I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Lukasser sowie die Hofrätinnen Mag. Hainz-Sator und Dr. Funk-Leisch als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der T Gesellschaft m.b.H., vertreten durch die Buchberger Ettmayer Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Jänner 2024, Zl. W131 2244508-1/123E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Bundesbeschaffung GmbH und 2. Republik Österreich, beide vertreten durch die Finanzprokuratur), zu Recht erkannt:

Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

1 **1.** Aus dem angefochtenen Beschluss ergibt sich folgender unstrittiger Sachverhalt:

2 Die Erst- bzw. Zweitmitbeteiligte (Auftraggeberinnen) machten den in Aussicht genommenen Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung bekannt und verlautbarten hierzu auszugsweise folgende allgemeine Ausschreibungsbedingungen:

„Allgemeine Ausschreibungsbedingungen
Offenes Verfahren gem. BVergG 2018
betreffend den Abschluss
der Rahmenvereinbarung:
SARS-CoV2-(Covid-19)-Antigenschnelltests
Auftraggeber
die Republik Österreich (Bund),
die Bundesbeschaffung GmbH,

sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste. [...]

2 Ziel und Grundlagen des Vergabeverfahrens

2.1 Gegenstand des Verfahrens

3 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit allen geeigneten Unternehmern gemäß §§ 31 Abs. 7 und 39 i. V. m. §§ 153 ff BVergG 2018 über die Lieferung von qualitativen immunologischen Antigen-(Schnell-)test inklusive Zubehör zum Nachweis von SARS-CoV-2 (Covid-19) basierend auf dem Nachweis von viralem Protein (SARS-Covid-2-Virus bzw. viralen SARS-CoV-2 Nukleokapsidprotein-Antigenen) in respiratorischen Probenmaterialien und Körperflüssigkeiten im Point-of-Care-Format, als lateral-flow-Teste (qualitativen Nachweis von Stoffen mit Antikörpern) zur unmittelbaren visuellen Auswertung gemäß dem österreichischem Medizinproduktegesetz (MPG) bzw. zu Grunde liegender EU-Rechtsnormen, insbesondere der IVD-RL 98/79/EG bzw. IVD Verordnung 2017/746, jeweils in der geltenden Fassung in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber nach den Bestimmungen gemäß Punkt 2.4.

4 Der Leistungsgegenstand und die Vergabe von Einzelaufträgen auf Basis der Rahmenvereinbarung sind in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) detailliert geregelt.

[...]

6.4 Bewertung und Abschluss

6.4.1 Abschluss der Rahmenvereinbarung

143 Die Rahmenvereinbarung wird mit allen nicht auszuscheidenden Bietern abgeschlossen, die ein gültiges Angebot gelegt haben.

6.5 Angebotsbindefrist

144 Die Frist zur Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, endet 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist. Die Bieter sind an ihr Angebot bis zum Ende dieser Frist gebunden.

145 Während eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens ist diese Entscheidungsfrist gehemmt, wodurch sich der Zeitraum, in welchem die Bieter an ihr Angebot gebunden sind, verlängern kann.“

3 Eine Mitteilung der Auswahlentscheidung gemäß § 154 Abs. 3 BVergG 2018 erfolgte nicht.

4 Die Auftraggeberinnen teilten in der Folge den Abschluss der Rahmenvereinbarung insgesamt 76 Unternehmen mit, worunter sich auch die Revisionswerberin befand.

5 Auch wurden von der Revisionswerberin nach Abschluss der Rahmenvereinbarung mehrfach an sie ergangene Leistungsabrufe auf Basis der Rahmenvereinbarung erfüllt und der entsprechende Gewinn lukriert.

6 Der verfahrensgegenständliche Feststellungsantrag bezieht sich auf einen konkreten Leistungsabruf aus dieser Rahmenvereinbarung durch die Auftraggeberinnen vom 14. April 2021 zugunsten von M[...] (Zuschlagsempfängerin), mit welchem Unternehmen ebenfalls die Rahmenvereinbarung geschlossen worden war.

7 **2.** Die Revisionswerberin stellte den Antrag, das Verwaltungsgericht möge feststellen,

„dass der Zuschlag vom 14. April 2021 zugunsten der Zuschlagsempfängerin M [...] wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht und eines Verstoßes gegen das BVergG nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde“.

