert, da das höchstgerichtliche Verfahren den Fristenlauf hemmt (arg: „nicht einzurechnen“; vgl zur gleichlautenden Regelung des § 331 Abs 4 BVergG 2006 *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 – Kommentar (2009), Rz 35 zu § 331). Es besteht auch während der gesamten Dauer eines Verfahrens vor dem Verwaltungs- oder vor dem Verfassungsgerichtshof die Möglichkeit, einen Feststellungsantrag nach § 32 Abs 4 S.VKG 2007 zu stellen.

3. Das Beschwerdevorbringen, die Beschwerdefrist werde bei einer solchen Auslegung unsachlich verkürzt, berücksichtigt nicht, dass beide Fristen unabhängig voneinander zu sehen sind. Während die Fristen zur Erhebung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof (im vorliegenden Zusammenhang) die Anfechtung eines noch vor Zuschlagserteilung ergangenen Bescheides der Nachprüfungsbehörde betreffen, betrifft die Frist zur Stellung eines Feststellungsantrages nach § 32 Abs 4 S.VKG 2007 die Weiterführung des durchgeführten Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren (vgl hiezu bereits das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2009/04/0302, das auf das Weiterbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses verweist). Daher ist kein Grund zu sehen, warum die Beschwerdeführerin durch die vorliegende Fristregelung des § 32 Abs 4 iVm § 33 Abs 2 S.VKG 2007 an der Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof bzw. Verwaltungsgerichtshof unsachlich gehindert wäre.

4. Auch die Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH im Urteil vom 28. Januar 2010 in der Rechtssache C-406/08, *Uniplex (UK) Ltd gegen NHS Business Services Authority*, hilft der Beschwerde nicht zum Erfolg: Die Beschwerdeführerin leitet aus dem Urteil ab, dass die Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages nach § 33 Abs 2 S.VKG 2007 erst dann zu laufen beginnen dürfe, wenn der Antragsteller die Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung des Auftraggebers beurteilen könne, was aber erst mit Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bzw. Verwaltungsgerichtshofes möglich sei. Der EuGH hat im Urteil „*Uniplex*“ festgehalten, dass die Frist für die Einleitung eines Verfahrens zur Feststellung eines Verstoßes nach der Richtlinie 89/665 auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der Antragsteller von dem Verstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen (vgl Randnummer 35). Die Information, dass seine Bewerbung oder sein Angebot zurückgewiesen worden ist, genügt dafür alleine nicht (Randnummer 30). Vielmehr müssen dem Bieter die Gründe für die entsprechende Auftraggeberentscheidung mitgeteilt werden (Randnummern 33 und 34). Nach dieser Rechtsprechung kommt es auf die Kenntnis der Begründung der Auftraggeberentscheidung und nicht auf die Kenntnis allfälliger Entscheidungen der Höchstgerichte an. Es ist nämlich nicht maßgeblich, dass der Antragsteller im Feststellungsverfahren gleichsam ein aufhebendes Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes oder Verwaltungsgerichtshofes als „Beleg“ für die Darlegung des verletzten Rechtes (§ 33 Abs 1 Z 6 S.VKG 2007) und der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt (§ 33 Abs 1 Z 7 S.VKG 2007), vorweisen kann und damit abwarten muss, sondern alleine darauf, ob er Kenntnis von dem von ihm behaupteten Verstoß im Vergabeverfahren hat. Vorliegend

