

TE Vwgh Erkenntnis 2025/6/5 Ra 2022/04/0063

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.06.2025

Index

E6A

E6j

L72001 Beschaffung Vergabe Burgenland

001 Verwaltungsrecht allgemein

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 AnhXV Z1 lite

BVergG 2018 §123 Abs8

BVergG 2018 §151 Abs1

BVergG 2018 §151 Abs3

BVergG 2018 §2 Z15 lita sublitee

BVergG 2018 §2 Z15 lita sublitii

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §31 Abs5

BVergG 2018 §369 Abs1

BVergG 2018 §369 Abs2

BVergG 2018 §91

BVergG 2018 §91 Abs4

BVergG 2018 §91 Abs7

LVergRG Bgld 2006 §3 Abs1

LVergRG Bgld 2006 §3 Abs1 Z1

LVergRG Bgld 2006 §3 Abs1 Z2

LVergRG Bgld 2006 §4 Abs3

VwRallg

62004CJ0331 ATI EAC VORAB

62006CJ0532 Lianakis VORAB

62015CJ0298 Borta VORAB

62019TJ0525 Interling

62020CJ0332 Roma Multiservizi spa und Rekeep spa VORAB

62020CJ0436 ASADE VORAB

1. BVergG 2018 § 123 heute

2. BVergG 2018 § 123 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 151 heute

2. BVergG 2018 § 151 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 151 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 151 heute

2. BVergG 2018 § 151 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 151 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 2 heute

2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 20 heute

2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 31 heute

2. BVergG 2018 § 31 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 369 heute

2. BVergG 2018 § 369 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 369 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 369 heute

2. BVergG 2018 § 369 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 369 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 91 heute

2. BVergG 2018 § 91 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 91 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 91 heute

2. BVergG 2018 § 91 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 91 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergG 2018 § 91 heute

2. BVergG 2018 § 91 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergG 2018 § 91 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Beachte

Besprechung in:

Besprechung in: RPA 6/2025, S. 341 bis 346;

Besprechung in: ZVB 2/2026, S. 78 bis 82;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak, den Hofrat Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy 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

1010 Wien, Bartensteingasse 2, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Burgenland vom 20. April 2022, Zl. S VNP/13/2022.001/019, betreffend ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: L GmbH in W, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien, Schuberting 6), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Antrag der revisionswerbenden Partei auf Aufwändersatz wird abgewiesen.

Begründung

1

Die revisionswerbende Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) leitete „gem § 151 BVergG 2018“ für die „Beteiligung an einer Gesellschaft zur Auswertung von Abstrich-PCR Testungen (Sars-Cov2 - Covid-19)“ kurz „Kooperation zur Auswertung von Covid 19 Abstrich-PCR Testungen“ ein „Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung angelehnt an § 31 Abs. 5 BVergG 2018 zur Vergabe einer besonderen Dienstleistung gem Anhang XVI des BVergG 2018“ ein. Die Einladung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde am 21. Jänner 2022 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Die revisionswerbende Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) leitete „gem Paragraph 151, BVergG 2018“ für die „Beteiligung an einer Gesellschaft zur Auswertung von Abstrich-PCR Testungen (Sars-Cov2 - Covid-19)“ kurz „Kooperation zur Auswertung von Covid 19 Abstrich-PCR Testungen“ ein „Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung angelehnt an Paragraph 31, Absatz 5, BVergG 2018 zur Vergabe einer besonderen Dienstleistung gem Anhang römisch sechzehn des BVergG 2018“ ein. Die Einladung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde am 21. Jänner 2022 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht.

2

Mit Schriftsatz vom 10. Februar 2022 beantragte die mitbeteiligte Partei die Nichtigerklärung der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, in eventu der „im Einzelnen als diskriminierend und/oder aus sonstigen Gründen als rechtswidrig bezeichneten Festlegungen der Verfahrensordnung und in diesem Sinne jedenfalls die Festlegungen der Punkte 2.1.3., 7.10 und 7.12. des Kapitels A - Grundlagen und Verfahrensordnung sowie die Festlegung, dass die Teile C1, C2 und C3 der Ausschreibungsunterlagen nur den den zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassenen Bewerbern zur Verfügung gestellt werden“.

3

Die mitbeteiligte Partei brachte dazu zusammengefasst vor, die in Punkt 7.10. Kapitel A - Grundlagen und Verfahrensordnung der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien Preis und Qualität seien durch die Verwendung der Worte „voraussichtlich“ und „ua“ nicht hinreichend spezifiziert. Hinsichtlich der Qualitätsbewertung handle es sich dadurch bei den Parametern für die Bewertung des von den Bietern in der zweiten Stufe abzugebenden „Betriebskonzepts für das Labor“ um keine abschließende Aufzählung. Dadurch sei unklar, ob und bejahendenfalls, welche zusätzlichen Qualitätsmerkmale herangezogen werden könnten. Auch die Festlegungen, dass die Mengenschätzung zur Preiskalkulation erst in der zweiten Verfahrensstufe bekanntgegeben werde, und der einzubringende Maschinenpark „voraussichtlich“ mehr Punkte erhalte, je niedriger die Sacheinlage bewertet werde, seien nicht abschließend definiert. Dadurch werde es der Auftraggeberin ermöglicht, Punkte nach objektiv nicht nachvollziehbaren Kriterien zu vergeben. Diese Festlegungen seien für eine objektive Ermittlung eines Bestbieters nicht geeignet. Diese Bestimmungen verstießen daher gegen das Gebot der objektiven und transparenten Bestbieterermittlung. Sie führten zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit. Die in § 91 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) festgelegten Anforderungen an Zuschlagskriterien gälten gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 auch für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen. Die Zuschlagskriterien seien bereits in der Teilnahmephase derart zu spezifizieren, dass eine objektiv nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters möglich sei. Die mitbeteiligte Partei brachte dazu zusammengefasst vor, die in Punkt 7.10. Kapitel A - Grundlagen und Verfahrensordnung der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien Preis und Qualität seien durch die Verwendung der Worte „voraussichtlich“ und „ua“ nicht hinreichend spezifiziert. Hinsichtlich der Qualitätsbewertung handle es sich dadurch bei den Parametern für die Bewertung des von den Bietern in der zweiten Stufe abzugebenden „Betriebskonzepts für das Labor“ um keine abschließende Aufzählung. Dadurch sei unklar, ob und bejahendenfalls, welche zusätzlichen Qualitätsmerkmale herangezogen werden könnten. Auch die Festlegungen, dass die Mengenschätzung zur Preiskalkulation erst in der zweiten Verfahrensstufe bekanntgegeben werde, und der

einzubringende Maschinenpark „voraussichtlich“ mehr Punkte erhalte, je niedriger die Sacheinlage bewertet werde, seien nicht abschließend definiert. Dadurch werde es der Auftraggeberin ermöglicht, Punkte nach objektiv nicht nachvollziehbaren Kriterien zu vergeben. Diese Festlegungen seien für eine objektive Ermittlung eines Bestbieters nicht geeignet. Diese Bestimmungen verstießen daher gegen das Gebot der objektiven und transparenten Bestbieterermittlung. Sie führten zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit. Die in Paragraph 91, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) festgelegten Anforderungen an Zuschlagskriterien gälten gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVerG 2018 auch für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen. Die Zuschlagskriterien seien bereits in der Teilnahmephase derart zu spezifizieren, dass eine objektiv nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters möglich sei.