8 Zusammengefasst brachte die Revisionswerberin vor, es sei mit dem Abruf von einem bestimmten Unternehmen (Zuschlagsempfängerin) gegen die in der Ausschreibung festgelegten MUSS-Anforderungen verstoßen worden. Bei ausschreibungs- und vergaberechtskonformer Bewertung ihres Angebotes und des Angebotes der Zuschlagsempfängerin hätte die Revisionswerberin als Vertragspartei der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung den konkreten Zuschlag erhalten müssen, weil sie im Zeitpunkt dieses konkreten Abrufs über einen Antigentest mit Medizinproduktezulassung und CE-Kennzeichnung für die Eigenanwendung mit dem niedrigsten Preis verfügt habe. Durch die behauptete Vergaberechtsverletzung sei ihr insoweit ein Schaden entstanden, als sie den Auftrag nicht erhalten habe. Bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung der Ausschreibungsbedingungen hätten die Auftraggeberinnen zu dem Schluss kommen müssen, dass die abgerufenen Antigentests der Zuschlagsempfängerin nicht sämtliche MUSS-Anforderungen erfüllten. Gleichzeitig erweise sich dadurch auch der Abruf wegen eines

Verstoßes gegen die festgelegten Bedingungen für die unmittelbare Vergabe eines Auftrages aufgrund der Rahmenvereinbarung iSd § 155 Abs. 5 BVergG 2018 als rechtswidrig.

9 **3.** Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Verwaltungsgericht diesen Feststellungsantrag zurück. Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht für zulässig.

10 Ausgehend vom oben bereits dargestellten Sachverhalt folgerte das Verwaltungsgericht - hier soweit verständlich zusammengefasst - in rechtlicher Hinsicht:

11 Die von der Auftraggeberseite als wirksam abgeschlossen bewertete Rahmenvereinbarung sei aus den im Teilerledigungsbeschluss dargestellten Gründen absolut nichtig (offenbar möchte das Verwaltungsgericht hier auf den Beschluss vom 3. August 2023, W131 2244508-1/123E, mit welchem über ein weiteres Feststellungsbegehren der Revisionswerberin abgesprochen wurde, das diese in demselben Antrag gestellt hatte, verweisen). Wenn die Revisionswerberin im Vergabeverfahren über den Abschluss der streitgegenständlichen „Rahmenvereinbarung“ - ohne dass zuvor die in der Ausschreibung vergaberechtskonform gemäß § 154 BVergG 2018 vorgesehene Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, bekannt gegeben worden sei, - das Vergabegeschehen insoweit akzeptiert habe, als diese insbesondere von Landesauftraggebern getätigte Leistungsabrufe erfüllt habe, habe die Revisionswerberin ein Verhalten zu verantworten, das gegen die Bestimmungen der auch von der Revisionswerberin unangefochten gelassenen Ausschreibung und damit gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoße. *„Wenn nämlich“* - so das Verwaltungsgericht wörtlich - *„die ASt einerseits den § 154 Abs 4 BVergG zu beachten hatte und andererseits die Rz 144 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen dahin lautet, dass die Frist zur Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist endet, hatte für die ASt in gebotener gesetzeskonformer Auslegung der Ausschreibung klar zu sein, dass ohne eine vorangehende Auswahlentscheidung iSv § 154 Abs 4 BVergG - bei sonstiger*

absoluter Nichtigkeit derselben - keine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden darf.“ Die Revisionswerberin habe bei den bei ihr aus dem Titel dieser „Rahmenvereinbarung“ erfolgten Abrufen nicht von deren Vergaberechtskonformität ausgehen dürfen. Es fehle der Revisionswerberin damit der Schaden gemäß § 353 Abs. 1 BVergG bzw. die Antragslegitimation nach dieser Bestimmung.

