

TE Vwgh Erkenntnis 2024/6/25 Ra 2021/04/0099

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.06.2024

Index

E6j

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §2 Z22 litd sublitaa

BVergG 2018 §91

BVergG 2018 §91 Abs5 Z3

BVergG 2018 §91 Abs7

62004CJ0029 Kommission / Österreich

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 § 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

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 der Gemeinde S, vertreten durch Dr. Walter Müller, Mag. Dr. Wolfgang Graziani-Weiss, Mag. Bernhard Scharmüller, Mag. Dr. Mario Höller-Prantner und Mag. Dr. Michael Kraus LL.B., Rechtsanwälte in 4020 Linz, Zollamtstraße 7, gegen das am 5. Jänner 2021 mündlich verkündete und am 2. Februar 2021 schriftlich

ausgefertigte Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, Zl. LVwG-840216/16/KI/CG, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: L Gesellschaft m.b.H. in S, vertreten durch die Dumfarth Klausberger Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 4020 Linz, Stelzhamerstraße 2/26), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Oberösterreich hat der revisionswerbenden Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1

Das von der revisionswerbenden Gemeinde (Auftraggeberin) betreffend das Bauvorhaben „Infrastrukturprojekt H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, durchgeführte offene Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, bei dem insgesamt neun Angebote eingereicht wurden, wurde mit der am 11. November 2020 bekanntgemachten Erklärung gemäß § 150 Abs. 7 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) widerrufen. Das von der revisionswerbenden Gemeinde (Auftraggeberin) betreffend das Bauvorhaben „Infrastrukturprojekt H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, durchgeführte offene Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, bei dem insgesamt neun Angebote eingereicht wurden, wurde mit der am 11. November 2020 bekanntgemachten Erklärung gemäß Paragraph 150, Absatz 7, Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) widerrufen.

2

Mit 12. November 2020 schrieb die Auftraggeberin erneut Bauleistungen für das idente Bauvorhaben im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus.

3

Mit Eingabe vom 26. November 2020 beantragte die mitbeteiligte Partei die Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung, in eventu einzelner näher genannter Ausschreibungsbestimmungen. Die mitbeteiligte Partei stützte ihren Nachprüfungsantrag unter anderem auf eine Verletzung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze nach § 20 Abs. 1 BVerG 2018, insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung sowie des freien und lauten Wettbewerbs. Im Übrigen handle es sich bei dem Zuschlagskriterium „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“ mangels tatsächlichem Einfluss auf das Ergebnis um ein unzulässiges „Feigenblattkriterium“, weshalb die Ausschreibung dem vorliegend gemäß § 91 Abs. 5 Z 3 BVerG 2018 zwingend vorgeschriebenen Bestbieterprinzip widerspreche. Mit Eingabe vom 26. November 2020 beantragte die mitbeteiligte Partei die Nichtigkeitserklärung der gesamten Ausschreibung, in eventu einzelner näher genannter Ausschreibungsbestimmungen. Die mitbeteiligte Partei stützte ihren Nachprüfungsantrag unter anderem auf eine Verletzung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze nach Paragraph 20, Absatz eins, BVerG 2018, insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung sowie des freien und lauten Wettbewerbs. Im Übrigen handle es sich bei dem Zuschlagskriterium „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“ mangels tatsächlichem Einfluss auf das Ergebnis um ein unzulässiges „Feigenblattkriterium“, weshalb die Ausschreibung dem vorliegend gemäß Paragraph 91, Absatz 5, Ziffer 3, BVerG 2018 zwingend vorgeschriebenen Bestbieterprinzip widerspreche.

4

Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Verwaltungsgericht) dem Nachprüfungsantrag statt und erklärte die angefochtene Ausschreibung vom 12. November 2020 für nichtig (Spruchpunkt I.), verpflichtete die revisionswerbende Gemeinde, der mitbeteiligten Partei die von ihr entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt II.), und sprach aus, dass die Revision unzulässig sei (Spruchpunkt III.). Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Verwaltungsgericht) dem Nachprüfungsantrag statt und erklärte die angefochtene Ausschreibung vom 12. November 2020 für nichtig (Spruchpunkt römisch eins.), verpflichtete die revisionswerbende Gemeinde, der mitbeteiligten Partei die von ihr entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt römisch zwei.), und sprach aus, dass die Revision unzulässig sei (Spruchpunkt römisch drei.).

5

Das Verwaltungsgericht stellte nachfolgenden wesentlichen Sachverhalt fest:

Die Auftraggeberin habe am 16. Jänner 2018 zur Baureifmachung einer als Bauland verwertbaren Fläche im Ausmaß von rund 65.035 m² mit XY einen ersten Raumordnungsvertrag geschlossen, nach dem die Infrastruktur- und

Planungskosten gemäß einer Grobschätzung vom September 2017 für eine erste Etappe in der Höhe von netto € 2,5 Mio. von XY zu übernehmen seien und zusätzlich zu den für Wasser und Kanal von der Auftraggeberin vorzunehmenden Vorschreibungen von XY ein pauschaler Kostenbeitrag pro m² Bauplatzfläche über Vorschreibung der Auftraggeberin zu entrichten sei. Zur Vorfinanzierung der Aufschließungskosten werde von der Auftraggeberin ein Darlehen aufgenommen. Der Raumordnungsvertrag erlange erst durch die aufsichtsbehördliche Genehmigung des Darlehensvertrages durch das Land Oberösterreich Rechtswirksamkeit.

Hinsichtlich der weiteren Etappen 2 - 4 sei von der Auftraggeberin am 12. Februar 2020 ein weiterer Raumordnungsvertrag mit XY geschlossen worden. Diesem Vertrag seien nunmehr valorisierte Gesamtkosten von netto € 2,628.704,- zu Grunde gelegt worden und der von XY zu leistende Infrastrukturbeitrag je m² Bauplatzfläche entsprechend erhöht worden. In der Gesamtkostenschätzung seien auch (nicht von der vorliegenden Ausschreibung umfasste) Verkehrsflächen - Oberflächenherstellung, Außengestaltung usw. inkludiert. Mit Gemeinderatsbeschluss vom 13. Oktober 2020 sei ein Kreditvertrag der Auftraggeberin in der Höhe von € 3 Mio. zur Finanzierung der Infrastrukturerrichtung genehmigt und der Kreditvertrag mit 20. Oktober 2020 der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorgelegt worden.

