

TE Vwgh Erkenntnis 2024/6/25 Ra 2021/04/0127

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.06.2024

Index

E000 EU- Recht allgemein

E1E

E3L E06300000

E3L E06302000

E3L E06303000

E6j

L72004 Beschaffung Vergabe Oberösterreich

001 Verwaltungsrecht allgemein

59/04 EU - EWR

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2018 §12 Abs3

BVergG 2018 §122

BVergG 2018 §122 Abs1

BVergG 2018 §122 Abs2

BVergG 2018 §122 Abs3

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §20 Abs9

BVergG 2018 §31 Abs4

BVergG 2018 §43

EURallg

LVergRG OÖ 2006 §23 Abs1

LVergRG OÖ 2006 §3 Abs1

VwRallg

12010E049 AEUV Art49

12010E056 AEUV Art56

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs3

32014L0024 Vergabe-RL Art4

32014L0024 Vergabe-RL Art5 Abs3

62006CJ0147 SECAP und Santorso VORAB

62015CJ0298 Borta VORAB

62015CJ0318 Tecnoedi Costruzioni Srl VORAB

62017CJ0065 Oftalma Hospital Srl VORAB

1. BVergG 2018 § 12 heute
 2. BVergG 2018 § 12 gültig ab 21.08.2018
-
1. BVergG 2018 § 122 heute
 2. BVergG 2018 § 122 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 122 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 122 heute
 2. BVergG 2018 § 122 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 122 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 122 heute
 2. BVergG 2018 § 122 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 122 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 § 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 § 43 heute
 2. BVergG 2018 § 43 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 43 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

Ra 2021/04/0128

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 Revisionen 1. der L Gesellschaft m.b.H. in S, vertreten durch die Dumfarth Klausberger Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 4020 Linz, Stelzhamerstraße 2/26, protokolliert zu hg. Ra 2021/04/0127, sowie 2. der Gemeinde S, vertreten durch Dr. Walter Müller, Mag. Dr. Wolfgang Graziani-Weiss, Mag. Bernhard Scharmüller, Mag. Dr. Mario Holler-Prantner und Mag. Dr. Michael Kraus, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Zollamtsstraße 7, protokolliert zu hg. Ra 2021/04/0128, jeweils gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 23. April 2021, Zl. LVwG-840227/12/KI/CG, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei zu Ra 2021/04/0127: Gemeinde S, vertreten durch Dr. Walter Müller, Mag. Dr. Wolfgang Graziani-Weiss, Mag. Bernhard Scharmüller, Mag. Dr. Mario Holler-Prantner und Mag. Dr. Michael Kraus, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Zollamtsstraße 7; mitbeteiligte Partei zu hg. Ra 2021/04/0128: 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

1.
zu hg. Ra 2021/04/0127:

Der nur gegen die im Übrigen ausgesprochene Abweisung des Nachprüfungsantrags erhobenen Revision wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis im Spruchpunkt I. im Umfang der Abweisung des Nachprüfungsantrags auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben. Der nur gegen die im Übrigen ausgesprochene Abweisung des Nachprüfungsantrags erhobenen Revision wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis im Spruchpunkt römisch eins. im Umfang der Abweisung des Nachprüfungsantrags auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Im Übrigen wird die Revision als unbegründet abgewiesen.

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

2.

zu hg. Ra 2021/04/0128:

Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Erkenntnisses wird wegen Rechtswidrigkeit des 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