Abschließend führt das Verwaltungsgericht wörtlich aus:

„Beachtet man insoweit weiters, dass UWG - Prozesse mit großem Kostenrisiko gemäß §§ 41ff ZPO belastet sind und nach dem OGH insb iSv 4Ob 216/11k Klagen nach UWG jedenfalls dann ohne vergabekontrollrechtliche Feststellungsentscheidung zulässig sind, wenn [hier interessierend] vor dem BVwG keine Antragslegitimation besteht,

so erscheint es verfassungskonform gleichheitsrechtlich sachgerecht, wenn der VwGH zu Zl 2005/04/0200 klargestellt hat, dass der eigene Vergaberechtsverstoß eines Bieters, wie hier das aufgezeigte vergaberechtswidrige Verhalten der ASt, dazu führt, dass der im Punkte des Prozesskostenrisikos privilegierte Rechtsweg wegen vorgebrachter Vergaberechtsverstöße von vergaberechtsgebundenen Auftraggebern zu Gunsten von Konkurrenten vor dem [hier:] BVwG verschlossen ist,

sondern der Bieter, hier die ASt, dann eben auf den risikoreicheren Rechtsweg gemäß UWG verwiesen ist, wo von der ASt der Auftraggeber und der Konkurrent als wettbewerbsrechtliche Mit-, Bestimmungs- oder Beitragstäter mit einem hohen Prozesskostenersatzrisiko rücksichtlich dann zweier Prozessgegner zu verklagen sein werden und dort neben anderen Beweiserfordernissen insb auch der nach UWG vorwerfbare Rechtsstoß gegen Vergabevorschriften sehr oft über drei Instanzen mit allenfalls mehreren dortigen Verfahrensgängen bewiesen wird werden müssen.“

12 Die Zulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht wörtlich wie folgt:

„Gegenständlich liegt nach hier vertretener Auffassung eine derartige revisible Rechtsfrage jedenfalls einmal deshalb vor, weil noch keine gefestigte VwGH - Rsp zu den vergaberechtlichen Antragslegitimationsbestimmungen mit dem unionsrechtlichen Hintergrund des Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG dahin vorliegt, ob der insoweit sehr sachgerecht erscheinende Schutzbedürftigkeitsapekt iSv VwGH Zl 2005/04/0200, der nach hier vertretener Auffassung va auch dem Fairnessgebot des Art 47 GRC entspricht, nach Ergehen des EuGH - Urteils in der Rs C-355/15 weiter angewendet

werden kann, wenn der EuGH - nach hier vertretener Auffassung mitunter anders als zuvor in der Rs C-249/01 - in der hier erstgenannten Rechtssache zu C-355/15 - zu einem nicht ganz vergleichbaren Sachverhalt - synchron mit dem Art 2a RL 89/665/EWG idgF formal darauf abgestellt hat, dass ein Bieter bereits endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen gewesen sein muss, damit diesem dann die Antragslegitimation bei einer kritisierten Vergabe zu Gunsten eines Konkurrenten fehlt."

13 **4.** Gegen diesen Beschluss richtet sich die ordentliche Revision. Revisionsbeantwortungen wurden in dem vom Verwaltungsgericht geführten Vorverfahren nicht erstattet.

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

15 Die Revision ist angesichts ihres Zulässigkeitsvorbringens, das Verwaltungsgericht weiche von der konkret bezeichneten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zum Vorliegen eines Schadens als Voraussetzung für einen Feststellungsantrag ab, zulässig und berechtigt.

16 **5.1.** Das Verwaltungsgericht legte der Zurückweisung des verfahrensgegenständlichen Feststellungsantrags - soweit ersichtlich - die Rechtsansicht zugrunde, die von der Auftraggeberin angestrebte Rahmenvereinbarung sei nicht wirksam zustande gekommen, weil keine Mitteilung an die nicht berücksichtigten Bieter im Sinne des § 154 Abs. 3 BVergG 2018 erfolgt sei, mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle. Die unterbliebene Mitteilung gemäß § 154 Abs. 3 BVergG 2018 führe ohne Erfordernis der Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde zur absoluten Nichtigkeit der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung. Daraus folgert das Verwaltungsgericht weiter, die Revisionswerberin habe einen Vergaberechtsverstoß zu verantworten, weil sie trotz absoluter Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung selbst Leistungsabrufen aus dieser nachgekommen sei und den Gewinn für diese Zuschläge lukriert habe. Aus diesem Grund mangle es der Revisionswerberin an der Schutzwürdigkeit im Hinblick auf den verfahrensgegenständlichen Feststellungsantrag, der sohin zurückzuweisen sei.