Bereits zuvor habe die Auftraggeberin mit Bekanntmachung im Vergabeportal ANKÖ vom 17. August 2020 das Bauvorhaben „Infrastrukturprojekt H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Dabei sei das Bestbieterprinzip festgelegt worden. Die Ausschreibungsunterlage habe auszugsweise gelautet:

„B 5 Eignungskriterien:

Beim offenen Verfahren bestätigt der Bieter mit Unterfertigung des Schlussblatts (Teil E des Angebotsschreibens für Bauleistungen) bzw. elektronische Signatur, dass er folgenden Eignungsvorgaben vollumfänglich entspricht:

?

Befugnis:

-

Gewerbeberechtigung Baumeister

?

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

-

Mindestjahresumsatz von EUR 3,0 Mio. excl. USt. im Bereich des Ausschreibungsgegenstands über jedes der letzten drei Geschäftsjahre (bzw. seit Aufnahme der Geschäftstätigkeit);

-

aufrechte Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 3,0 Mio für Personen- und Sachschäden;

-

KSV-Rating (z.B. Alpenländischer Kreditschutzverband 1870) maximal 299

?

Technische Leistungsfähigkeit:

Mindestens zwei Unternehmensreferenzen, mit folgendem Mindestleistungsinhalt:

a)

Errichtung Misch-, Schmutz- oder Regenwasserkanalisation > 1.000 lfm

b)

Straßenbau > 8.000 m²

c)

Rückhaltebecken mit Rückhaltevolumen > 3.000 m³

und nicht vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist) abgeschlossen wurden.

Die jeweiligen Projektumfänge der Punkte a), b) oder c) sind nicht aus einzelnen Aufträgen addierbar.

B 6 Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien:

?

Bestbieterprinzip:

?

Die Ermittlung des Zuschlagsempfängers erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Dabei werden folgende Zuschlagskriterien herangezogen:

?

Gesamtangebotspreis (Maximalpunkteanzahl von 85);

?

Verlängerung der Gewährleistungsfrist (Maximalpunkteanzahl von 10);

?

Preisliche Ausgewogenheit der Kalkulation (Maximalpunkteanzahl von 5).

In Summe können bei den 3 Zuschlagskriterien maximal 100 Punkte erreicht werden. Bestbieter ist jener Bieter, dessen (nicht auszuschließendes) Angebot die meisten Punkte erzielt.“

Insgesamt seien neun Angebote eingereicht worden, darunter jenes der mitbeteiligten Partei mit einem angebotenen Gesamtpreis von € 1,948.922,22 netto. Die Billigstbieterin habe einen Gesamtpreis von netto € 1,678.527,10, die übrigen Bieter hätten einen jeweils höheren Gesamtpreis als die mitbeteiligte Partei geboten. Die mitbeteiligte Partei habe nach Bewertung der Angebote mit insgesamt 87,01 Punkten (73,21 Punkte für den Gesamtpreis, 10 Punkte für die Verlängerung der Gewährleistungsfrist und 3,80 Punkte für die preisliche Ausgewogenheit der Kalkulation) die höchste Punkteanzahl erhalten. Die Gesamtpunkteanzahl der Billigstbieterin habe 86,09 Punkte (85 Punkte für den Gesamtpreis und 1,09 Punkte für die preisliche Ausgewogenheit der Kalkulation) betragen. Fünf Bieter hätten die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre angeboten. Hinsichtlich der mitbeteiligten Partei sei zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit per 27. August 2020 ein KSV-Rating von 309 (statt einem in der Ausschreibung festgelegten KSV-Rating vom max. 299), ein Gesamtumsatz der letzten drei Jahre von € 4,211.000,- (2017), € 4,178.000,- (2018) und € 4,261.000,- (2019) sowie eine Betriebshaftpflichtversicherung vom 7. Jänner 2020 mit einer Versicherungssumme von € 2,5 Mio. ausgewiesen gewesen. Eine Aufklärung vom 7. Oktober 2020 habe eine bestätigte Betriebshaftpflichtversicherung von € 10 Mio. per 1. September 2020 ergeben. Eine Aufklärung betreffend Bekanntgabe des Jahresumsatzes im Bereich des Ausschreibungsgegenstandes für die letzten drei Geschäftsjahre habe für 2017 € 3,350.000,-, für 2018 € 3,275.000,- und für 2019 € 3,300.000,- ergeben.

Gemäß Angebotsprüfung hätten auch die übrigen Bieter zum Teil das geforderte KSV-Rating nicht erfüllen können. Hinsichtlich der Billigstbieterin scheine ein Rating vom 30. September 2020 von 1,8 nach AKV (ausgezeichnete Bonität) auf. Per 27. August 2020 habe die mitbeteiligte Partei ein KSV-Rating mit 295 belegt. Die geforderten Referenznachweise seien vermutlich von der mitbeteiligten Partei, nicht jedoch von der Billigstbieterin erfüllt worden.

Nach dem Widerruf dieser Ausschreibung am 11. November 2020 sei am darauffolgenden Tag im ANKÖ das Angebotsschreiben der Auftraggeberin für Bauleistungen des identen Bauvorhabens im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich mit Angebotsfrist bis 4. Dezember 2020 nach dem Bestbieterprinzip bekanntgegeben worden. Die Punkte B 5 und B 6 der nunmehrigen Ausschreibung seien gegenüber der Ausschreibung vom 17. August 2020 wie folgt geändert worden:

„B 5 Eignungskriterien:

Beim offenen Verfahren bestätigt der Bieter mit Unterfertigung des Schlussblatts (Teil E des Angebotsschreibens für Bauleistungen) bzw. elektronischer Signatur, dass er folgenden Eignungsvorgaben vollumfänglich entspricht:

?

Befugnis:

-

Gewerbeberechtigung Baumeister

?

Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

-

Mindestjahresumsatz von EUR 3,0 Mio. excl. USt. im Bereich des Ausschreibungsgegenstands über jedes der letzten drei Geschäftsjahre (bzw. seit Aufnahme der Geschäftstätigkeit);

-

aufrechte Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 3,0 Mio für Personen- und Sachschäden;

-

KSV-Rating (z.B. Alpenländischer Kreditschutzverband 1870) maximal 399

?