Die Gemeinde S (Auftraggeberin, zu hg. Ra 2021/04/0127 mitbeteiligte Partei und zu hg. Ra 2021/04/0128 revisionswerbende Partei; im Folgenden: Auftraggeberin) führte betreffend das Bauvorhaben „Infrastrukturprojekt H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, zunächst ein offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Insgesamt wurden neun Angebote eingereicht, unter anderem von der im zu hg. Ra 2021/04/0127 protokollierten Verfahren revisionswerbenden Partei (und im zu hg. Ra 2021/04/0128 protokollierten Verfahren mitbeteiligte Partei; im Folgenden: erstrevisionswerbende Partei). Mit 11. November 2020 wurde auf dem Vergabeportal ANKÖ die Widerrufserklärung gemäß § 150 Abs. 7 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) bekanntgemacht. Den Widerruf bekämpfte die erstrevisionswerbende Partei mit Nachprüfungsantrag vom 18. November 2020, den das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Verwaltungsgericht) mit am 5. Jänner 2021 mündlich verkündetem und mit 2. Februar 2021 schriftlich ausgefertigtem Erkenntnis als unbegründet abwies. Die dagegen von der erstrevisionswerbenden Partei zu hg. Ra 2021/04/0098 eingebrachte außerordentliche Revision wies der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom heutigen Tag zurück. Die Gemeinde S (Auftraggeberin, zu hg. Ra 2021/04/0127 mitbeteiligte Partei und zu hg. Ra 2021/04/0128 revisionswerbende Partei; im Folgenden: Auftraggeberin) führte betreffend das Bauvorhaben „Infrastrukturprojekt H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, zunächst ein offenes Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Insgesamt wurden neun Angebote eingereicht, unter anderem von der im zu hg. Ra 2021/04/0127 protokollierten Verfahren revisionswerbenden Partei (und im zu hg. Ra 2021/04/0128 protokollierten Verfahren mitbeteiligte Partei; im Folgenden: erstrevisionswerbende Partei). Mit 11. November 2020 wurde auf dem Vergabeportal ANKÖ die Widerrufserklärung gemäß Paragraph 150, Absatz 7, Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) bekanntgemacht. Den Widerruf bekämpfte die erstrevisionswerbende Partei mit Nachprüfungsantrag vom 18. November 2020, den das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (Verwaltungsgericht) mit am 5. Jänner 2021 mündlich verkündetem und mit 2. Februar 2021 schriftlich ausgefertigtem Erkenntnis als unbegründet abwies. Die dagegen von der erstrevisionswerbenden Partei zu hg. Ra 2021/04/0098 eingebrachte außerordentliche Revision wies der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom heutigen Tag zurück.

2

Einen Tag nach dem Widerruf schrieb die Auftraggeberin die Bauleistungen für das idente Bauvorhaben erneut im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip mit geringfügigen Änderungen der Eignungskriterien (in Bezug auf die Anzahl der vorzulegenden Unternehmensreferenzen und das KSV-Rating) sowie der Zuschlagskriterien (durch Reduzierung der Zuschlagskriterien von drei auf zwei und Aufwertung der Gewichtung des Gesamtangebotspreises als eines der beiden Zuschlagskriterien) aus. Mit ebenfalls am 5. Jänner 2021 mündlich

verkündetem und mit 2. Februar 2021 schriftlich ausgefertigtem Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht dem dagegen von der erstrevisionswerbenden Partei eingebrachten Nachprüfungsantrag statt und erklärte die zweite Ausschreibung vom 12. November 2020 für nichtig. Dieses Erkenntnis hob der Verwaltungsgerichtshof aufgrund der dagegen von der Auftraggeberin zu hg. Ra 2021/04/0099 erhobenen außerordentlichen Revision mit Erkenntnis vom heutigen Tag wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts auf.

3

Nach Nichtigklärung der zweiten Ausschreibung schrieb die Auftraggeberin am 25. Februar 2021 die Erschließung des Bauloses 1 des Siedlungsgebietes H mit ca. 400 lfm Schmutzwasserkanal, ca. 500 lfm Regenwasserkanal, ca. 4.600 m² Straßenfläche sowie ein Rückhaltebecken mit ca. 3.300 m³ Volumen (Teil des oben genannten Bauvorhabens) im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus. Es wurden nach Eignungsprüfung sieben Unternehmen zur Angebotsabgabe unter Zurverfügungstellung des Angebotsschreibens (Ausschreibung) eingeladen, nicht jedoch die erstrevisionswerbende Partei.