Im Übrigen widerspreche die Übermittlung von Teilen der Ausschreibungsunterlagen, und zwar Teil C1 - Leistungsvertrag / Leistungsbeschreibung, Teil C2 - Gesellschaftsvertrag und Teil C3 - Betreibervertrag der gesetzlichen Pflicht nach § 89 Abs. 1 iVm § 151 Abs. 1 BVerG 2018, die Ausschreibungsunterlagen kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar sei. Im Übrigen widerspreche die Übermittlung von Teilen der Ausschreibungsunterlagen, und zwar Teil C1 - Leistungsvertrag / Leistungsbeschreibung, Teil C2 - Gesellschaftsvertrag und Teil C3 - Betreibervertrag der gesetzlichen Pflicht nach Paragraph 89, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 151, Absatz eins, BVerG 2018, die Ausschreibungsunterlagen kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar sei.

In Punkt 7.12. stehe durch die Verwendung der Worte „insbesondere“ und „voraussichtlich“ nicht fest, ob die diesbezüglich angeführten Punkte „vertragliche Eckpunkte“ sein werden. Ebenso enthalte weder die Ausschreibung noch die Bekanntmachung Angaben zum geschätzten Auftragswert oder zur erwarteten Leistungsmenge.

Auf dieser Basis sei es für einen Interessenten nicht möglich zu beurteilen, ob eine Beteiligung an dem vorliegenden Vergabeverfahren möglich oder sinnvoll sei.

Darüber hinaus bestritt die mitbeteiligte Partei in ihrem Nachprüfungsantrag die Vergabeabsicht der Auftraggeberin und die sachliche Rechtfertigung, zur Beschaffung von PCR-Testungen von interessierten Unternehmen eine Vergesellschaftung mit der Landesholding Burgenland GmbH zu verlangen.

Schließlich monierte die mitbeteiligte Partei eine unzulässige Beschränkung der ausgeschriebenen Leistungen auf ungepoolte Abstriche in Punkt 2.1.3. der Ausschreibung.

4

Durch die gegenständlichen Rechtswidrigkeiten entgehe der mitbeteiligten Partei die Möglichkeit einer erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und somit auch die Möglichkeit einer Zuschlagserteilung und Erzielung des aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierenden Gewinns. Hinzu kämen die für den vorliegenden Antrag entrichteten Pauschalgebühren und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung. Schließlich drohe der mitbeteiligten Partei der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige österreichische und europäische Ausschreibungen.

5

Die „Ausschreibungsunterlagen 1. Stufe Kapitel A - Grundlagen und Verfahrensordnung“ enthielten folgende auszugsweise Festlegungen:

„...“

Bezeichnung des Verfahrens: Beteiligung an einer Gesellschaft zur Auswertung von Abstrich- PCR Testungen (Sars-Cov2 - Covid-19)

Leistungsgegenstand Verfahrensart: Im Folgenden kurz: ‚Kooperation zur Auswertung von Covid 19 Abstrich-PCR Testungen‘

Besondere Dienstleistungen gemäß Anhang XVI BVerG 2018 Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung angelehnt an § 31 Abs 5 BVerG 2018
Besondere Dienstleistungen gemäß Anhang römisch sechzehn BVerG 2018 Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung angelehnt an Paragraph 31, Absatz 5, BVerG 2018

...

Leistungsbeginn: Siehe (unverbindlicher) Zeitplan

...

Anfragen bis: 14.02.2022, 12:00 Uhr

...

Ende der Teilnahmefrist: 21.02.2022, 12:00 Uhr

...

Grundlagen der Verfahrensordnung

...

Art des Vergabeverfahrens, Bekanntmachung

Die Vergabe fällt in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2018 (BGBl I 2018/65 idgF, im Folgenden ‚BVerG 2018‘). Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI des BVerG 2018. Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungen sieht das BVerG 2018 ein eingeschränktes vergaberechtliches Regime vor. Es finden daher - sofern nicht anders festgelegt ist - ausschließlich die in § 151 BVerG 2018 genannten Bestimmungen des BVerG 2018 Anwendung. Die Vergabe fällt in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2018 (BGBl I 2018/65 idgF, im Folgenden ‚BVerG 2018‘). Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn des BVerG 2018. Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungen sieht das BVerG 2018 ein eingeschränktes vergaberechtliches Regime vor. Es finden daher - sofern nicht anders festgelegt ist - ausschließlich die in Paragraph 151, BVerG 2018 genannten Bestimmungen des BVerG 2018 Anwendung.

Die Auftraggeberin führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung angelehnt an § 31 Abs 5 BVerG 2018 zum Abschluss eines Rahmenvertrages durch. Die Auftraggeberin führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung angelehnt an Paragraph 31, Absatz 5, BVerG 2018 zum Abschluss eines Rahmenvertrages durch.

...

Die Aufgabe des Bewerbers als Auftragnehmer besteht darin, zusammen mit der AG eine Kooperation in Form einer Kapitalgesellschaft zu begründen. Diese neu zu gründende Gesellschaft wird in der Folge von der AG mit der Auswertung von ungepoolten Abstrich-PCR-Tests (Covid-19) und Mutationsanalysen samt Logistik beauftragt.

...

1.6. Übersicht über die Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus den nachfolgenden Bestandteilen:

?

Kapitel A - Grundlagen und Verfahrensordnung

?

Kapitel B - Formblätter

Das Kapitel A - Grundlagen und Verfahrensordnung der Ausschreibungsunterlagen enthält die grundlegenden Bestimmungen für das gesamte Vergabeverfahren und ist somit sowohl für die erste Stufe - Teilnahmephase, als auch für die zweite Stufe - Angebotsphase heranzuziehen. Auch die weiteren Bestandteile (Kapitel B) sind dem gesamten Vergabeverfahren zugrunde zu legen.

...

1.9. Prüf-, Warn- und Aufklärungspflicht des Bewerbers

Der Bewerber ist verpflichtet,

die Ausschreibungsunterlagen zu prüfen ... Er hat die Auftraggeberin unverzüglich, spätestens aber sieben Tage vor Ablauf der Teilnahmeantrags- bzw. Angebotsfrist auf erkennbare Mängel, Unklarheiten, widersprüchliche oder mehrdeutige Formulierungen oder vermutete Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen,

widrigenfalls der Bewerber für seine Unterlassung haftet und daraus keine Ansprüche geltend machen kann ...

...

Gegenstand der Ausschreibung - Projektübersicht

2.1. Aufgabenstellung des Auftragnehmers

2.1.1. Ziel des Beschaffungsvorhabens

Ziel des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist die Findung eines geeigneten, leistungsfähigen und zuverlässigen Partners zur Gründung einer gemeinsamen Kapitalgesellschaft (institutionalisierte Zusammenarbeit) zur Versorgung des Burgenlandes mit der Auswertung von ungepoolten Abstrich-PCR-Tests (Covid 19) zur Bewältigung von Spitzen. Gesellschafter dieser neu zu gründenden Gesellschaft werden die Landesholding Burgenland GmbH und ein privater Partner sein. Die Landesholding Burgenland GmbH wird die Mehrheit (60 %) der Gesellschaftsanteile halten.

...

2.2. Konkretisierung des Leistungsgegenstandes, Vorbehalt der Auftraggeberin

Die Informationen zum Leistungsgegenstand, zu den Leistungsbedingungen, zum Inhalt der abzuschließenden Verträge haben, soweit es sich nicht um Mindestanforderungen gemäß Pkt. 2.1.2 handelt, bloß vorläufigen Charakter. Die AG wird diese Informationen in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens („Angebots- und Verhandlungsphase“) konkretisieren. Sie behält sich vor, im Zuge dieser Konkretisierung und im Laufe des weiteren Verfahrens Änderungen bzw. Anpassungen vorzunehmen.

Die Auftraggeberin ist dabei berechtigt, im Rahmen einer Berichtigung auch wesentliche Bedingungen des Gegenstandes sowie der sonstigen Bedingungen des Vergabeverfahrens zu ändern. Sie wird diese Änderungen allen Bewerbern rechtzeitig vor Abgabe des Teilnahmeantrages mitteilen. Eine Bekanntmachung der Berichtigung ist für die AG nur dann verpflichtend, wenn der Inhalt der Bekanntmachung ebenfalls abgeändert wird.