17 **5.2.** Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem - eine vergleichbare Rahmenvereinbarung betreffenden - Parallelfall, dem dieselben tatsächlichen und rechtlichen Aspekte zugrunde lagen, bereits festgehalten, dass die Unterlassung der Mitteilung iSd § 154 Abs. 3 BVergG 2018 nicht ex lege die Nichtigkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung begründet, weshalb ein allfälliger Verstoß gegen die Mitteilungspflicht die Annahme eines zunächst wirksamen (einer Zuschlagserteilung gleichzuhaltenden) Rahmenvereinbarungsabschlusses, der jeweils die Voraussetzung für Feststellungsanträge gemäß § 334 Abs. 3 Z 1 bis 5 BVergG 2018 bildet, nicht hindert (vgl. VwGH 3.7.2025, Ro 2023/04/0039, Rn. 22). Auf die begründenden Ausführungen kann hier gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen werden.

18 Es ist vor dem Hintergrund dieses Judikats davon auszugehen, dass bereits die Prämisse des Verwaltungsgerichts, es handle sich bei der verfahrensgegenständlichen, den Leistungsabrufen zugunsten der Revisionswerberin und auch der Zuschlagsempfängerin zugrunde gelegten Rahmenvereinbarung - ungeachtet der Frage deren vergaberechtswidrigen Zustandekommens bzw. der Möglichkeit einer Nichtigerklärung im Sinne des § 356 BVergG 2018 - um einen unabhängig von einer Entscheidung der Vergabekontrollbehörden von vornherein rechtsunwirksamen Vertrag, unrichtig ist.

19 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Einleitungssatz des § 353 Abs. 1 BVergG 2018 bestimmt, dass ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, einen Antrag im Sinne der in § 353 Abs. 1 BVergG 2018 vorgesehenen Feststellungsbegehren einbringen kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Inwiefern diese Voraussetzungen für die Antragslegitimation der Revisionswerberin - ein Interesse am Vertragsabschluss und ein plausibel vorgebrachter entstandener Schaden - fallbezogen nicht gegeben sein sollten, geht aus der Begründung des Verwaltungsgerichts nicht hervor. Das Fehlen der gesetzlich normierten Voraussetzungen für die Antragslegitimation ist vor dem

Hintergrund des Vorbringens der Revisionswerberin, es sei zugunsten der Zuschlagsempfängerin entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen ein konkreter Leistungsabruf aus der Rahmenvereinbarung erfolgt, der bei ausschreibungskonformer Bewertung der Angebote vielmehr der Revisionswerberin als Bestanbieterin hätte erteilt werden müssen, per se auch nicht ersichtlich. Inwiefern die Revisionswerberin für den vom Verwaltungsgericht ins Treffen geführten Vergaberechtsverstoß - die Unterlassung der Mitteilung der Auswahlentscheidung - verantwortlich sein sollte, erschließt sich nicht, obliegt doch die Bekanntgabe derselben alleine dem öffentlichen Auftraggeber. Dass die verfahrensgegenständlich relevierte Rechtswidrigkeit des ausschreibungswidrigen Leistungsabrufs als Verstoß bereits in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können, in welchem Fall dem Feststellungsantrag die Unzulässigkeit gemäß § 354 Abs. 4 BVergG 2018 entgegengehalten werden könnte, ist angesichts des Vorbringens der Revisionswerberin, der verfahrensgegenständliche Leistungsabruf widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen, ausgehend von den Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Beschluss nicht ersichtlich.

20 **5.3.** Der angefochtenen Beschluss war nach dem oben Gesagten wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

21 Der Ausspruch über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 22. Juli 2026

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Lukasser sowie die Hofrätinnen Mag. Hainz-Sator und Dr. Funk-Leisch als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der T Gesellschaft m.b.H., vertreten durch die Buchberger Ettmayer Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Jänner 2024, Zl. W131 2247310-1/76E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Bundesbeschaffung GmbH und 2. Republik Österreich, beide vertreten durch die Finanzprokuratur), zu Recht erkannt:

Der angefochtene Beschluss wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

1 **1.** Aus dem angefochtenen Beschluss ergibt sich folgender unstrittiger Sachverhalt:

2 Die Erst- bzw. Zweitmitbeteiligte (Auftraggeberinnen) machten den in Aussicht genommenen Abschluss der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung bekannt und verlautbarten hierzu auszugsweise folgende allgemeine Ausschreibungsbedingungen:

„Allgemeine Ausschreibungsbedingungen
Offenes Verfahren gem. BVergG 2018
betreffend den Abschluss
der Rahmenvereinbarung:
SARS-CoV2-(Covid-19)-Antigenschnelltests
Auftraggeber
die Republik Österreich (Bund),
die Bundesbeschaffung GmbH,

sowie alle weiteren Auftraggeber gemäß der den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Kundenliste. [...]