4

Mit Eingabe vom 3. März 2021 beantragte die erstrevisionswerbende Partei, gemäß § 2 Abs. 3 iVm § 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006 die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die (gesamte) Ausschreibung, in eventu die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die Punkte A „Vergabeverfahren: Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ und „Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip“, B 3 „Verfahrensablauf“, B 6 „Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien“ und D 1 „Gegenstand der Ausschreibung“ des Angebotsschreibens für Bauleistungen, in eventu nur die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder die (gesamte) Ausschreibung bzw. iSd § 7 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 die vorstehend angeführten einzelnen Bestimmungen für nichtig zu erklären und ihr die entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 4.500,-- zuzuerkennen. Gleichzeitig beantragte die erstrevisionswerbende Partei die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Mit Eingabe vom 3. März 2021 beantragte die erstrevisionswerbende Partei, gemäß Paragraph 2, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 7, Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006 die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die (gesamte) Ausschreibung, in eventu die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die Punkte A „Vergabeverfahren: Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ und „Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip“, B 3 „Verfahrensablauf“, B 6 „Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien“ und D 1 „Gegenstand der Ausschreibung“ des Angebotsschreibens für Bauleistungen, in eventu nur die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder die (gesamte) Ausschreibung bzw. iSd Paragraph 7, Absatz 2, Oö. VergRSG 2006 die vorstehend angeführten einzelnen Bestimmungen für nichtig zu erklären und ihr die entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 4.500,-- zuzuerkennen. Gleichzeitig beantragte die erstrevisionswerbende Partei die Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

5

Die erstrevisionswerbende Partei machte in ihrem Nachprüfungsantrag unter anderem die Verletzung in ihrem Recht „auf rechtskonforme Wahl der Verfahrensart bzw auf Unterlassung der Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ohne Vorliegen der bzw entgegen den gesetzlichen Voraussetzungen (insbesondere §§ 35 und 43 BVergG 2018)“, „auf rechtskonforme und diskriminierungsfreie Bieterauswahl (§ 122 Abs 2 BVergG 2018)“; sowie „auf eine rechtskonforme (Gestaltung bzw Formulierung der) Ausschreibung, einschließlich der Zuschlagskriterien, bzw auf Unterlassung einer rechtswidrigen Ausschreibung“ und „auf Unterlassung des Zuschlagsprinzips bzw - kriteriums des niedrigsten Preises (Billigstbieter- bzw Billigstangebotsprinzip) ohne Vorliegen der bzw entgegen den gesetzlichen Voraussetzungen (insbesondere §§ 91 Abs 5 sowie 20 Abs 1 und 9 BVergG 2018)“ geltend. Die erstrevisionswerbende Partei machte in ihrem Nachprüfungsantrag unter anderem die Verletzung in ihrem Recht „auf rechtskonforme Wahl der Verfahrensart bzw auf Unterlassung der Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ohne Vorliegen der bzw entgegen den gesetzlichen Voraussetzungen (insbesondere Paragraphen 35, und 43 BVergG 2018)“, „auf rechtskonforme und diskriminierungsfreie Bieterauswahl (Paragraph 122, Absatz 2, BVergG 2018)“; sowie „auf eine rechtskonforme (Gestaltung bzw Formulierung der) Ausschreibung, einschließlich der Zuschlagskriterien, bzw auf Unterlassung einer rechtswidrigen Ausschreibung“ und „auf Unterlassung des Zuschlagsprinzips bzw - kriteriums des niedrigsten Preises (Billigstbieter- bzw Billigstangebotsprinzip) ohne Vorliegen der bzw entgegen den gesetzlichen Voraussetzungen (insbesondere Paragraphen 91, Absatz 5, sowie 20 Absatz eins, und 9 BVergG 2018)“ geltend.

6

Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht den „Nachprüfungsantrag auf Nichtigklärung...

hinsichtlich der Angebotsbestimmungen ‚Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip‘ und Punkt B 6 ‚Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien‘ wegen Klaglosstellung“ zurück und im Übrigen als unbegründet ab (Spruchpunkt I.), verpflichtete die Auftraggeberin gegenüber der erstrevisionswerbenden Partei zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 4.500,-- (Spruchpunkt II.) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt III.). Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht den „Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung... hinsichtlich der Angebotsbestimmungen ‚Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip‘ und Punkt B 6 ‚Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien‘ wegen Klaglosstellung“ zurück und im Übrigen als unbegründet ab (Spruchpunkt römisch eins.), verpflichtete die Auftraggeberin gegenüber der erstrevisionswerbenden Partei zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von insgesamt € 4.500,-- (Spruchpunkt römisch zwei.) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt römisch drei.).