...

Ablauf des Vergabeverfahrens - erste Stufe

4.1. Teilnahmeantrag, Eignungsprüfung, Auswahl

Mit dem Teilnahmeantrag (s. Pkt. 5) haben die Bewerber ihre Eignung zu belegen; zusätzlich sind Unterlagen, die zum Nachweis der Erfüllung der Auswahlkriterien dienen, vorzulegen (s. Pkt. 6).

...

4.1.2. Zulassung zur zweiten Stufe, ggf. Auswahlprüfung

Die AG wird drei Bewerber, die die Eignungskriterien (Pkt. 6.3) erfüllen, zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens (Angebots- und Verhandlungsphase) zulassen und zur Legung von Angeboten auffordern.

Langen Teilnahmeanträge von mehr als drei Bewerbern ein, die die Eignungskriterien erfüllen, so wird die AG unter diesen geeigneten Bewerbern an Hand der Auswahlkriterien (Pkt. 6.4) die besten Bewerber (d.h. jene drei Bewerber, die nach den Auswahlkriterien die höchste Punkteanzahl erreichen) auswählen.

...

Sämtliche Nachweise zur Erfüllung von Auswahlkriterien (Pkt. 6.4) sind bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen!...

...

6. Auswahl der geeigneten und besten BewerberInnen: Eignungs- und Auswahlprüfung

6.1. Allgemeines

Die Eignungskriterien (Pkt. 6.3) (Zuverlässigkeit, Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) sind Mindestkriterien und müssen für eine Teilnahme am vorliegenden Vergabeverfahren jedenfalls erfüllt werden.

Die Bewerber sind aufgerufen, sämtliche Eignungsnachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen!

Die Eignung muss zum Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist bestehen (eignungsrelevanter Zeitpunkt). ...

...

7. Ablauf des Vergabeverfahrens - 2. Stufe

...

7.10. Bewertung der Angebote - Ermittlung des Bestangebots

Die Vergabe der besonderen Dienstleistungen erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip. Bei der Ermittlung der technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebote werden nur jene Angebote berücksichtigt, die nicht ausgeschlossen bzw. ausgeschieden worden sind.

Die AG wird das technisch und wirtschaftlich günstigste („das beste“) Angebote durch einen Vergleich der Angebote nach folgendem Zuschlagsschema ermitteln. Mit dem nach diesem Zuschlagsschema bestgereihten Bieter wird der Vertrag abgeschlossen:

Zuschlagskriterien

Subkriterien

Punkte gesamt

„Preis“

(40 %)

Kosten des Laborbetriebs im ersten Jahr / Bewertung des einzubringenden Maschinenparks

40

„Qualität“

(60 %)

Betriebskonzept für das Labor

60

Summe

100

...

Zum Preiskriterium ‚Bewertung des einzubringenden Maschinenparks‘ wird voraussichtlich festgelegt sein, dass die Bieter mehr Punkte erhalten je niedriger die Sacheinlage bewertet wird.

In der zweiten Stufe des Verfahrens wird der Bieter im Zuschlagskriterium ‚Qualität‘ ein Betriebskonzept für das Labor abgeben und präsentieren müssen. Im Betriebskonzept wird voraussichtlich ua dargestellt werden müssen:

-

Organisatorische und personelle Struktur des Laborbetriebs

-

Logistik

-

Maßnahmen zur Effizienzsteigerung, insbesondere betreffend die rasche Bereitstellung und Inbetriebnahme von weiteren Geräten / Analysen

-

Ausfallsicherheit von Geräten

-

Maßnahmen zur gut funktionierenden Zusammenarbeit mit den Behörden

-

Maßnahmen zur Qualitätssicherung

-

Maßnahmen zum Mitarbeiterschutz

-

Schnittstelle zum elektronischen Meldesystem

Die detaillierte Beschreibung des Zuschlagsschemas wird den zur zweiten Stufe zugelassenen Bewerbern mit der Aufforderung zur Abgabe des Erstangebotes übermittelt.

Das Konzept sowie die Präsentation wird voraussichtlich durch eine Bewertungskommission bewertet.

...“

6

Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Burgenland (Verwaltungsgericht) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung dem Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei statt und erklärte die Ausschreibung „Kooperation zur Auswertung von Covid 19 Abstrich-PCR Testungen“ für nichtig (Spruchpunkt I.), verpflichtete die Auftraggeberin gegenüber der mitbeteiligten Partei zum Ersatz jeweils der für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Pauschalgebühr entrichteten Pauschalgebühr in näher bestimmter Höhe (Spruchpunkt II.) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt III.). Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Burgenland (Verwaltungsgericht) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung dem Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei statt und erklärte die Ausschreibung „Kooperation zur Auswertung von Covid 19 Abstrich-PCR Testungen“ für nichtig (Spruchpunkt römisch eins.), verpflichtete die Auftraggeberin gegenüber der mitbeteiligten Partei zum Ersatz jeweils der für den Nachprüfungsantrag sowie den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Pauschalgebühr entrichteten Pauschalgebühr in näher bestimmter Höhe (Spruchpunkt römisch zwei.) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt römisch drei.).

7

Begründend führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, die in Punkt 7.10. Kapitel A - Grundlagen und Verfahrensordnung festgelegten Zuschlagskriterien seien unzulässig. Die Verwendung des Wortes „voraussichtlich“ in der Festlegung der Zuschlagskriterien „Preis“ und „Qualität“ lasse gänzlich offen, welche Merkmale die Auftraggeberin zur Beurteilung der Erfüllung dieser Kriterien heranziehen werde. Dies gelte sowohl für die Bewertung des einzubringenden Maschinenparks als auch (mit der zusätzlichen Relativierung „ua“) für die erforderlichen Inhalte des Betriebskonzepts. Auch die Frage, ob die Bewertung des Betriebskonzepts durch eine Bewertungskommission erfolgen werde, lasse die Auftraggeberin durch die Verwendung des Wortes „voraussichtlich“ offen. Somit sei die Aufzählung sowohl der Preis- als auch der Qualitätsmerkmale weder verbindlich noch abschließend. Die Auftraggeberin oder eine allfällige Bewertungskommission dürfe daher alternativ oder zusätzlich andere, in den Ausschreibungsbedingungen nicht genannte Merkmale berücksichtigen. Damit sei für einen Bieter aber nicht nachvollziehbar, welche Kriterien die Auftraggeberin heranziehe, um die Angebote objektiv miteinander zu vergleichen.

Es sei aufgrund der nach dem objektiven Erklärungswert als bloß unverbindliche Aufzählung zu verstehenden Festlegung von sowohl Preis- als auch Qualitätskriterien nicht klar, ob und bejahendenfalls welche anderen oder auch zusätzlichen Zuschlagskriterien herangezogen werden können. Damit stehe es der Auftraggeberin frei, in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannte und damit für die Bieter bzw. Bewerber nicht vorhersehbare Zuschlagskriterien zu bewerten oder bewerten zu lassen und bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots heranzuziehen. Diese Festlegungen widersprächen daher dem Grundsatz der Transparenz.