Technische Leistungsfähigkeit:

Mindestens eine Unternehmensreferenz, mit folgendem Mindestleistungsinhalt:

a)

Errichtung Misch-, Schmutz- oder Regenwasserkanalisation > 1.000 lfm

b)

Straßenbau > 8.000 m²

c)

Rückhaltebecken mit Rückhaltevolumen > 3.000 m³

und nicht vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist) abgeschlossen wurden.

Die jeweiligen Projektumfänge der Punkte a), b) oder c) müssen nicht in einem Auftrag erfüllt werden, sind aber innerhalb der jeweiligen Kategorien nicht aus einzelnen Aufträgen addierbar. Es ist möglich alle Kriterien mit einer Referenz nachzuweisen.

B 6 Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien:

?

Bestbieterprinzip:

Die Ermittlung des Zuschlagsempfängers erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Dabei werden folgende Zuschlagskriterien herangezogen:

?

Gesamtangebotspreis (Maximalpunkteanzahl von 90);

?

Verlängerung der Gewährleistungsfrist (Maximalpunkteanzahl von 10) [Verlängerung um ein Jahr 3,0 Punkte, Verlängerung um zwei Jahre 6,0 Punkte, Verlängerung um drei Jahre 10,0 Punkte];

In Summe können bei den 2 Zuschlagskriterien maximal 100 Punkte erreicht werden. Bestbieter ist jener Bieter, dessen (nicht auszuschließendes) Angebot die meisten Punkte erzielt. Die Punkteermittlung erfolgt mathematisch gerundet auf ganze Punkte. Bei Punktegleichstand entscheidet der günstigere Preis.“

6

Rechtlich führte das Verwaltungsgericht nach Darstellung der wesentlichen Rechtslage und auszugsweiser wörtlicher Wiedergabe der Erläuterungen zum BVergG 2018 (RV 69 BlgNR 26. GP) aus, dass die Aussagen des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) im Urteil vom 10. November 2005, C-29/04, Kommission / Österreich, Rn. 38 ff, aufgrund der besonderen zeitlichen Abfolge des Vergabegeschehens der Auftraggeberin auch vorliegend in einer Gesamtschau angewendet werden könnten. Rechtlich führte das Verwaltungsgericht nach Darstellung der wesentlichen Rechtslage und auszugsweiser wörtlicher Wiedergabe der Erläuterungen zum BVergG 2018 Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode aus, dass die Aussagen des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) im Urteil vom 10. November 2005, C-29/04, Kommission / Österreich, Rn. 38 ff, aufgrund der besonderen zeitlichen Abfolge des Vergabegeschehens der Auftraggeberin auch vorliegend in einer Gesamtschau angewendet werden könnten.

Entsprechende Anpassungen in einer Zweitausschreibung auf Grund von Erfahrungen einer Erstausschreibung, dass Bieter die erforderlichen Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllen, wie vorliegend in Bezug auf eine Erleichterung betreffend das KSV-Rating sowie das Verlangen nach nur mehr einer Referenz statt zwei Referenzen in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit seien nicht zu beanstanden. Schließlich hätten nicht nur die mitbeteiligte Partei und die Billigstbieterin, sondern auch weitere Bieter die zunächst geforderten Kriterien nicht erfüllt. Der Absicht der Auftraggeberin, einen erweiterten Bieterkreis anzusprechen, könne nicht entgegengetreten werden.

Zu prüfen sei jedoch, ob die Änderung auf nur zwei Zuschlagskriterien dem gemäß § 91 Abs. 5 Z 3 BVergG 2018 für den gegenständlichen Bauauftrag verpflichtend vorgesehenen Bestbieterprinzip entspreche. Ausgehend von den Materialien zum BVergG 2018 solle Zuschlagskriterien bei der Ermittlung des besten Angebots tatsächlich Relevanz zukommen. Sogenannte „Feigenblattkriterien“ würden der Intention des Gesetzgebers, einen Qualitäts- und keinen Preiswettbewerb zu verfolgen, nicht genügen. Insbesondere müssten die Zuschlagskriterien die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten, sich auf den zu vergebenden Auftrag beziehen und geeignet sein, für den Auftraggeber das „beste“ Angebot zu ermitteln. Zu prüfen sei jedoch, ob die Änderung auf nur zwei Zuschlagskriterien dem gemäß Paragraph 91, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2018 für den gegenständlichen Bauauftrag verpflichtend vorgesehenen Bestbieterprinzip entspreche. Ausgehend von den Materialien zum BVergG 2018 solle Zuschlagskriterien bei der Ermittlung des besten Angebots tatsächlich Relevanz zukommen. Sogenannte „Feigenblattkriterien“ würden der Intention des Gesetzgebers, einen Qualitäts- und keinen Preiswettbewerb zu verfolgen, nicht genügen. Insbesondere müssten die Zuschlagskriterien die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten, sich auf den zu vergebenden Auftrag beziehen und geeignet sein, für den Auftraggeber das „beste“ Angebot zu ermitteln.

Schon unter diesem Blickwinkel sei die Festlegung einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist als einziges Kriterium neben dem Preis vorliegend nicht geeignet, einen besseren Wert bzw. eine bessere Qualität eines Angebotes zu gewährleisten. Dieses Kriterium sei in keinem engen Bezug zum Auftragsgegenstand zu sehen. So stelle es keinen Mehrwert bzw. keine höhere Qualität der konkreten Leistung sicher.

Eine Zusammenschau des gesamten Ausschreibungs- bzw. Vergabevorganges, insbesondere ein Rückblick auf die erste widerrufenen Ausschreibung zeige, dass die Streichung des Zuschlagskriteriums der preislichen Ausgewogenheit der Kalkulation und die Zuordnung der dafür vorgesehenen 5 Punkte zum Preis auf insgesamt 90 Punkte (statt 85 Punkte im widerrufenen Vergabeverfahren) keine Änderung der Reihung der neun im widerrufenen Ausschreibungsverfahren abgegebenen Angebote bewirke. Bemerkenswert sei auch, dass - indem (im widerrufenen Verfahren) fünf Bieter die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre angeboten und damit zehn Punkte erlangt hätten, vier Bieter keine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten hätten - selbst, wenn sämtliche Bieter im widerrufenen Ausschreibungsverfahren die maximale Verlängerung der Gewährleistungsfrist anböten und damit zehn Punkte erlangten, sich die Reihung nicht ändern würde. Dies bedeute, dass - mangels weiterer Qualitätskriterien - lediglich ein Preiswettbewerb stattfinde und das Kriterium der Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht wirksam werde.