7

Das Verwaltungsgericht stellte nachfolgenden wesentlichen Sachverhalt fest:

Im Zuge der raumplanerischen Entwicklung des Gemeindegebietes habe die Auftraggeberin am 16. Jänner 2018 zur Baureifmachung einer als Bauland verwertbaren Fläche im Ausmaß von rund 65.035 m² mit dem 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 Vorschriften von XY ein pauschaler Kostenbeitrag pro m² Bauplatzfläche über Vorschreibung der Auftraggeberin zu entrichten sei.

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,-- (der Bruttopreis 2017 von € 3 Mio. erhöhe sich indexiert auf € 3,154.454,28) 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. „Eine Grobkostenschätzung der den gegenständlichen Auftragsgegenstand betreffenden Leistungen“ ergebe indexiert eine Summe von gerundet netto € 1,730.000,--, brutto € 2,057.000,--. 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 und es sei das Bestbieterprinzip festgelegt worden. Als voraussichtlicher Arbeitsbeginn sei der 12. Oktober 2020 bestimmt und eine Gesamtfertigstellung mit 31. August 2021 festgelegt worden.

Insgesamt seien neun Angebote von in Österreich „repräsentativen“ Bauunternehmen eingereicht worden, darunter jenes der erstrevisionswerbenden Partei mit einem 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 erstrevisionswerbende Partei geboten. Die erstrevisionswerbende 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.

Mit 11. November 2020 sei auf dem Vergabeportal des ANKÖ die Widerrufserklärung gemäß § 150 Abs. 7 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) mit sofortiger Wirkung bekanntgegeben worden. Mit 11. November 2020 sei auf dem Vergabeportal des ANKÖ die Widerrufserklärung gemäß Paragraph 150, Absatz 7, Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018) mit sofortiger Wirkung bekanntgegeben worden.

Mit 12. November 2020 sei 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 dahin geändert worden, dass das geforderte KSV-Rating von maximal 299 auf 399 erhöht, das Erfordernis von zwei Unternehmensreferenzen auf eine Unternehmensreferenz reduziert und das Zuschlagskriterium der preislichen Ausgewogenheit der Kalkulation mit einer Maximalpunkteanzahl von 5 gestrichen

worden sei, sodass als Zuschlagskriterien ausschließlich der Gesamtangebotspreis mit einer Maximalpunkteanzahl von 90 statt 85 und die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit einer Maximalpunkteanzahl von weiterhin 10 verblieben seien.

Nachdem das Verwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 2. Februar 2021 dem Nachprüfungsantrag der erstrevisionswerbenden Partei stattgegeben und die Ausschreibung vom 12. November 2021 für nichtig erklärt habe, sei der Planer von der Auftraggeberin mit Schreiben vom 15. Februar 2021 beauftragt worden, die Aufschließung lediglich der bereits genehmigten Widmungsfläche vom 24. Juni 2020 zu ermitteln und die erforderlichen Leistungen je nach Gewerk für die Infrastruktur für die festgelegte Widmungsfläche mit zwölf bereits verkauften und zur Bebauung anstehenden Baugrundstücken zu ermitteln. Da der Straßenunterbau sich setzen solle, bevor mit den Oberbauarbeiten begonnen werde, und Schäden infolge der Befahrung durch Baufahrzeuge während der Bebauung der Grundstücke ausgeschlossen werden sollten, sei für die anstehende Infrastruktureinrichtung eine Aufteilung in Baulose vorgeschlagen worden, und zwar Baulos 1 (Schmutzwasserkanal: 400 lfm, Regenwasserkanal: 500 lfm, Straßenbau [in unterschiedlicher Ausprägung]: 4.600 m² und ein Rückhaltebecken mit rund 3.300 m³ Volumen) und Baulos 2 (Fertigstellung des Bauvorhabens: Errichtung des Straßenoberbaus im erforderlichen Ausmaß, Bepflanzung, Straßenbeleuchtung, Kabelverlegung, offener Graben, RW Rigol). Dafür seien Gesamtkosten von € 1.153.000,- errechnet worden, wobei jedes Baulos netto unter € 1 Mio. liege.