Diese Rechtswidrigkeit sei von wesentlichem Einfluss iSd § 7 Abs. 1 Z 2 Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG, zumal bei einer rechtskonformen Ausgestaltung der Zuschlagskriterien ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen sei. Bei Nichtigerklärung ausschließlich der betroffenen Festlegungen wäre diese Rechtswidrigkeit nicht beseitigt, weil diesfalls keinerlei inhaltliche Kriterien für die Bewertung zur Verfügung stünden. Der Begriff „Ausschreibung“ umfasse schon aufgrund der gesetzlichen Definition in § 2 Z 7 BVergG 2018 sämtliche mit der Bekanntmachung veröffentlichten Unterlagen. Diese Rechtswidrigkeit sei von wesentlichem Einfluss iSd Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 2, Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG, zumal bei einer rechtskonformen Ausgestaltung der Zuschlagskriterien ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht ausgeschlossen sei. Bei Nichtigerklärung ausschließlich der betroffenen Festlegungen wäre diese Rechtswidrigkeit nicht beseitigt, weil diesfalls keinerlei

inhaltliche Kriterien für die Bewertung zur Verfügung stünden. Der Begriff „Ausschreibung“ umfasse schon aufgrund der gesetzlichen Definition in Paragraph 2, Ziffer 7, BVergG 2018 sämtliche mit der Bekanntmachung veröffentlichten Unterlagen.

Dem Nachprüfungsantrag sei daher bereits deshalb stattzugeben, weshalb es sich erübrige, auf das übrige Vorbringen der mitbeteiligten Partei einzugehen.

8

Den Zulässigkeitsausspruch begründete das Verwaltungsgericht zusammengefasst mit dem Nichtvorliegen einer grundsätzlichen Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG. Den Zulässigkeitsausspruch begründete das Verwaltungsgericht zusammengefasst mit dem Nichtvorliegen einer grundsätzlichen Rechtsfrage iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG.

9

Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision der Auftraggeberin mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis aufzuheben, in eventuelle in der Sache selbst zu entscheiden und den „Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung“ abzuweisen, und „der Revisionswerberin den gesetzlichen Aufwandsatz gemäß §§ 47ff VwGG zuzuerkennen“. Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision der Auftraggeberin mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis aufzuheben, in eventuelle in der Sache selbst zu entscheiden und den „Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung“ abzuweisen, und „der Revisionswerberin den gesetzlichen Aufwandsatz gemäß Paragraphen 47 f, f, VwGG zuzuerkennen“.

10

Nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof beantragte die mitbeteiligte Partei in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision gegen Aufwandsatz zurück-, in eventuelle abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zulässigkeit

11

Die Revision ist zu der im Zulässigkeitsvorbringen dargelegten Rechtsfrage, in welchem Umfang und Detailgrad Zuschlagskriterien und deren Bewertungsmethode bereits in der ersten Stufe eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens zur Beschaffung einer besonderen Dienstleistung gemäß § 151 BVergG 2018 bekannt gegeben werden müssen, wegen fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt. Die Revision ist zu der im Zulässigkeitsvorbringen dargelegten Rechtsfrage, in welchem Umfang und Detailgrad Zuschlagskriterien und deren Bewertungsmethode bereits in der ersten Stufe eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens zur Beschaffung einer besonderen Dienstleistung gemäß Paragraph 151, BVergG 2018 bekannt gegeben werden müssen, wegen fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

Rechtslage

12

Die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018), in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65/2018, lauten auszugsweise: Die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018), in der Stammfassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018, lauten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend Paragraph 2, Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

...

15.

Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a)

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

...

ee)

im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung: die Aufforderung zur Angebotsabgabe; die Ausschreibungsunterlagen; sonstige Entscheidungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

...

ii)

bei besonderen Dienstleistungsaufträgen und bei Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn, sofern nicht sublit. aa bis hh und jj anwendbar sind: jede nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers; bei besonderen Dienstleistungsaufträgen und bei Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn, sofern nicht Sub-Litera, a, a bis h, h und j, j anwendbar sind: jede nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers;

...

22.

Kriterien:

...

d)

Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium

aa)

sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die niedrigsten Kosten oder die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird; die Zuschlagskriterien dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen und müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, oder

bb)

ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.

...

Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 20, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 91. ...Paragraph 91, ...

...

(4) In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder - sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist - dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt

werden soll. Die Ermittlung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes erfolgt aufgrund der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.

...

(7) Zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses hat der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben:

1.

das anzuwendende Kostenmodell bzw.

2.

alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung. ...

...

Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 114. (1) Im Verhandlungsverfahren hat der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt. Paragraph 114, (1) Im Verhandlungsverfahren hat der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

...

(5) Der öffentliche Auftraggeber hat alle verbliebenen Bieter über etwaige Änderungen der Ausschreibungsunterlagen zu informieren. Er hat den Bietern im Anschluss an solche Änderungen ausreichend Zeit zu gewähren, ihre Angebote gegebenenfalls zu ändern. Die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden.

...

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei Innovationspartnerschaften

§ 123. (1) Teilnahmeanträge haben jene Informationen zu enthalten, die der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Eignung und die Auswahl der Bewerber verlangt hat. Paragraph 123, (1) Teilnahmeanträge haben jene Informationen zu enthalten, die der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die Eignung und die Auswahl der Bewerber verlangt hat.

...

(8) Der öffentliche Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber gleichzeitig zur Angebotsabgabe oder - im Fall eines wettbewerblichen Dialoges - zur Teilnahme am Dialog aufzufordern. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog hat einen Verweis auf die Internet-Adresse zu enthalten, unter der die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt sind. Wenn die Ausschreibungsunterlagen gemäß § 89 Abs. 3 ausnahmsweise nicht auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung gestellt wurden und diese Unterlagen nicht bereits auf andere Art und Weise übermittelt oder zur Verfügung gestellt wurden, so sind der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog die Ausschreibungsunterlagen sowie allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog hat darüber hinaus die in Anhang XV genannten Angaben zu enthalten. (8) Der öffentliche Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber gleichzeitig zur Angebotsabgabe oder - im Fall eines wettbewerblichen Dialoges - zur Teilnahme am Dialog

aufzufordern. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog hat einen Verweis auf die Internet-Adresse zu enthalten, unter der die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt sind. Wenn die Ausschreibungsunterlagen gemäß Paragraph 89, Absatz 3, ausnahmsweise nicht auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung gestellt wurden und diese Unterlagen nicht bereits auf andere Art und Weise übermittelt oder zur Verfügung gestellt wurden, so sind der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog die Ausschreibungsunterlagen sowie allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog hat darüber hinaus die in Anhang römisch fünfzehn genannten Angaben zu enthalten.

...

Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn

Verfahren

§ 151. (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die §§ 4 Abs. 1, 7 bis 11, 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3, 13, 16 bis 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Abs. 1 bis 5, 81 bis 90, 91 Abs. 1 bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Abs. 1, 150 Abs. 9, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des § 367 sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Paragraph 151, (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die Paragraphen 4, Absatz eins,, 7 bis 11, 12 Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 3,, 13, 16 bis 18, 19 Absatz eins, 20, Absatz eins, bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Absatz eins, bis 5, 81 bis 90, 91 Absatz eins, bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Absatz eins, 150, Absatz 9,, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des Paragraph 367, sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

...

(3) Der öffentliche Auftraggeber kann das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen und von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn grundsätzlich frei gestalten. ...

...

Schadenersatzansprüche

§ 369. (1) Bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz oder die aufgrund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Paragraph 369, (1) Bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen dieses Bundesgesetz oder die aufgrund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber oder Bieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren.

(2) Kein Anspruch nach Abs. 1 besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können. (2) Kein Anspruch nach Absatz eins, besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.

...

Anhang XVAnhang römisch fünfzehn

Inhalt der Aufforderung zur Angebotsabgabe, zur Teilnahme am Dialog oder zur Interessensbestätigung

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Teilnahme am Dialog gemäß § 123 Abs. 8 hat zumindest folgende Angaben zu enthalten:Die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Teilnahme am Dialog gemäß Paragraph 123, Absatz 8, hat zumindest folgende Angaben zu enthalten:

...

e)

die im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung festgelegten oder gegebenenfalls gereihten Zuschlagskriterien, falls sie nicht in der Ausschreibung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung enthalten sind.