Die Fokussierung hin zu einem reinen Preiswettbewerb ergebe sich auch aus der Zusammenschau des Gesamtvorganges, insbesondere dass erst nach der Angebotsöffnung im ersten Vergabeverfahren und sohin in voller Kenntnis der Preissituation trotzdem an der von der Auftraggeberin vorgenommenen und zu Grunde gelegten Kostenschätzung durch Aufnahme eines gleichlautenden Kredites und Einholung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung für diese Kreditsumme festgehalten worden sei. Sohin sei zum Ausdruck gebracht worden, an dem ursprünglich geschätzten Kostenbetrag festhalten zu wollen. Es ergebe sich „daher eine Optik“, dass für die Auftraggeberin der Preis das einzige ausschlaggebende Kriterium sei, an dem sie festzuhalten gewillt sei.

Die angefochtene Ausschreibung widerspreche daher dem gesetzlich festgelegten Bestbieterprinzip, sodass „eine gravierende Rechtswidrigkeit“ bestehe. Diese Rechtswidrigkeit sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil mit einer Änderung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch eine andere Bieter- und Angebotsstruktur zu erwarten sei. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006 seien daher erfüllt, weshalb die angefochtene Ausschreibung für nichtig zu erklären sei. Die angefochtene Ausschreibung widerspreche daher dem gesetzlich festgelegten Bestbieterprinzip, sodass „eine gravierende Rechtswidrigkeit“ bestehe. Diese Rechtswidrigkeit sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil mit einer Änderung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung auch eine andere Bieter- und Angebotsstruktur zu erwarten sei. Die Voraussetzungen des Paragraph 7, Absatz eins, Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006 seien daher erfüllt, weshalb die angefochtene Ausschreibung für nichtig zu erklären sei.

Einen allfälligen im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Verstoß gegen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze nach § 20 Abs. 1 BVergG 2018 prüfte das Verwaltungsgericht nicht näher. Einen allfälligen im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Verstoß gegen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze nach

Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 prüfte das Verwaltungsgericht nicht näher.

7

Den Zulässigkeitsausspruch begründete das Verwaltungsgericht dahin, dass sich die Entscheidung auf die ausführlichen Materialien zum BVergG 2018 und „die dazu ergangene EuGH-Judikatur“ stütze. Von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei nicht abgegangen worden. Die Beurteilung anhand der besonderen Sachverhaltskonstellation und die Gewichtung der Zuschlagskriterien sei in Bezug auf die Gesamtausschreibung immer einzelfallbezogen vorzunehmen.

8

Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision der ausschreibenden Gemeinde. Die mitbeteiligte Partei beantragte in der nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof eingebrachten Revisionsbeantwortung die kostenpflichtige Zurück-, in eventu Abweisung der Revision.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

9

Die Revision ist im Hinblick auf die in ihrem Zulässigkeitsvorbringen dargelegte Rechtsfrage, ob bei der Prüfung der Einhaltung des im vorliegenden Vergabeverfahren gemäß § 91 Abs. 5 Z 3 BVergG 2018 verpflichtend vorgeschriebenen Bestbieterprinzips auch die Umstände einer unmittelbar vor der gegenständlichen Ausschreibung widerrufenen Ausschreibung über denselben Ausschreibungsgegenstand heranzuziehen sind, zulässig; sie ist auch berechtigt. Die Revision ist im Hinblick auf die in ihrem Zulässigkeitsvorbringen dargelegte Rechtsfrage, ob bei der Prüfung der Einhaltung des im vorliegenden Vergabeverfahren gemäß Paragraph 91, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2018 verpflichtend vorgeschriebenen Bestbieterprinzips auch die Umstände einer unmittelbar vor der gegenständlichen Ausschreibung widerrufenen Ausschreibung über denselben Ausschreibungsgegenstand heranzuziehen sind, zulässig; sie ist auch berechtigt.

10

§ 2 Z 22 lit. d sowie § 91 Abs. 5 Z 3 und Abs. 7 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65/2018 lauten: Paragraph 2, Ziffer 22, Litera d, sowie Paragraph 91, Absatz 5, Ziffer 3 und Absatz 7, Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) in der Stammfassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018, lauten: „Begriffsbestimmungen

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

...

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.

Zuschlagskriterien stehen gemäß sublit. aa mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen. Dies schließt Faktoren ein, die mit dem bestimmten Preis der Herstellung oder der Bereitstellung der zu

erbringenden Leistung oder des Handels damit oder einem bestimmten Prozess in Bezug auf ein anderes Stadium des Lebenszyklus zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Zuschlagskriterien stehen gemäß Sub-Liter a, a, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen. Dies schließt Faktoren ein, die mit dem bestimmten Preis der Herstellung oder der Bereitstellung der zu erbringenden Leistung oder des Handels damit oder einem bestimmten Prozess in Bezug auf ein anderes Stadium des Lebenszyklus zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

...

Inhalt der Ausschreibungsunterlagen

§ 91. ...Paragraph 91, ...

...

(5) Der Zuschlag ist bei der Vergabe folgender Leistungen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen:

...

3.

bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 Million Euro beträgt, oder

...