Daraufhin sei im Vergabeportal des ANKÖ mit 25. Februar 2021 die Erschließung des Bauloses 1 des Siedlungsgebietes H wie oben beschrieben im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit dem Zuschlagskriterium Preis und Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit 16. März 2021 bekanntgemacht worden. Nach Eignungsprüfung seien sieben Unternehmen zur Angebotsabgabe unter Zurverfügungstellung des Angebotsschreibens (Ausschreibung) eingeladen worden.

Im Zuge des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens sei die Ausschreibungsunterlage in Bezug auf das Zuschlagsprinzip auf das Bestbieterprinzip geändert und Punkt „B 6 Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien“ wie folgt geändert worden:

„B 6 Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien:

?

Bestbieterprinzip

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

?

Gesamtangebotspreis (Maximalpunkteanzahl von 85);

?

Verkürzung der Bauzeit (Maximalpunkteanzahl 15);

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 Punktermittlung erfolgt mathematisch gerundet auf ganze Punkte. Bei Punktegleichstand entscheidet der günstigere Preis.

-

Bewertung des Gesamtpreises

Der Bieter hat im Schlussblatt (Teil E des Angebotsschreibens für Bauleistungen) einen Gesamtpreis (exkl. USt.) anzugeben. Dieser hat sämtliche Nachlässe zu umfassen.

Die Bewertung des angebotenen Gesamtpreises (exkl. USt.) erfolgt gemäß folgender Berechnungsformel:

$G_{\min} \times 85 \text{ Punkte}$

G

$G_{\min}$ niedrigster Gesamtpreis;

G zu bewertender Gesamtpreis.

-

Bewertung Verkürzung der Bauzeit:

Im Terminplan ist der 08.10.2021 als spätester Termin für die (formelle) Übergabe des Bauwerks festgelegt worden.

Der Bieter hat die Möglichkeit im Schlussblatt (Teil E des Angebotsschreibens für Bauleistungen) eine Verkürzung der Bauzeit anzubieten. Dies hat in Wochenschritten zu erfolgen. Im Falle einer Verletzung der zugesicherten Bauzeitverkürzung gelangt die betreffende Pönalregelung zur Anwendung.

Wird keine Bauzeitverkürzung angeboten erhält der Bieter 0 Punkte für dieses Kriterium. Sollte im Schlussblattes E der Teilbereich Bauzeitverkürzung nicht ausgefüllt worden sein, so wird dies so gewertet, wie wenn keine Bauzeitverkürzung angeboten worden wäre.

Die Bewertung der angebotenen Verkürzung der Bauzeit erfolgt gemäß folgender Berechnungsformel:

B

$B_{\max} \times 15 \text{ Punkte}$

$B_{\max}$ maximale Verkürzung der Bauzeit;

B zu bewertende Verkürzung der Bauzeit.“

Aus dem mit 3. Juni 2020 rechtskräftigen Flächenwidmungsplan der mitbeteiligten Gemeinde seien die als Bauland umgewidmeten und als zweite (geänderte) Bauetappe bezeichneten 12 Baugrundstücke hervorgegangen. Diese Grundstücke seien verkauft und stünden zur Bebauung an. Für diese stehe die ausgeschriebene Erschließung an.

Der Terminplan im Angebotsschreiben sehe einen voraussichtlichen Arbeitsbeginn mit 10. Mai 2021 und eine Gesamtfertigstellung am 8. Oktober 2021 vor.