...“

13

§ 3 Abs. 1 Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG, LGBl. Nr. 66/2006 in der vorliegend maßgeblichen Fassung LGBl. Nr. 43/2018, lautet:Paragraph 3, Absatz eins, Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG, Landesgesetzblatt Nr. 66 aus 2006, in der vorliegend maßgeblichen Fassung Landesgesetzblatt Nr. 43 aus 2018,, lautet:

„§ 3

Nachprüfungsantrag

(1) Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung oder bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1.

ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen oder unionsrechtlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags behauptet wird und

2.

durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.“

Antragslegitimation im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren

14

Die revisionswerbende Partei bringt vor, die mitbeteiligte Partei habe in ihrem Nachprüfungsantrag nicht einmal behauptet, durch die von ihr geltend gemachten Rechtswidrigkeiten individuell daran gehindert worden zu sein, einen erfolgversprechenden Teilnahmeantrag abzugeben, insofern benachteiligt worden zu sein und dadurch einen Schaden erlitten zu haben. Selbst unter der Annahme, dass die behaupteten Rechtswidrigkeiten (insbesondere die Unzulässigkeit der Zuschlagskriterien) vorlägen, würde deren Vermeidung die Situation der mitbeteiligten Partei nicht verbessern, weil sie ohnehin alle Anforderungen für einen erfolgversprechenden Teilnahmeantrag erfülle. Der Nachprüfungsantrag wäre daher abzuweisen gewesen. Zudem hätte die mitbeteiligte Partei der Auftraggeberin gemäß § 125 Abs. 6 BVergG 2018 das Erfordernis einer Berichtigung der Ausschreibung umgehend mitteilen müssen. Indem die mitbeteiligte Partei gegen ihre Mitteilungspflicht verstoßen habe, habe sie daraus resultierende Schäden selbst provoziert. Sie könne nicht im Nachhinein mögliche fehlerhafte Vorgaben einwenden.Die revisionswerbende Partei bringt vor, die mitbeteiligte Partei habe in ihrem Nachprüfungsantrag nicht einmal behauptet, durch die von ihr geltend gemachten Rechtswidrigkeiten individuell daran gehindert worden zu sein, einen erfolgversprechenden Teilnahmeantrag abzugeben, insofern benachteiligt worden zu sein und dadurch einen Schaden erlitten zu haben. Selbst unter der Annahme, dass die behaupteten Rechtswidrigkeiten (insbesondere die Unzulässigkeit der Zuschlagskriterien) vorlägen, würde deren Vermeidung die Situation der mitbeteiligten Partei nicht verbessern, weil sie ohnehin alle Anforderungen für einen erfolgversprechenden Teilnahmeantrag erfülle. Der Nachprüfungsantrag wäre daher abzuweisen gewesen. Zudem hätte die mitbeteiligte Partei der Auftraggeberin gemäß Paragraph 125, Absatz 6, BVergG 2018 das Erfordernis einer Berichtigung der Ausschreibung umgehend mitteilen müssen. Indem die mitbeteiligte Partei gegen ihre Mitteilungspflicht verstoßen habe, habe sie daraus resultierende Schäden selbst provoziert. Sie könne nicht im Nachhinein mögliche fehlerhafte Vorgaben einwenden.

15

Die mitbeteiligte Partei wendete dagegen zusammengefasst ein, sie habe in ihrem Nachprüfungsantrag ausgeführt, dass ihr durch die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit auf eine erfolgreiche Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren entgehe. Im Übrigen beträfen die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten den Kern der Ausschreibung, die zu einer Nichtigerklärung in ihrer Gesamtheit führten und deshalb keiner Berichtigung zugänglich seien. Unabhängig davon habe die Unterlassung einer gemäß § 125 Abs. 6 BVergG 2018 gebotenen Mitteilung keine rechtlichen Konsequenzen. Die mitbeteiligte Partei wendete dagegen zusammengefasst ein, sie habe in ihrem Nachprüfungsantrag ausgeführt, dass ihr durch die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit auf eine erfolgreiche Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren entgehe. Im Übrigen beträfen die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten den Kern der Ausschreibung, die zu einer Nichtigerklärung in ihrer Gesamtheit führten und deshalb keiner Berichtigung zugänglich seien. Unabhängig davon habe die Unterlassung einer gemäß Paragraph 125, Absatz 6, BVergG 2018 gebotenen Mitteilung keine rechtlichen Konsequenzen.

16

Die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei setzt gemäß § 3 Abs. 1 Bgld. VergRSG ein Interesse am Vertragsabschluss (Z 1) und einen durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder drohenden Schaden (Z 2) voraus. Beide Tatbestandselemente müssen kumulativ erfüllt sein. Die Antragslegitimation ist somit dann gegeben, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Insofern muss eine Kausalität zwischen der behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehen (vgl. VwGH 19.5.2020, Ra 2018/04/0164, Rn. 13, mwN). Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird im Nachprüfungsverfahren bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist (vgl. VwGH 25.6.2024, Ra 2021/04/0127, 0128, Rn. 53, mwN). Die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei setzt gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Bgld. VergRSG ein Interesse am Vertragsabschluss (Ziffer eins,) und einen durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder drohenden Schaden (Ziffer 2,) voraus. Beide Tatbestandselemente müssen kumulativ erfüllt sein. Die Antragslegitimation ist somit dann gegeben, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Insofern muss eine Kausalität zwischen der behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehen vergleiche , VwGH 19.5.2020, Ra 2018/04/0164, Rn. 13, mwN). Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird im Nachprüfungsverfahren bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist vergleiche , VwGH 25.6.2024, Ra 2021/04/0127, 0128, Rn. 53, mwN).

17

§ 369 Abs. 1 BVergG 2018 nennt die Kosten der Angebotsstellung als Schaden und § 369 Abs. 2 BVergG 2018 verpflichtet den Geschädigten, den Schaden (unter anderem) durch Stellen eines Nachprüfungsantrages abzuwenden. Dies setzt voraus, dass ein solcher Schaden als Schaden nach § 3 Abs. 1 Z 2 Bgld. VergRSG zur Nachprüfung der angefochtenen Ausschreibung führen kann (vgl. noch zur hier inhaltlich im Wesentlichen unveränderten Rechtslage nach dem BVergG 2006 VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128, mwN). Gemäß § 369 Abs. 1 BVergG 2018 hat der Bieter gegen den Auftraggeber bei einem hinreichend qualifizierten Vergaberechtsverstoß Anspruch auf Ersatz der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Dieser Schadenersatzanspruch umfasst auch die Vertretungskosten im Zusammenhang mit einem auf Nichtigerklärung einer vergaberechtswidrigen Ausschreibung gerichteten Verfahren (vgl. etwa OGH 25.4.2023, 10 Ob 13/23v, Rn. 10, mwN). Paragraph 369, Absatz eins, BVergG 2018 nennt die Kosten der Angebotsstellung als Schaden und Paragraph 369, Absatz 2, BVergG 2018 verpflichtet den Geschädigten, den Schaden (unter anderem) durch Stellen eines Nachprüfungsantrages abzuwenden. Dies setzt voraus, dass ein solcher Schaden als Schaden nach Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Bgld. VergRSG zur Nachprüfung der angefochtenen Ausschreibung führen kann vergleiche , noch zur hier inhaltlich im Wesentlichen unveränderten Rechtslage nach dem BVergG 2006 VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128, mwN). Gemäß Paragraph 369, Absatz eins, BVergG 2018 hat der Bieter gegen den Auftraggeber bei einem hinreichend qualifizierten Vergaberechtsverstoß Anspruch auf Ersatz der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Dieser Schadenersatzanspruch umfasst auch die Vertretungskosten im Zusammenhang mit einem auf Nichtigerklärung einer vergaberechtswidrigen Ausschreibung gerichteten Verfahren vergleiche , etwa OGH 25.4.2023, 10 Ob 13/23v, Rn. 10, mwN).