(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. Diese Angabe kann auch im Wege der Festlegung einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen. Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus objektiven Gründen nicht möglich, so hat der öffentliche Auftraggeber alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.“

11

§ 7 Abs. 1 des Landesgesetzes über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006), LGBl. Nr. 130/2006 idF LGBl. Nr. 90/2013 lautet: Paragraph 7, Absatz eins, des Landesgesetzes über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006), Landesgesetzblatt Nr. 130 aus 2006, in der Fassung, Landesgesetzblatt Nr. 90 aus 2013, lautet:

„§ 7

Nichtigkeitserklärung von Entscheidungen

Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn

1.

sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach Paragraph 5, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und

2.

diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.“

12

Die Revision bringt zusammengefasst vor, die Auftraggeberin sei entsprechend näher zitierter Rechtsprechung des

Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) und des Verwaltungsgerichtshofes bei der Wahl der Zuschlagskriterien frei. Auch deren Auswahl bleibe ausschließlich der Auftraggeberin selbst überlassen. Das Verwaltungsgericht beziehe in seine Beurteilung der Beachtung des Bestbieterprinzips in unzulässiger Weise die Ergebnisse der widerrufenen Ausschreibung mit ein. Im Gegensatz zum Urteil des EuGH, C-29/04, auf das sich das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang beziehe, sei vorliegend keine „Umgehungskonstruktion“ zu beurteilen gewesen. Die Rechtmäßigkeit der Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung vom 12. November 2020 sei nicht am Ergebnis der zuvor widerrufenen Ausschreibung zu messen. Dies belege etwa die Begründung des Verwaltungsgerichts zur Frage des wesentlichen Einflusses der angenommenen Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens, der dadurch gegeben sei, dass mit einer Änderung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorliegend auch eine andere Bieter- und Angebotsstruktur zu erwarten sei. Nichts anderes habe die Auftraggeberin mit der Änderung der Zuschlagskriterien gegenüber der ersten Ausschreibung bezweckt. Nun würden jedoch die geänderten Zuschlagskriterien anhand einer nicht (mehr) maßgeblichen Bieter- und Angebotsstruktur gemessen. Dies sei verfehlt und rechtswidrig.

Im Übrigen müsse zur Gewährleistung des Bestbieterprinzips neben dem Preis zumindest ein weiteres Zuschlagskriterium festgelegt sein, das bewertungsrelevant sein müsse. Eine Bewertung des zweiten Zuschlagskriteriums wie vorliegend mit 10 % sei vergaberechtlich unbedenklich. Überdies sei zu berücksichtigen, dass die ausschreibungsgegenständlichen Tiefbauleistungen einen technisch hohen Standardisierungsgrad aufwiesen. Nachdem sich die Besiedelung der von der gegenständlichen infrastrukturellen Aufschließung betroffenen Siedlungsräume der Auftraggeberin über die kommenden Jahre erstrecken werde, sei das Zuschlagskriterium der Gewährleistungsfristverlängerung ein qualitativer Mehrwert für die Auftraggeberin. Es könne keinesfalls unterstellt werden, dass jeder in Frage kommende Bieter automatisch dieses zusätzliche Leistungskriterium in seiner maximalen Ausprägung anbieten werde. Dies ergebe sich aus den Erfahrungen des widerrufenen Vergabeverfahrens.

13

Die mitbeteiligte Partei wendet in ihrer Revisionsbeantwortung dagegen zusammengefasst ein, dem Verwaltungsgericht sei darin zu folgen, dass bei vergaberechtlichen Vorgängen nicht alleine auf einzelne, formelle Gesichtspunkte, sondern auf die Gesamtheit aller Vorgänge und deren Ziel abzustellen sei. Vorliegend habe die Auftraggeberin eine nicht vom Budget gedeckte Leistung technisch unverändert neu ausgeschrieben, ohne vorher für eine Erhöhung des Budgets zu sorgen. Die Auftraggeberin habe trotz Kenntnis der Bieter „und der von diesen gebotenen Preisen und Qualität“ aufgrund der Angebotsöffnung im widerrufenen Verfahren ein Qualitätskriterium gestrichen und die Gewichtung des Preises hinaufgesetzt. Neben dem mit 90 % gewichteten Preis habe die Auftraggeberin nur ein einziges nicht relevantes „Feigenblattkriterium“ festgelegt, um den Auftrag entgegen dem gesetzlich gebotenen Bestbieterprinzip an den Billigstbieter vergeben zu können. Die Auftraggeberin habe aufgrund des widerrufenen Verfahrens gewusst, dass bei der „gegenständlich komplexen Bauleistung“ die Differenz der Angebotspreise signifikant sei. Sie habe daher bewusst und mit dem Ziel, dem Billigstbieter (des widerrufenen Verfahrens) den Erhalt des Zuschlags zu erleichtern, das Zuschlagskriterium Preis höher als in der widerrufenen Ausschreibung gewichtet.

Das Zuschlagskriterium „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“ sei bereits generell-abstrakt ungeeignet, die Qualität oder das Leistungsniveau eines Angebotes zu bewerten. Es habe keinen Einfluss auf die Auswahl des Bestbieters. Dieses Zuschlagskriterium hänge nicht mit dem Auftragsgegenstand zusammen und sei nicht auftragsbezogen. Es handle sich dabei um eine rein rechtliche Bieteroption, die gesetzliche Gewährleistungsfrist zu verlängern, welche unabhängig vom Auftragsgegenstand bei jedem Auftrag vorgesehen und von jedem Bieter gleichermaßen angeboten werden könne. Es habe somit mit der Qualität einer Leistung nichts zu tun. Dazu komme, dass dieses Kriterium gegenüber dem Preis nur mit 10 % bewertet werde.

Das Zuschlagskriterium „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“ erweise sich daher sowohl im Sinne der Zusammenschau des gesamten Ausschreibungs- bzw. Vergabevorganges als auch isoliert betrachtet als unzulässiges „Feigenblattkriterium“.

Im Übrigen stehe die angefochtene Ausschreibung im Widerspruch zu den vergaberechtlichen Grundsätzen des § 20 Abs. 1 BVergG 2018, insbesondere zum Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Grundsatz des freien, lauten und fairen Wettbewerbes. Die Auftraggeberin habe in Kenntnis der Bieter- und Angebotsstruktur aus der widerrufenen Ausschreibung bei leistungstechnisch unverändert gebliebenem Ausschreibungsgegenstand die Eignungskriterien in

der Art abgeändert sowie die Zuschlagskriterien reduziert und neu gewichtet, um der Billigstbieterin des widerrufenen Vergabeverfahrens eine ausschreibungskonforme Angebotslegung zu ermöglichen und ihr eine höhere Chance auf Zuschlags- bzw. Auftragserhalt einzuräumen. Im Übrigen stehe die angefochtene Ausschreibung im Widerspruch zu den vergaberechtlichen Grundsätzen des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018, insbesondere zum Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Grundsatz des freien, lauten und fairen Wettbewerbes. Die Auftraggeberin habe in Kenntnis der Bieter- und Angebotsstruktur aus der widerrufenen Ausschreibung bei leistungstechnisch unverändert gebliebenem Ausschreibungsgegenstand die Eignungskriterien in der Art abgeändert sowie die Zuschlagskriterien reduziert und neu gewichtet, um der Billigstbieterin des widerrufenen Vergabeverfahrens eine ausschreibungskonforme Angebotslegung zu ermöglichen und ihr eine höhere Chance auf Zuschlags- bzw. Auftragserhalt einzuräumen.