2 Ziel und Grundlagen des Vergabeverfahrens

2.1 Gegenstand des Verfahrens

3 Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit allen geeigneten Unternehmern gemäß §§ 31 Abs. 7 und 39 i. V. m. §§ 153 ff BVergG 2018 über die Lieferung von qualitativen immunologischen Antigen-(Schnell-)test inklusive Zubehör zum Nachweis von SARS-CoV-2 (Covid-19) basierend auf dem Nachweis von viralem Protein (SARS-Covid-2-Virus bzw. viralen SARS-CoV-2 Nukleokapsidprotein-Antigenen) in respiratorischen Probenmaterialien und Körperflüssigkeiten im Point-of-Care-Format, als lateral-flow-Teste (qualitativen Nachweis von Stoffen mit Antikörpern) zur unmittelbaren visuellen Auswertung gemäß dem österreichischem Medizinproduktegesetz (MPG) bzw. zu Grunde liegender EU-Rechtsnormen, insbesondere der IVD-RL 98/79/EG bzw. IVD Verordnung 2017/746, jeweils in der geltenden Fassung in ganz Österreich für öffentliche Auftraggeber nach den Bestimmungen gemäß Punkt 2.4.

4 Der Leistungsgegenstand und die Vergabe von Einzelaufträgen auf Basis der Rahmenvereinbarung sind in den kommerziellen Ausschreibungsbedingungen (Rahmenvereinbarung) detailliert geregelt.

[...]

6.4 Bewertung und Abschluss

6.4.1 Abschluss der Rahmenvereinbarung

143 Die Rahmenvereinbarung wird mit allen nicht auszuscheidenden Bietern abgeschlossen, die ein gültiges Angebot gelegt haben.

6.5 Angebotsbindefrist

144 Die Frist zur Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, endet 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist. Die Bieter sind an ihr Angebot bis zum Ende dieser Frist gebunden.

145 Während eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens ist diese Entscheidungsfrist gehemmt, wodurch sich der Zeitraum, in welchem die Bieter an ihr Angebot gebunden sind, verlängern kann.“

3 Eine Mitteilung der Auswahlentscheidung gemäß § 154 Abs. 3 BVergG 2018 erfolgte nicht.

4 Die Auftraggeberinnen teilten in der Folge den Abschluss der Rahmenvereinbarung insgesamt 76 Unternehmen mit, worunter sich auch die Revisionswerberin befand.

5 Auch wurden von der Revisionswerberin nach Abschluss der Rahmenvereinbarung mehrfach an sie ergangene Leistungsabrufe auf Basis der Rahmenvereinbarung erfüllt und der entsprechende Gewinn lukriert.

6 Die verfahrensgegenständlichen Feststellungsanträge beziehen sich auf einen konkreten Leistungsabruf aus dieser Rahmenvereinbarung durch die Auftraggeberinnen von einem dritten Unternehmen (Zuschlagsempfängerin), mit dem ebenfalls die Rahmenvereinbarung geschlossen worden war.

7 **2.** Die Revisionswerberin stellte den Antrag, das Verwaltungsgericht möge feststellen,

„dass der Zuschlag vom 15. April 2021 zugunsten der Zuschlagsempfängerin St [...] wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht und eines Verstoßes gegen das BVergG nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt wurde;

[...]

in eventu gemäß § 334 Abs. 3 Z 4 BVergG feststellen, dass der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde;“.