18

Davon ausgehend erweist sich vorliegend in Bezug auf die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen die Behauptung eines drohenden Schadens als plausibel und die mitbeteiligte Partei

gemäß § 3 Abs. 1 Bgld. VergRSG als antragslegitimiert. Davon ausgehend erweist sich vorliegend in Bezug auf die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlagen die Behauptung eines drohenden Schadens als plausibel und die mitbeteiligte Partei gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Bgld. VergRSG als antragslegitimiert.

Detailliertheit der Zuschlagskriterien im zweistufigen Vergabeverfahren

19

Die revisionswerbende Partei bringt dazu zusammengefasst vor, das BVergG 2018 normiere keine Verpflichtung der Auftraggeberin, die Zuschlagskriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen zur ersten Stufe „bis ins allerletzte Detail zu spezifizieren“. Vielmehr handle es sich vorliegend um ein Vergabeverfahren zur Beschaffung einer besonderen Dienstleistung gemäß § 151 BVergG 2018. Nach dessen Abs. 3 könne die Auftraggeberin dieses Vergabeverfahren frei gestalten. Das dafür entsprechend europaweit zu verwendende Formblatt enthalte kein Feld, in dem die Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung zu nennen seien. Daraus folge, dass in der ersten Stufe dieses Sonderverfahrens und in der Bekanntmachung überhaupt keine Zuschlagskriterien zu nennen seien. Maßgebend seien lediglich die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß § 20 BVergG 2018. Um die Grundsätze der Transparenz und der Bietergleichheit zu wahren, seien die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen der ersten Stufe „nicht bis ins allerletzte Detail“ bekanntzugeben oder „gar eine objektiv nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters im Sinn der Angebotsphase“ zu ermöglichen. So könnten etwa gemäß § 162 Abs. 5 erster Satz BVergG 2018 die festgelegten Zuschlagskriterien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe präzisiert werden, sofern dies in der Ausschreibung vorgesehen sei. Schließlich müsse der interessierte Unternehmer mit seinem Teilnahmeantrag noch kein wettbewerbsfähiges Angebot vorbereiten und vorlegen.

Die revisionswerbende Partei bringt dazu zusammengefasst vor, das BVergG 2018 normiere keine Verpflichtung der Auftraggeberin, die Zuschlagskriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen zur ersten Stufe „bis ins allerletzte Detail zu spezifizieren“. Vielmehr handle es sich vorliegend um ein Vergabeverfahren zur Beschaffung einer besonderen Dienstleistung gemäß Paragraph 151, BVergG 2018. Nach dessen Absatz 3, könne die Auftraggeberin dieses Vergabeverfahren frei gestalten. Das dafür entsprechend europaweit zu verwendende Formblatt enthalte kein Feld, in dem die Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung zu nennen seien. Daraus folge, dass in der ersten Stufe dieses Sonderverfahrens und in der Bekanntmachung überhaupt keine Zuschlagskriterien zu nennen seien. Maßgebend seien lediglich die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 20, BVergG 2018. Um die Grundsätze der Transparenz und der Bietergleichheit zu wahren, seien die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen der ersten Stufe „nicht bis ins allerletzte Detail“ bekanntzugeben oder „gar eine objektiv nachvollziehbare Ermittlung des Bestbieters im Sinn der Angebotsphase“ zu ermöglichen. So könnten etwa gemäß Paragraph 162, Absatz 5, erster Satz BVergG 2018 die festgelegten Zuschlagskriterien in der Aufforderung zur Angebotsabgabe präzisiert werden, sofern dies in der Ausschreibung vorgesehen sei. Schließlich müsse der interessierte Unternehmer mit seinem Teilnahmeantrag noch kein wettbewerbsfähiges Angebot vorbereiten und vorlegen.

Fallbezogen seien die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung zueinander - für die Zwecke der Teilnahmephase - eindeutig und für alle Bewerber transparent spezifiziert und festgelegt worden.

20

Die mitbeteiligte Partei wendet dagegen zusammengefasst ein, die Auftraggeberin habe in der ersten Stufe Zuschlagskriterien festgelegt. Ob sie dazu verpflichtet gewesen wäre, sei daher unbeachtlich. Hätte die mitbeteiligte Partei diese Zuschlagskriterien nicht bekämpft, wären sie bestandfest geworden. Sie hätte in der zweiten Verfahrensstufe diese Festlegungen nicht mehr bekämpfen können. Die Festlegungen müssten unabhängig davon, wann sie getroffen würden, der Rechtsprechung zu den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung genügen. Dies sei vorliegend bei den von der Auftraggeberin festgelegten Zuschlagskriterien nicht der Fall.

21

Das vorliegend zweistufige Vergabeverfahren diene der „Findung eines geeigneten, leistungsfähigen und zuverlässigen Partners zur Gründung einer gemeinsamen Kapitalgesellschaft (institutionalisierte Zusammenarbeit) zur Versorgung des Burgenlandes mit der Auswertung von ungepoolten Abstrich-PCR-Tests (Covid-19) zur Bewältigung von Spitzen“. Dabei handelt es sich um die Vergabe von besonderen Dienstleistungen gemäß Anhang XVI BVergG 2018. Das diesbezügliche Verfahren ist in § 151 BVergG 2018 geregelt.

Das vorliegend zweistufige Vergabeverfahren diene der „Findung eines geeigneten, leistungsfähigen und zuverlässigen Partners zur Gründung einer gemeinsamen Kapitalgesellschaft (institutionalisierte Zusammenarbeit) zur Versorgung des Burgenlandes mit der Auswertung von ungepoolten Abstrich-PCR-Tests (Covid-19) zur Bewältigung von Spitzen“. Dabei handelt es sich um die Vergabe von

besonderen Dienstleistungen gemäß Anhang XVI BVergG 2018. Das diesbezügliche Verfahren ist in Paragraph 151, BVergG 2018 geregelt.

22

Gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 gelten für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI ausschließlich taxativ aufgezählte Bestimmungen des BVergG 2018, wie etwa § 20 Abs. 1 bis 4 leg. cit. über die Grundsätze des Vergabeverfahrens (unter anderem die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter und der Transparenz). Der öffentliche Auftraggeber kann dieses Vergabeverfahren grundsätzlich frei gestalten (§ 151 Abs. 3 erster Satz BVergG 2018). Dem öffentlichen Auftraggeber kommt demnach ein größerer Gestaltungsspielraum bei der konkreten Ausgestaltung der Vergabeverfahren zu (vgl. Höfler-Petrus in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer [Hrsg.], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 [2019] § 151 Rn. 24). Gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018 gelten für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn ausschließlich taxativ aufgezählte Bestimmungen des BVergG 2018, wie etwa Paragraph 20, Absatz eins, bis 4 leg. cit. über die Grundsätze des Vergabeverfahrens (unter anderem die Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter und der Transparenz). Der öffentliche Auftraggeber kann dieses Vergabeverfahren grundsätzlich frei gestalten (Paragraph 151, Absatz 3, erster Satz BVergG 2018). Dem öffentlichen Auftraggeber kommt demnach ein größerer Gestaltungsspielraum bei der konkreten Ausgestaltung der Vergabeverfahren zu vergleiche , Höfler-Petrus in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer [Hrsg.], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 [2019] Paragraph 151, Rn. 24).