14

Dem Vergabeverfahren Bauvorhaben „Infrastrukturprojekt H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, liegt eine Grobkostenschätzung für die ausgeschriebenen Leistungen in der Höhe von € 1.730.000,-- netto zugrunde. Die Auftraggeberin war daher gemäß § 91 Abs. 5 Z 3 BVergG 2018 verpflichtet, diese Bauleistungen nach dem Bestbieterprinzip auszuschreiben. Demnach ist der Zuschlag „dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen“. Dem Vergabeverfahren Bauvorhaben „Infrastrukturprojekt H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, liegt eine Grobkostenschätzung für die ausgeschriebenen Leistungen in der Höhe von € 1.730.000,-- netto zugrunde. Die Auftraggeberin war daher gemäß Paragraph 91, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2018 verpflichtet, diese Bauleistungen nach dem Bestbieterprinzip auszuschreiben. Demnach ist der Zuschlag „dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen“.

15

Der Auftraggeber ist, sofern das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt werden soll, grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen (vgl. VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0036, mwN). Die Kriterien müssen lediglich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes für den konkreten Auftraggeber dienen (vgl. EuGH 26.3.2015, C-601/13, Ambisig, Rn. 30, mwN). Ebenso müssen sie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechtes respektieren, einen wirksamen und fairen Wettbewerb ermöglichen und effektiv überprüfbar sein. Der Auftraggeber ist aber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien grundsätzlich frei, sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen (vgl. zu alldem die Erläuterungen zum BVergG 2018 RV 69 BlgNR 26. GP 12). Der Auftraggeber ist, sofern das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt werden soll, grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen (vgl. VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0036, mwN). Die Kriterien müssen lediglich der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes für den konkreten Auftraggeber dienen (vgl. EuGH 26.3.2015, C-601/13, Ambisig, Rn. 30, mwN). Ebenso müssen sie die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechtes respektieren, einen wirksamen und fairen Wettbewerb ermöglichen und effektiv überprüfbar sein. Der Auftraggeber ist aber nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien grundsätzlich frei, sondern auch bei deren Gewichtung, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen (vgl. zu alldem die Erläuterungen zum BVergG 2018 Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode 12,).

16

Die verpflichtende Verankerung des Bestbieterprinzips bedeutet, dass der Angebotsbewertung entweder der niedrigste Kostenaufwand gemäß einem vom Auftraggeber festzulegenden Kostenmodell (vgl. dazu § 91 Abs. 7 Z 1 iVm § 92 BVergG 2018) oder das beste Preis-Leistungsverhältnis zugrunde gelegt werden muss. Im zuletzt genannten Fall muss daher (wie vorliegend) neben dem Preis als Zuschlagskriterium zumindest ein weiteres Zuschlagskriterium (vgl. dazu § 2 Z 22 lit. d sublit. aa BVergG 2018) vom Auftraggeber festgelegt werden, oder - falls der Angebotspreis fix vorgegeben worden ist (vorliegend nicht der Fall) - die Auswahl des erfolgreichen Angebotes auf der Basis zumindest eines Zuschlagskriteriums neben der Anzahl der angebotenen Leistungseinheiten erfolgen. Kommt - wie vorliegend - das Bestbieterprinzip gesetzlich verpflichtend zur Anwendung, sind Ausschreibungen, die keine Zuschlagskriterien oder nur den Preis bzw. - bei fixiertem Angebotspreis - allein die Leistungseinheiten als Zuschlagskriterium beinhalten, rechtswidrig. Darüber hinaus sind auch Ausschreibungen rechtswidrig, die formal zwar mehrere Zuschlagskriterien („Feigenblattkriterien“) beinhalten, de facto aber allein auf den Preis (bzw. bei fixiertem Angebotspreis allein auf die Leistungseinheiten - vorliegend jedoch nicht relevant) abstellen. Nach dem BVergG 2018 liegt nur dann ein

gesetzeskonformes Zuschlagsmodell auf der Basis des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses vor, wenn mehrere Kriterien festgelegt worden sind, die eine vergleichende Bewertung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes (gemessen am Auftragsgegenstand) ermöglichen, und diese Zuschlagskriterien tatsächlich Relevanz bei der Ermittlung des besten Angebotes haben könnten. Da es sich um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers bei der Festlegung der Zuschlagskriterien handelt, kann nicht verlangt werden, dass sich diese Relevanz jedenfalls verwirklichen muss. (vgl. zu alldem die Erläuterungen zum BVergG 2018 RV 69 BlgNR 26. GP 117, 118). Die verpflichtende Verankerung des Bestbieterprinzips bedeutet, dass der Angebotsbewertung entweder der niedrigste Kostenaufwand gemäß einem vom Auftraggeber festzulegenden Kostenmodell vergleiche, dazu Paragraph 91, Absatz 7, Ziffer eins, in Verbindung mit, Paragraph 92, BVergG 2018) oder das beste Preis-Leistungsverhältnis zugrunde gelegt werden muss. Im zuletzt genannten Fall muss daher (wie vorliegend) neben dem Preis als Zuschlagskriterium zumindest ein weiteres Zuschlagskriterium vergleiche, dazu Paragraph 2, Ziffer 22, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2018) vom Auftraggeber festgelegt werden, oder - falls der Angebotspreis fix vorgegeben worden ist (vorliegend nicht der Fall) - die Auswahl des erfolgreichen Angebotes auf der Basis zumindest eines Zuschlagskriteriums neben der Anzahl der angebotenen Leistungseinheiten erfolgen. Kommt - wie vorliegend - das Bestbieterprinzip gesetzlich verpflichtend zur Anwendung, sind Ausschreibungen, die keine Zuschlagskriterien oder nur den Preis bzw. - bei fixiertem Angebotspreis - allein die Leistungseinheiten als Zuschlagskriterium beinhalten, rechtswidrig. Darüber hinaus sind auch Ausschreibungen rechtswidrig, die formal zwar mehrere Zuschlagskriterien („Feigenblattkriterien“) beinhalten, de facto aber allein auf den Preis (bzw. bei fixiertem Angebotspreis allein auf die Leistungseinheiten - vorliegend jedoch nicht relevant) abstellen. Nach dem BVergG 2018 liegt nur dann ein gesetzeskonformes Zuschlagsmodell auf der Basis des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses vor, wenn mehrere Kriterien festgelegt worden sind, die eine vergleichende Bewertung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes (gemessen am Auftragsgegenstand) ermöglichen, und diese Zuschlagskriterien tatsächlich Relevanz bei der Ermittlung des besten Angebotes haben könnten. Da es sich um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers bei der Festlegung der Zuschlagskriterien handelt, kann nicht verlangt werden, dass sich diese Relevanz jedenfalls verwirklichen muss. vergleiche, zu alldem die Erläuterungen zum BVergG 2018 Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode 117, , 118).