8 Zusammengefasst brachte die Revisionswerberin vor, nach Abschluss der Rahmenvereinbarung habe die Erstmitbeteiligte am 15. April 2021 bei der St [...] (Zuschlagsempfängerin) bestimmt bezeichnete Schnelltests mit einem Auftragswert von € 17.910.000,00 abgerufen, obwohl das von der Zuschlagsempfängerin angebotene Produkt im Zeitpunkt des Abrufs über keine ausschreibungskonforme CE-Zertifizierung verfügt habe. Es sei mit dem Abruf von der Zuschlagsempfängerin gegen die in der Ausschreibung festgelegten MUSS-Anforderungen verstoßen worden. Bei ausschreibungs- und vergaberechtskonformer Bewertung ihres Angebotes und des Angebotes der Zuschlagsempfängerin hätte die Revisionswerberin als Vertragspartei der verfahrensgegenständlichen Rahmenvereinbarung den konkreten Zuschlag erhalten müssen, weil sie im Zeitpunkt dieses konkreten Abrufs über einen

Antigentest mit Medizinproduktezulassung und CE-Kennzeichnung für die Eigenanwendung mit dem niedrigsten Preis verfügt habe. Durch die behauptete Vergaberechtsverletzung sei ihr insoweit ein Schaden entstanden, als sie diesen konkreten Auftrag nicht erhalten habe. Bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung der Ausschreibungsbedingungen hätten die Auftraggeberinnen zu dem Schluss kommen müssen, dass die abgerufenen Antigentests der Zuschlagsempfängerin nicht sämtliche MUSS-Anforderungen erfüllten. Gleichzeitig erweise sich dadurch auch der Abruf wegen eines Verstoßes gegen die festgelegten Bedingungen für die unmittelbare Vergabe eines Auftrages aufgrund der Rahmenvereinbarung iSd § 155 Abs. 5 BVergG 2018 als rechtswidrig.

9 **3.** Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Verwaltungsgericht sowohl den primär als auch den eventualiter gestellten Feststellungsantrag zurück. Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht für zulässig.

10 Ausgehend vom oben bereits dargestellten Sachverhalt folgerte das Verwaltungsgericht - soweit verständlich hier zusammengefasst - in rechtlicher Hinsicht:

11 Die von der Auftraggeberseite als wirksam abgeschlossen angesehene Rahmenvereinbarung sei aus den im Teilerledigungsbeschluss dargestellten Gründen absolut nichtig (offenbar möchte das Verwaltungsgericht hier auf den Beschluss vom 16. August 2023, W131 2247310-1/76E, mit welchem über ein weiteres Feststellungsbegehren der Revisionswerberin abgesprochen wurde, das diese in demselben Antrag gestellt hatte, verweisen). Wenn die Revisionswerberin den Abschluss der streitgegenständlichen „Rahmenvereinbarung“ - ohne, dass zuvor die in der Ausschreibung vergaberechtskonform gemäß § 154 BVergG 2018 vorgesehene Auswahlentscheidung, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wird, bekannt gegeben worden sei, - insofern akzeptiert habe, als sie selbst insbesondere von Landesauftraggebern getätigte Leistungsabrufe erfüllt habe, habe die Revisionswerberin ein Verhalten zu verantworten, das gegen die Bestimmungen der auch von der Revisionswerberin unangefochten gelassenen Ausschreibung und damit gegen die Bestimmungen über öffentliche

Aufträge verstoße. *„Wenn nämlich“* - so das Verwaltungsgericht wörtlich - *„die ASt einerseits den § 154 Abs 4 BVergG zu beachten hatte und andererseits die Rz 144 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen dahin lautet, dass die Frist zur Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, 2 Monate nach Ende der Angebotsfrist endet, hatte für die ASt in gebotener gesetzeskonformer Auslegung der Ausschreibung klar zu sein, dass ohne eine vorangehende Auswahlentscheidung iSv § 154 Abs 4 BVergG - bei sonstiger absoluter Nichtigkeit derselben - keine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden darf.“* Die Revisionswerberin habe bei den bei ihr aus dem Titel dieser Rahmenvereinbarung erfolgten Abrufen nicht von deren Vergaberechtskonformität ausgehen dürfen, weshalb ihr ein vergaberechtswidriges Verhalten anzulasten sei. Es fehle der Revisionswerberin damit der Schaden gemäß § 353 Abs. 1 BVergG 2018 bzw. die Antragslegitimation nach dieser Bestimmung. Die Revisionswerberin sei - so das Verwaltungsgericht wörtlich - „nicht mehr durch vergaberechtliche Rechtsbehelfsmöglichkeiten vor dem BVwG schützenswert“ bzw. sei die Revisionswerberin insoweit nicht schutzbedürftig, als andere Unternehmen in gleicher Weise Umsatz aus einer vergaberechtswidrigen Rahmenvereinbarung erzielten.