23

Vorliegend hat die Auftraggeberin das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung „angelehnt an § 31 Abs. 5 BVergG 2018“ als im BVergG 2018 vorgesehenen Verfahrenstypus gewählt. Die Vergabe sollte nach dem „Bestangebotsprinzip“ erfolgen. Dieses zweistufige Vergabeverfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass zunächst eine Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages ergeht und in der Folge aus den geeigneten Bewerbern (anhand der in den Ausschreibungsunterlagen näher dargelegten Auswahlkriterien) die drei bestbewerteten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Vorliegend hat die Auftraggeberin das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung „angelehnt an Paragraph 31, Absatz 5, BVergG 2018“ als im BVergG 2018 vorgesehenen Verfahrenstypus gewählt. Die Vergabe sollte nach dem „Bestangebotsprinzip“ erfolgen. Dieses zweistufige Vergabeverfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass zunächst eine Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages ergeht und in der Folge aus den geeigneten Bewerbern (anhand der in den Ausschreibungsunterlagen näher dargelegten Auswahlkriterien) die drei bestbewerteten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

24

Bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens wurden in den Ausschreibungsunterlagen als Zuschlagskriterien der „Preis“ und die „Qualität“ mit einer Gewichtung von 40:60 und als Subkriterien zum Preis die „Kosten des Laborbetriebs im ersten Jahr / Bewertung des einzubringenden Maschinenparks“ und als Subkriterium zur Qualität das „Betriebskonzept für das Labor“ festgelegt.

25

Da die Ausschreibung (als nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung) gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. ii iVm sublit. ee BVergG 2018 gesondert anfechtbar ist, werden die insofern in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien samt deren Gewichtung und Subkriterien bestandfest, sofern sie nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist (vgl. vorliegend maßgeblich § 4 Abs. 3 Bgld. VergRSG) in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens angefochten werden. Da die Ausschreibung (als nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung) gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, i, i, in Verbindung mit Sub-Litera, e, e, BVergG 2018 gesondert anfechtbar ist, werden die insofern in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien samt deren Gewichtung und Subkriterien bestandfest, sofern sie nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist vergleiche , vorliegend maßgeblich Paragraph 4, Absatz 3, Bgld. VergRSG) in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens angefochten werden.

26

Die auch in einem Verfahren über die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß § 151 Abs. 1 iVm § 20 Abs. 1 BVergG 2018 geltenden Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verlangen, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in den Ausschreibungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit erstens alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre

genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und zweitens der öffentliche Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (vgl. etwa EuGH 1.8.2022, C-332/20, Roma Multiservizi und Rekeep, Rn. 91; 14.7.2022, C-436/20, ASADE, Rn. 97, jeweils mwN). Die auch in einem Verfahren über die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Paragraph 151, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 geltenden Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verlangen, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in den Ausschreibungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit erstens alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und zweitens der öffentliche Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen vergleiche , etwa EuGH 1.8.2022, C-332/20, Roma Multiservizi und Rekeep, Rn. 91; 14.7.2022, C-436/20, ASADE, Rn. 97, jeweils mwN).

27

Vorliegend sind die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Subkriterien in den Ausschreibungsunterlagen für sich eindeutig formuliert und entsprechen insoweit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz. Hingegen sind die Gewichtung des Subkriteriums zum Preis „Bewertung des einzubringenden Maschinenparks“ und die nähere Beschreibung des Subkriteriums zur Qualität durch die Formulierungen „wird voraussichtlich festgelegt sein“ bzw. „wird voraussichtlich ua dargestellt werden müssen“ derart vage, dass sie es den durchschnittlich fachkundigen Bietern nicht erlaubten, sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auszulegen, und es der Auftraggeberin nicht ermöglichten, Angebote einer vergleichenden objektiven und transparenten Beurteilung zu unterziehen (vgl. zur nach dem Grundsatz der Transparenz erforderlichen Bestimmtheit von Zuschlagskriterien etwa EuGH 13.6.2024, C-737/22, BibMedia, Rn. 31, mwN). Vorliegend sind die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und Subkriterien in den Ausschreibungsunterlagen für sich eindeutig formuliert und entsprechen insoweit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz. Hingegen sind die Gewichtung des Subkriteriums zum Preis „Bewertung des einzubringenden Maschinenparks“ und die nähere Beschreibung des Subkriteriums zur Qualität durch die Formulierungen „wird voraussichtlich festgelegt sein“ bzw. „wird voraussichtlich ua dargestellt werden müssen“ derart vage, dass sie es den durchschnittlich fachkundigen Bietern nicht erlaubten, sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auszulegen, und es der Auftraggeberin nicht ermöglichten, Angebote einer vergleichenden objektiven und transparenten Beurteilung zu unterziehen vergleiche , zur nach dem Grundsatz der Transparenz erforderlichen Bestimmtheit von Zuschlagskriterien etwa EuGH 13.6.2024, C-737/22, BibMedia, Rn. 31, mwN).

28

Dies bedeutet in Bezug auf das vorliegend zweistufige Vergabeverfahren und die Anfechtung der Ausschreibung in der ersten Stufe im Rahmen der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags jedoch nicht, dass dem Nachprüfungsantrag der mitbeteiligten Partei bereits deshalb stattzugeben und die Ausschreibung teilweise oder gänzlich für nichtig zu erklären ist.

29

Grundsätzlich entspricht es dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer, dass die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung während des gesamten Verhandlungsverfahrens stabil bleiben und nicht verhandelbar sein sollen (vgl. Erwägungsgrund 45 zur Richtlinie 2014/24/EU). Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren bedeuten für den Auftraggeber, dass er sich während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten muss und erst recht, dass die Zuschlagskriterien während des Verfahrens nicht geändert werden dürfen (vgl. etwa EuGH 21.4.2021, T-525/19, Interling u.a./Kommission, Rn. 56, mwN). Das Transparenzgebot soll insbesondere ausschließen, dass es zu einer Günstlingswirtschaft oder willkürlichen Entscheidungen des Auftraggebers kommt (vgl. etwa EuGH 5.4.2017, C-298/15, BORTA, Rn. 68, mwN). Grundsätzlich entspricht es dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer, dass die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung während des gesamten Verhandlungsverfahrens stabil bleiben und nicht verhandelbar sein sollen vergleiche , Erwägungsgrund 45 zur Richtlinie 2014/24/EU). Die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren bedeuten für den Auftraggeber, dass er sich während des gesamten Vergabeverfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten muss und erst recht, dass die Zuschlagskriterien während des Verfahrens nicht geändert werden dürfen vergleiche , etwa EuGH 21.4.2021, T-525/19, Interling u.a./Kommission, Rn. 56, mwN). Das Transparenzgebot soll insbesondere ausschließen, dass es zu einer Günstlingswirtschaft oder willkürlichen Entscheidungen des Auftraggebers kommt vergleiche , etwa EuGH 5.4.2017, C-

30

Der EuGH hat es allerdings für zulässig erachtet, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten Gewichtungskoeffizienten für die Unterkriterien, die im Wesentlichen den Kriterien entsprechen, die den Bietern vorher zur Kenntnis gebracht wurden, festlegt, und zwar unter drei Voraussetzungen, nämlich dass diese nachträgliche Festlegung erstens die in den Ausschreibungsunterlagen bestimmten Zuschlagskriterien nicht ändert, zweitens nichts enthält, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können, und drittens nicht unter Berücksichtigung von Umständen gewählt wurde, die einen der Bieter diskriminieren konnten (vgl. VwGH 27.2.2019, Ra 2016/04/0103, Rn. 13 f, mit Hinweis auf EuGH 24.1.2008, C-532/06, Lianakis u.a., Rn. 42 f, sowie EuGH 24.11.2005, C-331/04, ATI EAC, Rn. 32). Der EuGH hat es allerdings für zulässig erachtet, dass ein öffentlicher Auftraggeber nach Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten Gewichtungskoeffizienten für die Unterkriterien, die im Wesentlichen den Kriterien entsprechen, die den Bietern vorher zur Kenntnis gebracht wurden, festlegt, und zwar unter drei Voraussetzungen, nämlich dass diese nachträgliche Festlegung erstens die in den Ausschreibungsunterlagen bestimmten Zuschlagskriterien nicht ändert, zweitens nichts enthält, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können, und drittens nicht unter Berücksichtigung von Umständen gewählt wurde, die einen der Bieter diskriminieren konnten vergleiche , VwGH 27.2.2019, Ra 2016/04/0103, Rn. 13 f, mit Hinweis auf EuGH 24.1.2008, C-532/06, Lianakis u.a., Rn. 42 f, sowie EuGH 24.11.2005, C-331/04, ATI EAC, Rn. 32).