17

Ob eine Ausschreibung, obwohl sie neben dem Preis zumindest ein weiteres Zuschlagskriterium beinhaltet, kein gesetzeskonformes Zuschlagsmodell auf Basis des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses darstellt, weil es sich bei dem weiteren Zuschlagkriterium bzw. den weiteren Zuschlagskriterien für die Ermittlung des besten Angebots um nicht wesentliche „Feigenblattkriterien“ handelt und daher allein der Angebotspreis für den Zuschlag ausschlaggebend ist, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.

18

Unzulässige „Feigenblattkriterien“ können entweder dann vorliegen, wenn sie derart gering gewichtet sind, dass sie keinen relevanten Einfluss auf die Gesamtbewertung haben können, oder wenn sie derart gestaltet sind, dass voraussichtlich alle (geeigneten) Bieter die maximale Bewertung im jeweiligen Kriterium erreichen und dieses daher nicht relevant für die Gesamtbewertung wäre (vgl. Kurz in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer [Hrsg.], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 [2019], § 91 Rn. 13). Unzulässige „Feigenblattkriterien“ können entweder dann vorliegen, wenn sie derart gering gewichtet sind, dass sie keinen relevanten Einfluss auf die Gesamtbewertung haben können, oder wenn sie derart gestaltet sind, dass voraussichtlich alle (geeigneten) Bieter die maximale Bewertung im jeweiligen Kriterium erreichen und dieses daher nicht relevant für die Gesamtbewertung wäre vergleiche, Kurz in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer [Hrsg.], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 [2019], Paragraph 91, Rn. 13).

19

Das Verwaltungsgericht erachtete vorliegend die Verlängerung der Gewährleistungsfrist als neben dem Preis einziges Zuschlagskriterium bereits für sich als nicht geeignet, damit das Zuschlagsmodell dem gesetzlich vorgeschriebenen Bestbieterprinzip entspreche. Dieses Kriterium stehe in keinem engen Bezug zum Auftragsgegenstand. So stelle es keinen Mehrwert bzw. keine höhere Qualität der konkreten Leistung sicher.

20

Demgegenüber ist festzuhalten, dass ein Bezug der Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Zuschlagskriterium auf die Qualität der ausgeschriebenen Bauleistungen nicht per se ausgeschlossen werden kann. Jedenfalls hängt dieses

Kriterium (im Sinn des § 2 Z 22 lit. d sublit. aa BVergG 2018) mit dem Auftragsgegenstand zusammen. Ebenso ist die Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums mit 10 % gegenüber dem Preis mit 90 % für sich nicht derart gering, dass bereits diesbezüglich die Relevanz dieses Kriteriums für die Gesamtbewertung zu verneinen ist. Demgegenüber ist festzuhalten, dass ein Bezug der Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Zuschlagskriterium auf die Qualität der ausgeschriebenen Bauleistungen nicht per se ausgeschlossen werden kann. Jedenfalls hängt dieses Kriterium (im Sinn des Paragraph 2, Ziffer 22, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2018) mit dem Auftragsgegenstand zusammen. Ebenso ist die Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums mit 10 % gegenüber dem Preis mit 90 % für sich nicht derart gering, dass bereits diesbezüglich die Relevanz dieses Kriteriums für die Gesamtbewertung zu verneinen ist.

21

Letztlich ist auch die Beurteilung des Zuschlagskriteriums „Verlängerung der Gewährleistungsfrist“ (als einziges Zuschlagskriterium neben dem Preis) als „Feigenblattkriterium“ von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Beispielsweise kann diesbezüglich wesentlich sein, wie klar und eindeutig der Qualitätsstandard der Leistung in der Leistungsbeschreibung in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht festgelegt wurde, oder allgemein der Standardisierungsgrad der ausgeschriebenen Leistungen (Grad der Vereinheitlichung der ausgeschriebenen Leistungen), sodass die Einreichung vergleichbarer Angebote auf einem definierten (Qualitäts-)Niveau gewährleistet wird. Ebenso kann dem Kenntnisstand der Auftraggeberin zum Zeitpunkt der Ausschreibung über die voraussichtliche Erfüllung des Zuschlagskriteriums durch alle oder keinen Bieter Bedeutung zukommen.

22

Für die (potentielle) Relevanz der Verlängerung der Gewährleistungsfrist als einzigem Zuschlagskriterium neben dem Preis im Hinblick auf die Gesamtbewertung ist daher vorliegend unter anderem wesentlich, ob es sich bei den ausgeschriebenen Bauleistungen um solche mit einem hohen Standardisierungsgrad - wie in der Revision vorgebracht - oder - nach dem Vorbringen in der Revisionsbeantwortung - um komplexe Bauleistungen handelt. Ebenso kommt dem Umstand Bedeutung zu, wie detailliert der Qualitätsstandard der ausgeschriebenen Bauleistungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht festgelegt ist. Je höher der Standardisierungsgrad der ausgeschriebenen Bauleistungen und je genauer die technischen Spezifikationen des Auftragsgegenstandes in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind, desto mehr Bedeutung kann der Verlängerung der Gewährleistungsfrist als Qualitätskriterium zukommen.