8

Rechtlich führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, die Aufteilung der Leistungen in einerseits Schmutzwasserkanal, Regenwasserkanal, Straßenbau und zwei Regenrückhaltebecken, die von der vom Verwaltungsgericht für nichtig erklärten Ausschreibung umfasst gewesen seien, und andererseits Fertigstellung (Straßenoberbau, Bepflanzung, Straßenbeleuchtung usw.), deren Ausschreibung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen solle, sei bereits ursprünglich bei der Ausschreibung der (gesamten) Etappe 2 im Umfang einer zu erschließenden Fläche von ca. 35.000 m² vorgesehen gewesen. Diese Aufteilung sei in einem verkleinerten Rahmen dahingehend beibehalten worden, dass nur mehr jene Teilfläche, welche über eine rechtskräftige Umwidmung in Bauland verfüge und bereits an zwölf Bauherren veräußert worden sei, erschlossen werden solle. Diese Aufteilung habe die Auftraggeberin anschaulich damit begründet, dass im Grunde des chronologischen Ablaufs des Vergabeverfahrens „Infrastrukturprojekt H“ der ursprüngliche Kostenrahmen, der durch die Raumordnungsverträge mit XY und den Kreditvertrag und dessen aufsichtsbehördliche Genehmigung festgelegt worden sei, im Hinblick auf die zeitliche Verzögerung nicht mehr gehalten werden könne. Hingegen bestehe ein unmittelbares Bedürfnis an infrastruktureller Aufschließung dieses Widmungsraumes. Durch Gemeinderatssitzungsprotokolle sei auch glaubwürdig belegt, dass eine Umwidmung der Gesamtfläche in einem Zug behördlich nicht genehmigungsfähig sei und daher nunmehr eine Umwidmung in Etappen je nach Verkaufsfortschritt der Bauparzellen angestrebt werde. Im Übrigen sei die Auftraggeberin davon abgegangen, die Erschließung der übrigen noch nicht als Wohngebiet gewidmeten Flächen für XY zu übernehmen. Es sei auch die weitere Entwicklung des Wohnungs-Siedlungsraums H mittlerweile gestoppt worden. Im Sinne dieser Projektabwicklung Zug um Zug sei daher auch eine Verkleinerung der jeweiligen Etappen erklärbar und nachvollziehbar. Die Aufteilung dieser „verkleinerten“ Etappe in Infrastrukturleistungen und Fertigstellungsleistungen sei, wie bereits ursprünglich vorgesehen, auch in der verkleinerten Form beibehalten worden. Eine Umgehungsabsicht sei daher nicht erkennbar und eine Verletzung des § 13 Abs. 5 BVergG 2018 nicht herleitbar. Schließlich räume § 28 Abs. 1 BVergG 2018 der Auftraggeberin ein Ermessen ein, die Leistungen eines Vorhabens gemeinsam oder getrennt zu vergeben und die getrennte Vergabe in Losen nach örtlichen oder zeitlichen Gesichtspunkten, Menge und Art der Leistung vorzunehmen. Rechtlich führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, die Aufteilung der Leistungen in einerseits Schmutzwasserkanal, Regenwasserkanal, Straßenbau und zwei Regenrückhaltebecken, die von der vom Verwaltungsgericht für nichtig erklärten Ausschreibung umfasst gewesen seien, und andererseits Fertigstellung (Straßenoberbau, Bepflanzung, Straßenbeleuchtung usw.), deren Ausschreibung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen solle, sei bereits ursprünglich bei der Ausschreibung der (gesamten) Etappe 2 im Umfang einer zu erschließenden Fläche von ca. 35.000 m² vorgesehen gewesen. Diese Aufteilung sei in einem verkleinerten Rahmen dahingehend beibehalten worden, dass nur mehr jene Teilfläche, welche über eine rechtskräftige Umwidmung in Bauland verfüge und bereits an

zwölf Bauherren veräußert worden sei, erschlossen werden solle. Diese Aufteilung habe die Auftraggeberin anschaulich damit begründet, dass im Grunde des chronologischen Ablaufs des Vergabeverfahrens „Infrastrukturprojekt H“ der ursprüngliche Kostenrahmen, der durch die Raumordnungsverträge mit XY und den Kreditvertrag und dessen aufsichtsbehördliche Genehmigung festgelegt worden sei, im Hinblick auf die zeitliche Verzögerung nicht mehr gehalten werden könne. Hingegen bestehe ein unmittelbares Bedürfnis an infrastruktureller Aufschließung dieses Widmungsraumes. Durch Gemeinderatssitzungsprotokolle sei auch glaubwürdig belegt, dass eine Umwidmung der Gesamtfläche in einem Zug behördlich nicht genehmigungsfähig sei und daher nunmehr eine Umwidmung in Etappen je nach Verkaufsfortschritt der Bauparzellen angestrebt werde. Im Übrigen sei die Auftraggeberin davon abgegangen, die Erschließung der übrigen noch nicht als Wohngebiet gewidmeten Flächen für XY zu übernehmen. Es sei auch die weitere Entwicklung des Wohnungs-Siedlungsraums H mittlerweile gestoppt worden. Im Sinne dieser Projektabwicklung Zug um Zug sei daher auch eine Verkleinerung der jeweiligen Etappen erklärbar und nachvollziehbar. Die Aufteilung dieser „verkleinerten“ Etappe in Infrastrukturleistungen und Fertigstellungsleistungen sei, wie bereits ursprünglich vorgesehen, auch in der verkleinerten Form beibehalten worden. Eine Umgehungsabsicht sei daher nicht erkennbar und eine Verletzung des Paragraph 13, Absatz 5, BVergG 2018 nicht herleitbar. Schließlich räume Paragraph 28, Absatz eins, BVergG 2018 der Auftraggeberin ein Ermessen ein, die Leistungen eines Vorhabens gemeinsam oder getrennt zu vergeben und die getrennte Vergabe in Losen nach örtlichen oder zeitlichen Gesichtspunkten, Menge und Art der Leistung vorzunehmen.