12 Abschließend führt das Verwaltungsgericht wörtlich aus:

„Beachtet man insoweit weiters, dass UWG - Prozesse mit großem Kostenrisiko gemäß §§ 41ff ZPO belastet sind und nach dem OGH insb iSv 4Ob 216/11k Klagen nach UWG jedenfalls dann ohne vergabekontrollrechtliche Feststellungsentscheidung zulässig sind, wenn [hier interessierend] vor dem BVwG keine Antragslegitimation besteht,

so erscheint es verfassungskonform gleichheitsrechtlich sachgerecht, wenn der VwGH zu Zl 2005/04/0200 klargestellt hat, dass der eigene Vergaberechtsverstoß eines Bieters, wie hier das aufgezeigte vergaberechtswidrige Verhalten der ASt, dazu führt, dass der im Punkte des Prozesskostenrisikos privilegierte Rechtsweg wegen vorgebrachter Vergaberechtsverstöße von vergaberechtsgebundenen Auftraggebern zu Gunsten von Konkurrenten vor dem [hier:] BVwG verschlossen ist,

sondern der Bieter, hier die ASt, dann eben auf den risikoreicheren Rechtsweg gemäß UWG verwiesen ist, wo von der ASt der Auftraggeber und der

Konkurrent als wettbewerbsrechtliche Mit-, Bestimmungs- oder Beitragstäter mit einem hohen Prozesskostenersatzrisiko rücksichtlich dann zweier Prozessgegner zu verklagen sein werden und dort neben anderen Beweiserfordernissen insb auch der nach UWG vorwerfbare Rechtsstoß gegen Vergabevorschriften sehr oft über drei Instanzen mit allenfalls mehreren dortigen Verfahrensgängen, bewiesen wird werden müssen."

13 Die Zulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht wörtlich wie folgt:

„Gegenständlich liegt nach hier vertretener Auffassung eine derartige revisible Rechtsfrage jedenfalls einmal deshalb vor, weil noch keine gefestigte VwGH - Rsp zu den vergaberechtlichen Antragslegitimationsbestimmungen mit dem unionsrechtlichen Hintergrund des Art 1 Abs 1 RL 89/665/EWG dahin vorliegt, ob der insoweit sehr sachgerecht erscheinende Schutzbedürftigkeitsapekt iSv VwGH Zl 2005/04/0200, der nach hier vertretener Auffassung va auch dem Fairnessgebot des Art 47 GRC entspricht, nach Ergehen des EuGH - Urteils in der Rs C-355/15 weiter angewendet werden kann, wenn der EuGH - nach hier vertretener Auffassung mitunter anders als zuvor in der Rs C-249/01 - in der hier erstgenannten Rechtssache zu C-355/15 - zu einem nicht ganz vergleichbaren Sachverhalt - synchron mit dem Art 2a RL 89/665/EWG idgF formal [...] darauf abgestellt hat, dass ein Bieter bereits endgültig aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen gewesen sein muss, damit diesem dann die Antragslegitimation [hier] vor dem BVwG bei einer kritisierten Vergabe zu Gunsten eines Konkurrenten fehlt."

14 **4.** Gegen diesen Beschluss richtet sich die ordentliche Revision. Revisionsbeantwortungen wurden in dem vom Verwaltungsgericht geführten Vorverfahren nicht erstattet.

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

16 Die Revision ist angesichts ihres Zulässigkeitsvorbringens, das Verwaltungsgericht weiche von der konkret bezeichneten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zum Vorliegen eines Schadens als Voraussetzung für einen Feststellungsantrag ab, zulässig und begründet.

17 **5.1.** Das Verwaltungsgericht legte der Zurückweisung der verfahrensgegenständlichen Feststellungsanträge die Rechtsansicht zugrunde, die von der Auftraggeberin angestrebte Rahmenvereinbarung sei nicht wirksam

zustande gekommen, weil keine Mitteilung an die nicht berücksichtigten Bieter im Sinne des § 154 Abs. 3 BVergG 2018 erfolgt sei, mit wem die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle. Die unterbliebene Mitteilung gemäß § 154 Abs. 3 BVergG 2018 führe ohne Erfordernis der Entscheidung einer Nachprüfungsbehörde zur absoluten Nichtigkeit der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung. Daraus folgert das Verwaltungsgericht weiter, die Revisionswerberin habe einen Vergaberechtsverstoß zu verantworten, weil sie trotz absoluter Nichtigkeit der Rahmenvereinbarung selbst Leistungsabrufen aus dieser nachgekommen sei und den Gewinn für diese Zuschläge lukriert habe. Aus diesem Grund mangle es der Revisionswerberin an der Schutzwürdigkeit im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Feststellungsanträge, die sohin zurückzuweisen seien.