23

Diese Umstände hat das Verwaltungsgericht vorliegend nicht näher geprüft, weshalb entgegen dessen Rechtsansicht nicht von vornherein die mit 10 % gewichtete Verlängerung der Gewährleistungsfrist als einem Qualitätswettbewerb nicht Rechnung tragendes „Feigenblattkriterium“ qualifiziert werden kann.

24

Der Verwaltungsgerichtshof hat vor dem Hintergrund der praktischen Wirksamkeit des unionsrechtlichen Vergaberechts und unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 10. November 2005, C-29/04, Kommission / Österreich, demzufolge betreffend die Prüfung der Verschleierung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nicht nur die zum Zeitpunkt der Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags vorliegenden Bedingungen, sondern aufgrund der besonderen Umstände der konkreten Rechtssache auch später eingetretene Ereignisse zu berücksichtigen sind) zum Ausdruck gebracht, dass zur Beurteilung eines vergaberechtlich relevanten Vorganges nicht alleine auf formelle Gesichtspunkte abzustellen ist (vgl. VwGH 24.6.2015, Ra 2014/04/0043, mwN). Der Verwaltungsgerichtshof hat vor dem Hintergrund der praktischen Wirksamkeit des unionsrechtlichen Vergaberechts und unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 10. November 2005, C-29/04, Kommission / Österreich, demzufolge betreffend die Prüfung der Verschleierung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nicht nur die zum Zeitpunkt der Vergabe des fraglichen öffentlichen Auftrags vorliegenden Bedingungen, sondern aufgrund der besonderen Umstände der konkreten Rechtssache auch später eingetretene Ereignisse zu berücksichtigen sind) zum Ausdruck gebracht, dass zur Beurteilung eines vergaberechtlich relevanten Vorganges nicht alleine auf formelle Gesichtspunkte abzustellen ist vergleiche , VwGH 24.6.2015, Ra 2014/04/0043, mwN).

25

Da die Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht von vornherein als „Feigenblattkriterium“ zu qualifizieren ist, wäre dieses Kriterium unter Berücksichtigung des widerrufenen Vergabeverfahrens jedoch nur dann als für die Sicherstellung eines Qualitätswettbewerbs unzureichend anzusehen gewesen, wenn sich für die Auftraggeberin im

Zeitpunkt der Ausschreibung aus der Angebotsöffnung im widerrufenen Vergabeverfahren ergäbe, dass in Bezug auf den unverändert gebliebenen Auftragsgegenstand alle oder kein Bieter dieses Zuschlagskriterium erfüllt, sodass dieses Kriterium nicht relevant für die Gesamtbewertung wäre.

26

Genau dies ist jedoch nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts zum widerrufenen Vergabeverfahren nicht der Fall. So hatten von neun Bietern lediglich fünf dieses Kriterium erfüllt.

27

Insofern sind die Ausführungen des Verwaltungsgerichts, dass die Streichung des Zuschlagskriteriums der preislichen Ausgewogenheit der Kalkulation keine Änderung der Reihung der Angebote bewirke bzw. dass „selbst wenn sämtliche Bieter (des widerrufenen Verfahrens) die maximale Verlängerung der Gewährleistungsfrist anbieten würden“, sich an der Reihung des widerrufenen Verfahrens im neuen Verfahren keine Veränderung ergebe, für den Verwaltungsgerichtshof nicht nachvollziehbar. Gerade durch die Reduzierung der Zuschlagskriterien und die im Hinblick auf die Billigstbieterin des widerrufenen Vergabeverfahrens zu Lasten der mitbeteiligten Partei geänderte Gewichtung der beiden verbliebenen Zuschlagskriterien hätte sich die Reihung im Vergleich zum widerrufenen Vergabeverfahren verändert.

28

Mit dem bloßen Hinweis, der Auftraggeberin gehe es bei der Neuausschreibung in Bezug auf die Reduzierung der Zuschlagskriterien und der damit verbundenen Änderung der Gewichtung darum, der Billigstbieterin des widerrufenen Vergabeverfahrens den Zuschlag erteilen zu können, zeigt die mitbeteiligte Partei nicht auf, dass die Verlängerung der Gewährleistungsfrist eine unzulässiges „Feigenblattkriterium“ darstellt. Dieses Vorbringen bezieht sich vielmehr auf den neben dem Verstoß der Ausschreibung gegen das vorliegend gemäß § 91 Abs. 5 Z 3 BVergG 2018 verpflichtend vorgeschriebene Bestbieterprinzip geltend gemachten Einwand des Verstoßes gegen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des § 20 Abs. 1 BVergG 2018. Diesen (behaupteten) Verstoß hat das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung aber nicht zugrunde gelegt, weshalb auf dieses Vorbringen im Zuge des vorliegenden Revisionsverfahrens nicht einzugehen ist. Mit dem bloßen Hinweis, der Auftraggeberin gehe es bei der Neuausschreibung in Bezug auf die Reduzierung der Zuschlagskriterien und der damit verbundenen Änderung der Gewichtung darum, der Billigstbieterin des widerrufenen Vergabeverfahrens den Zuschlag erteilen zu können, zeigt die mitbeteiligte Partei nicht auf, dass die Verlängerung der Gewährleistungsfrist eine unzulässiges „Feigenblattkriterium“ darstellt. Dieses Vorbringen bezieht sich vielmehr auf den neben dem Verstoß der Ausschreibung gegen das vorliegend gemäß Paragraph 91, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2018 verpflichtend vorgeschriebene Bestbieterprinzip geltend gemachten Einwand des Verstoßes gegen die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018. Diesen (behaupteten) Verstoß hat das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung aber nicht zugrunde gelegt, weshalb auf dieses Vorbringen im Zuge des vorliegenden Revisionsverfahrens nicht einzugehen ist.

29

Das Verwaltungsgericht hat somit die Verlängerung der Gewährleistungsfrist ohne hinreichende Prüfung und Begründung bereits per se aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung als zur Gewährleistung des Bestbieterprinzips unzulässiges Zuschlagskriterium qualifiziert und insofern das angefochtene Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

30

Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

31

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 25. Juni 2024

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2024:RA2021040099.L00

Im RIS seit

10.09.2024

Zuletzt aktualisiert am

17.09.2024

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at