Da der kumulierte Wert der Lose den für den Oberschwellenbereich betreffenden Schwellenwert nicht übersteige, seien gemäß § 14 Abs. 4 BVergG 2018 für alle Lose die Bestimmungen im Unterschwellenbereich anzuwenden. Die Auftraggeberin könne daher gemäß § 43 Z 1 BVergG 2018 bei Nichterreichen des geschätzten Auftragswerts für das Los von € 1 Mio. wie vorliegend die Vergabe im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen, zumal aus den vorangegangenen Ausschreibungen und Verfahren bereits genügend interessierte und geeignete Unternehmer der Auftraggeberin bekannt gewesen seien. Da der kumulierte Wert der Lose den für den Oberschwellenbereich betreffenden Schwellenwert nicht übersteige, seien gemäß Paragraph 14, Absatz 4, BVergG 2018 für alle Lose die Bestimmungen im Unterschwellenbereich anzuwenden. Die Auftraggeberin könne daher gemäß Paragraph 43, Ziffer eins, BVergG 2018 bei Nichterreichen des geschätzten Auftragswerts für das Los von € 1 Mio. wie vorliegend die Vergabe im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen, zumal aus den vorangegangenen Ausschreibungen und Verfahren bereits genügend interessierte und geeignete Unternehmer der Auftraggeberin bekannt gewesen seien.

Gemäß § 122 Abs. 3 erster Satz BVergG 2018 dürfe im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer nicht unter drei liegen. Vorliegend sei diese Bedingung durch insgesamt sieben geeignete zur Angebotslegung aufgeforderte Unternehmer übererfüllt worden und daher ein echter Wettbewerb gesichert. Daraus sei abzuleiten, dass der Wettbewerb gerade nicht künstlich eingeschränkt werden solle. Eine Beschränkung eines freien Wettbewerbes sei nicht ersichtlich. Aus „der gesamten Vergaberechtsetzung“ sei ein durchsetzbarer Rechtsanspruch der revisionswerbenden Partei auf Einladung zur Angebotslegung nicht gegeben. Vielmehr sei im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ein (förmliches) Teilnahmeverfahren (erste Stufe) nicht vorgesehen. Wohl sei aber der Auftraggeber gehalten, die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln. Da die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer vorliegend erstmalig erfolgt sei, sei eine Rechtsverletzung nicht ersichtlich und angesichts der Anzahl der eingeladenen Unternehmer Willkür bzw. eine Benachteiligung nicht nachweisbar. Gemäß Paragraph 122, Absatz 3, erster Satz BVergG 2018 dürfe im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer nicht unter drei liegen. Vorliegend sei diese Bedingung durch insgesamt sieben geeignete zur Angebotslegung aufgeforderte Unternehmer übererfüllt worden und daher ein echter Wettbewerb gesichert. Daraus sei abzuleiten, dass der Wettbewerb gerade nicht künstlich eingeschränkt werden solle. Eine Beschränkung eines freien Wettbewerbes sei nicht ersichtlich. Aus „der gesamten Vergaberechtsetzung“ sei ein durchsetzbarer Rechtsanspruch der revisionswerbenden Partei auf Einladung zur Angebotslegung nicht gegeben. Vielmehr sei im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ein (förmliches) Teilnahmeverfahren (erste Stufe) nicht vorgesehen. Wohl sei aber der Auftraggeber gehalten, die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln. Da die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer vorliegend erstmalig erfolgt sei, sei eine Rechtsverletzung nicht ersichtlich und angesichts der Anzahl der eingeladenen Unternehmer Willkür bzw. eine Benachteiligung nicht nachweisbar.