geht es aber nur darum, dass ein Nachprüfungsverfahren, in dem ein konkreter Verstoß bekämpft wird und in dem bereits die Gründe für die Rechtswidrigkeit der Auftraggeberentscheidung dargelegt wurden, als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist. Für den Übergang in das Feststellungsverfahren ist daher nicht die Kenntnis des Vergabeverstoßes (der ja bereits im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde), sondern alleine die Kenntnis des Umstandes erforderlich, ob zwischenzeitlich trotz dieses behaupteten Verstoßes der Zuschlag erteilt worden ist. Genau auf diesen Umstand stellt § 33 Abs 2 S.VKG 2007 ab. Dem Antragsteller ist es auch nicht verwehrt, im Rahmen des geltend gemachten Beschwerdepunktes nachträglich allfällige Argumente vorzubringen, die sich aus einer höchstgerichtlichen Entscheidung ergäben, da die Begründung eines Feststellungsantrages nicht bindend ist und daher auch später vorgebrachte Gründe des Antragstellers zu beachten sind (vgl zur Rechtslage nach dem WVRG das hg Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl 2006/04/0200, und zur gleichartigen Rechtslage nach dem BVergG 2006 *Möslinger-Gehmayr in Schramml/Aicher/Eruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 – Kommentar (2009), Rz 53 zu § 332). Soweit man das Beschwerdevorbringen dahin verstünde, der Antragsteller habe die Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bzw. des Verwaltungsgerichtshofes abzuwarten, weil vor diesem Zeitpunkt ein Feststellungsantrag nach § 32 Abs 4 zweiter Satz S.VKG 2007 unzulässig wäre, ist Folgendes festzuhalten: § 32 Abs 4 zweiter Satz S.VKG 2007 regelt, dass ein Verfahren durch die belangte Behörde dann als Feststellungsverfahren weiterzuführen ist, wenn die dort geregelten Voraussetzungen (unter anderem ein den Bescheid der Vergabekontrollbehörde aufhebendes Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes) vorliegen. Jedoch ist auch § 33 Abs 2 S.VKG 2007 zu berücksichtigen: Dieser stellt seinem klaren Wortlaut nach auch bei Anträgen nach § 32 Abs 4 leg. cit. auf den Zeitpunkt der (möglichen) Kenntnis vom Zuschlag ab. Daraus kann nur geschlossen werden, dass Anträge nach § 32 Abs 4 leg cit zulässigerweise innerhalb dieser Frist und damit auch vor Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bzw. des Verwaltungsgerichtshofes gestellt werden können. Ein Abwarten des aufhebenden Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bzw. des Verwaltungsgerichtshofes durch den Antragsteller ist daher auch aus diesem Grund nicht geboten.

5. Da somit bereits der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Hinweis für die Praxis:

Mit der vorliegenden Entscheidung schreibt der VfGH seine Spruchpraxis fort, wonach § 32 Abs 4 letzter Satz S.VKG 2007 (gleichlautend ist § 331 Abs 4 BVergG 2006), mit dem die Zeit eines Verfahrens vor dem VfGH oder VwGH in die Frist zur Einleitung eines Feststellungsverfahrens „nicht einzurechnen“ ist, eine Fortlaufshemmung normiert.¹ Da hier keine Unterbrechung sondern eine Hemmung einer Frist vorliegt, beginnt die Frist nach Beendigung des Verfahrens nicht neu zu laufen, sondern ist der bis dahin begonnene Teil der Frist hinzu zu rechnen. Gleichzeitig ist die Frist hemmende Dauer des VwGH-Beschwerdeverfahrens erst ab Einlangen der Beschwerde beim VwGH und nur bis zur Zustellung der Entscheidung anzunehmen.² Die Frist für die Antragstellung im Feststellungsverfahren beginnt aber bereits ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Unternehmer vom Zuschlag tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können. So hat nach der Judikatur bspw der Unternehmer bei einer öffentlichen Bekanntmachung des Zuschlages im Amtsblatt zweifellos die Möglichkeit von diesem Umstand Kenntnis zu erlangen.³ An eine nachweisliche schriftliche Verständigung knüpft das Gesetz in diesem Zusammenhang nicht an, reicht doch auch bereits die Möglichkeit der Kenntniserlangung zB durch Einsicht in das Supplement zum Amtsblatt aus.⁴

Dabei kommt es auf die Kenntnis der Begründung der Auftraggeberentscheidung und damit auf die Kenntnis von dem von ihm behaupteten Verstoß im Vergabeverfahren und nicht auf die Kenntnis allfälliger Entscheidungen der Höchstgerichte an. Auch für den Übergang in das Feststellungsverfahren ist daher nicht die Kenntnis des (allenfalls durch höchstgerichtlichen Entscheid nachgewiesenen) Vergabeverstoßes (der ja bereits im

Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde), sondern alleine die Kenntnis des Umstandes erforderlich, ob zwischenzeitlich trotz dieses behaupteten Verstoßes der Zuschlag erteilt worden ist.