18 **5.2.** Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem ebenfalls eine Rahmenvereinbarung betreffenden Parallelfall, dem dieselben tatsächlichen und rechtlichen Aspekte zugrunde lagen, bereits festgehalten, dass die Unterlassung der Mitteilung iSd § 154 Abs. 3 BVergG 2018 nicht ex lege die Nichtigkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung begründet, weshalb ein allfälliger Verstoß gegen die Mitteilungspflicht die Annahme eines zunächst rechtswirksamen (einer Zuschlagserteilung gleichzuhaltenden) Rahmenvereinbarungsabschlusses, der jeweils die Voraussetzung für Feststellungsanträge gemäß § 334 Abs. 3 Z 1 bis 5 BVergG 2018 bildet, nicht hindert (vgl. VwGH 3.7.2025, Ro 2023/04/0039, Rn. 22). Auf die begründenden Ausführungen in diesem Erkenntnis kann hier gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen werden.

19 Es ist vor dem Hintergrund dieses Judikats davon auszugehen, dass bereits die Prämisse des Verwaltungsgerichts, es handle sich bei der verfahrensgegenständlichen, laut Vorbringen der Revisionswerberin dem Zuschlag (Leistungsabruf) zugunsten der Revisionswerberin und auch der Zuschlagsempfängerin zugrunde gelegten Rahmenvereinbarung - ungeachtet der Frage deren vergaberechtswidrigen Zustandekommens bzw. der Möglichkeit einer Nichtigerklärung im Sinne des § 356 BVergG 2018 - um

einen unabhängig von einer Entscheidung der Vergabekontrollbehörden von vornherein rechtsunwirksamen Vertrag, unrichtig ist.

20 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Einleitungssatz des § 353 Abs. 1 BVergG 2018 bestimmt, dass ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, einen Antrag im Sinne der in § 353 Abs. 1 BVergG 2018 vorgesehenen Feststellungsbegehren einbringen kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Inwiefern diese Voraussetzungen für die Antragslegitimation der Revisionswerberin - ein Interesse am Vertragsabschluss und ein plausibel vorgebrachter entstandener Schaden - fallbezogen nicht gegeben sein sollten, geht aus der Begründung des Verwaltungsgerichts nicht hervor. Das Fehlen der Antragslegitimation ist vor dem Hintergrund des Vorbringens der Revisionswerberin, es sei zugunsten der Zuschlagsempfängerin entgegen den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen ein konkreter Leistungsabruf aus der Rahmenvereinbarung erfolgt, der bei ausschreibungskonformer Bewertung der Angebote vielmehr der Revisionswerberin als Bestanbieterin hätte erteilt werden müssen, per se auch nicht ersichtlich. Inwiefern die Revisionswerberin für den vom Verwaltungsgericht ins Treffen geführten Vergaberechtsverstoß - die Unterlassung der Mitteilung der Auswahlentscheidung - verantwortlich sein sollte, erschließt sich nicht, obliegt doch die Bekanntgabe derselben alleine dem öffentlichen Auftraggeber. Dass die verfahrensgegenständlich relevierte Rechtswidrigkeit des ausschreibungswidrigen Leistungsabrufs als Verstoß bereits in einem Nachprüfungsverfahren hätte geltend gemacht werden können, in welchem Fall dem Feststellungsantrag die Unzulässigkeit gemäß § 354 Abs. 4 BVergG 2018 entgegengehalten werden könnte, ist angesichts des Vorbringens der Revisionswerberin, der verfahrensgegenständliche Leistungsabruf widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen, ausgehend von den Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Beschluss nicht ersichtlich.

21 **5.3.** Der angefochtenen Beschluss war nach dem oben Gesagten wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

22 Der Ausspruch über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 22. Juli 2026