31

Wenn eine Festlegung von Gewichtungskoeffizienten für Unterkriterien unter bestimmten Voraussetzungen selbst nach Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten zulässig ist, ist umso mehr die Konkretisierung einer unbestimmten Gewichtung von Subkriterien sowie einer unbestimmten Beschreibung eines Subkriteriums wie in den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen in der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens vor Aufforderung der drei bestbewerteten Bewerber zur Angebotslegung möglich.

32

Dementsprechend stellt die unbestimmte Gewichtung eines der beiden Subkriterien des Zuschlagskriteriums „Preis“ und die unbestimmte Beschreibung des Subkriteriums für das Zuschlagskriterium „Qualität“ in den angefochtenen Ausschreibungsunterlagen in der (ersten) Phase der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages des zweistufigen Vergabeverfahrens noch keinen Verstoß gegen die Grundsätze der Transparenz und der Bietergleichheit dar. Schließlich hat die Auftraggeberin in der zweiten Phase des Vergabeverfahrens vor Aufforderung der drei bestbewerteten Bewerber zur Angebotsabgabe die Möglichkeit der Konkretisierung. Dadurch ist auch gewährleistet, dass die Ausschreibungsbedingungen für die in der zweiten Phase verbliebenen drei bestbewerteten Bewerber vor Abgabe ihres Angebots hinreichend konkretisiert werden, sodass die Bewerber bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können, und auch die Auftraggeberin in der Lage ist, die Angebote der drei bestbewerteten Bewerber dahin zu überprüfen, ob diese die für den Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.

33

Darüber hinaus ist auf die, wenngleich gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 nicht unmittelbar anwendbare Bestimmung des § 123 Abs. 8 BVergG 2018 iVm Anhang XV Z 1 lit. e BVergG 2018 hinzuweisen. Gemäß dieser Bestimmung hat die Aufforderung zur Angebotsabgabe unter anderem die im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung festgelegten oder gegebenenfalls gereihten Zuschlagskriterien zu enthalten, falls sie nicht in der Ausschreibung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung enthalten sind. Demnach ist es dem Auftraggeber in einem zweistufigen Vergabeverfahren möglich, Zuschlagskriterien erst in die Aufforderung zur Angebotsabgabe aufzunehmen. In einem Größenschluss ist auch die Konkretisierung von Zuschlagskriterien erst in der Aufforderung zur Angebotsabgabe möglich, sofern in der Ausschreibung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung bestimmte Zuschlagskriterien nicht verändert werden und die Konkretisierung keinen Bieter diskriminiert. Wenn dies in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß § 123 Abs. 8 BVergG 2018 zulässig ist, so muss dies umso mehr für das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen iSd § 151 Abs. 1 BVergG 2018 gelten, das der öffentliche Auftraggeber gemäß § 151 Abs. 3 erster Satz BVergG 2018 grundsätzlich frei gestalten kann. Darüber hinaus ist auf die, wenngleich gemäß Paragraph 151, Absatz

eins, BVergG 2018 nicht unmittelbar anwendbare Bestimmung des Paragraph 123, Absatz 8, BVergG 2018 in Verbindung mit , Anhang römisch fünfzehn Ziffer eins, Litera e, BVergG 2018 hinzuweisen. Gemäß dieser Bestimmung hat die Aufforderung zur Angebotsabgabe unter anderem die im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung festgelegten oder gegebenenfalls gereichten Zuschlagskriterien zu enthalten, falls sie nicht in der Ausschreibung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung enthalten sind. Demnach ist es dem Auftraggeber in einem zweistufigen Vergabeverfahren möglich, Zuschlagskriterien erst in die Aufforderung zur Angebotsabgabe aufzunehmen. In einem Größenschluss ist auch die Konkretisierung von Zuschlagskriterien erst in der Aufforderung zur Angebotsabgabe möglich, sofern in der Ausschreibung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung bestimmte Zuschlagskriterien nicht verändert werden und die Konkretisierung keinen Bieter diskriminiert. Wenn dies in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Paragraph 123, Absatz 8, BVergG 2018 zulässig ist, so muss dies umso mehr für das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen iSd Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018 gelten, das der öffentliche Auftraggeber gemäß Paragraph 151, Absatz 3, erster Satz BVergG 2018 grundsätzlich frei gestalten kann.

34

Die unbestimmte Gewichtung eines der beiden Subkriterien des Zuschlagskriteriums „Preis“ und die unbestimmte Beschreibung des Subkriteriums für das Zuschlagskriterium „Qualität“ in den angefochtenen Ausschreibungsunterlagen in der (ersten) Phase der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages des zweistufigen Vergabeverfahrens begründen somit keinen die gänzliche oder teilweise Nichtigerklärung der Ausschreibung rechtfertigenden Verstoß gegen das BVergG 2018.

Ergebnis

35

Vor diesem Hintergrund erweist sich das angefochtene Erkenntnis als inhaltlich rechtswidrig und war aus diesem Grund gemäß § 42 Abs. 1 VwGG aufzuheben. Vor diesem Hintergrund erweist sich das angefochtene Erkenntnis als inhaltlich rechtswidrig und war aus diesem Grund gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG aufzuheben.

36

Eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG unterbleiben. Eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG unterbleiben.

37

Gemäß § 47 Abs. 5 VwGG ist der dem Revisionswerber zu leistende Aufwandsersatz 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 Aufwandsersatz 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 (vgl. etwa VwGH 29.1.2018, Ra 2016/04/0005, Rn. 22, mwN). Vorliegend ist dies das Land Burgenland. Gemäß Paragraph 47, Absatz 5, VwGG ist der dem Revisionswerber zu leistende Aufwandsersatz 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 Artikel 130, Absatz 2, Ziffer 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 Aufwandsersatz nach den Paragraphen 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 Artikel 14 b, B-VG) in den Vollzugsbereich des Bundes oder der Länder fällt vergleiche , etwa VwGH 29.1.2018, Ra 2016/04/0005, Rn. 22, mwN). Vorliegend ist dies das Land Burgenland.

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. etwa VwGH 12.9.2016, Ra 2015/04/0068, Rn. 2, mwN), war der Antrag der revisionswerbenden Partei auf Aufwandersatz abzuweisen. 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 vergleiche , etwa VwGH 12.9.2016, Ra 2015/04/0068, Rn. 2, mwN), war der Antrag der revisionswerbenden Partei auf Aufwandersatz abzuweisen.

Wien, am 5. Juni 2025

Gerichtsentscheidung

EuGH 62004CJ0331 ATI EAC VORAB

EuGH 62006CJ0532 Lianakis VORAB

EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB

EuGH 62020CJ0332 Roma Multiservizi spa und Rekeep spa VORAB

EuGH 62020CJ0436 ASADE VORAB

Schlagworte

Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2025:RA2022040063.L00

Im RIS seit

08.07.2025

Zuletzt aktualisiert am

07.04.2026

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>