Diese Ansicht steht auch im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung. Der EuGH hat im Urteil vom 11. Oktober 2007 in der Rechtssache C-241/06, *Lämmerzahl*, mit Hinweisen auf seine bisherige Rechtsprechung (va EuGH 12. 12. 2002 Rs C-470/99, *Universale-Bau*) festgehalten, dass die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb einer Ausschlussfrist gerügt werden müssen, sodass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann, sofern die fragliche Frist angemessen ist. Dabei dürfen nationale Ausschlussfristen einschließlich der Art und Weise ihrer Anwendung nicht als solche die Ausübung der Rechte, die dem Betroffenen gegebenenfalls nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Rn 50 bis 52).

Hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtskonformität der Frist von sechs Wochen bestehen nach der Judikatur⁵ ebenfalls keine Bedenken, da die *Frist von sechs Wochen ab möglicher Kenntnis von der Erlangung des Zuschlags die Anfechtung bzw. den Feststellungsantrag nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert*. Es kann in diesem Zusammenhang auch dahin gestellt bleiben, ob ein direkter Vergleich der Fristen für Schadenersatzansprüche im Allgemeinen (mit Verjährungsfrist von drei Jahren) mit speziellen aus dem Vergaberecht erwachsenden Ansprüchen im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Äquivalenz-

1 VfGH 26. 3. 2007, 2006/01/0088, ZfVB 2007/2615; VfGH 24. 2. 2010, 2009/04/0046, RPA-Slg 2010/13 = ZfVB 2010/1432 = ZVB 2010/85 (G. Gruber/Eisner).

2 Thienel in Schramm/Aicher/Frubmann/Thienel BVergG² Rz 35 zu § 331; Walter/Thienel, die Verwaltungsverfahrensnovellen 1995 (1995) 106.

3 VfGH 11. 11. 2009, 2009/04/0206, bbl 2010/137, 166 = RPA-Slg 2010/4 = ZfVB 2010/874 = ZVB 2010/86, 293 (G. Gruber/Eisner) = Latzenhofer in Gast BVergG-Leitsatzkommentar E 29 zu § 332.

4 VfGH 10. 6. 2002, B 1353/99, VfSlg 16.498 = BVergSlg 32.56 = ZfVB 2003/857 = ZfVB 2003/919.

5 VfGH 11. 11. 2009, 2009/04/0206 mwN.

prüfung überhaupt anzustellen ist, weil die Frist für Feststellungsanträge in einem Fall wie dem vorliegenden objektiv gerechtfertigt ist.⁶

Schließlich ist noch zu bemerken, dass die Entscheidung über die Frage, ob die Beschwerdeführerin einen ihr allenfalls zukommenden Anspruch in Folge verspäteter Antragstellung verloren hat, eine Entscheidung über ein *civil right* dem Grunde nach ist, die daher von einem „Tribunal“ iS des Art 6 EMRK entschieden werden muss.⁷ Zweifellos ist aber die belangte Behörde (der VKS Salzburg) ein solches Tribunal. Der vorliegende Sachverhalt wurde damit – auch im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben – richtig

beurteilt und ist auf Grundlage der vorliegenden Entscheidung zusammenfassend festzuhalten, dass die Frist zur Einbringung des Feststellungsantrags bereits mit dem Zeitpunkt beginnt, ab dem der Bieter von der Zuschlagserteilung oder dem Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können. Dabei kommt es auf die Kenntnis der Auftraggeberentscheidung und nicht auf die Kenntnis allfälliger Entscheidungen der Höchstgerichte an (vgl § 33 Abs 2 S.VKG 2007, gleichlautend § 332 Abs 2 BVergG 2006). Die Einleitung eines höchstgerichtlichen Verfahrens hemmt lediglich die Frist zur Einbringung des Feststellungsantrags.

6 VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0206.

7 VfGH 12. 10. 2002, G 117/02, VfSlg 16.692 = bbl 2003/13, 25 = JUS Vf/2558 = ZfVB 2003/1151.