Der Anfechtung der Angebotsbestimmungen A Deckblatt „Zuschlagsprinzip/Bestbieterprinzip“ und

Punkt B 6 „Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien“ durch die erstrevisionswerbende Partei sei bereits im laufenden Nachprüfungsverfahren durch die Auftraggeberin Rechnung getragen worden und im Hinblick auf den geschätzten Gesamtwert der Lose von über € 1 Mio. „im Grund des § 91 Abs. 5 Z. 3 BVergG 2018“ das Zuschlagsprinzip auf Bestbieterprinzip geändert und zu den Zuschlagskriterien neben dem Gesamtpreis als weiteres Kriterium die Verkürzung der Bauzeit vorgesehen und mit einem Bewertungsverfahren versehen worden. Die erstrevisionswerbende Partei sei daher diesbezüglich klaglos gestellt worden. Der Anfechtung der Angebotsbestimmungen A Deckblatt „Zuschlagsprinzip/Bestbieterprinzip“ und Punkt B 6 „Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien“ durch die erstrevisionswerbende Partei sei bereits im laufenden Nachprüfungsverfahren durch die Auftraggeberin Rechnung getragen worden und im Hinblick auf den geschätzten Gesamtwert der Lose von über € 1 Mio. „im Grund des Paragraph 91, Absatz 5, Ziffer 3, BVergG 2018“ das Zuschlagsprinzip auf Bestbieterprinzip geändert und zu den Zuschlagskriterien neben dem Gesamtpreis als weiteres Kriterium die Verkürzung der Bauzeit vorgesehen und mit einem Bewertungsverfahren versehen worden. Die erstrevisionswerbende Partei sei daher diesbezüglich klaglos gestellt worden.

Insofern komme auch eine Streichung bzw. Nichtigerklärung der einzelnen Punkte B 3 „Verfahrensablauf“ und D 1 „Gegenstand der Ausschreibung“ nicht in Betracht.

Die des Weiteren bemängelte Angebotsfrist (Änderung von 16. März 2021 auf 13. April 2021) sei insofern nicht relevant, als durch die rechtskräftige einstweilige Verfügung vom 8. März 2021 der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und ein Fristablauf gehemmt worden sei.

Im vorliegenden Vergabeverfahren seien sämtliche eingeladene Unternehmen von der Änderung des Zuschlagsprinzips und der Zuschlagskriterien rechtzeitig in der Angebotsfrist informiert worden, sodass die wesentlichen Gründe für einen Widerruf, und zwar eine mögliche Änderung des Bieterkreises aufgrund der Änderung des Zuschlagsprinzips und der Zuschlagskriterien im nicht offenen Verfahren nicht gegeben seien. Im Übrigen sei anhand der ausreichend großen Zahl der eingeladenen Unternehmen auch ein Wettbewerb weiterhin möglich. Die Auswahl der einzuladenden Unternehmen sei daher nicht zu ändern. Sie habe sich auch nicht geändert. Ein Widerruf sei daher nicht zwingend vorzunehmen gewesen.

Soweit den Anfechtungspunkten durch die Auftraggeberin Rechnung getragen und die erstrevisionswerbende Partei klaglos gestellt worden sei, sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und im Übrigen als unbegründet abzuweisen gewesen.

9

Da die erstrevisionswerbende Partei teilweise obsiegt habe bzw. klaglos gestellt worden sei, sei ihr gemäß § 23 Abs. 1 und 2 Oö. VergRSG 2006 der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren und für die einstweilige Verfügung zuzusprechen. Da die erstrevisionswerbende Partei teilweise obsiegt habe bzw. klaglos gestellt worden sei, sei ihr gemäß Paragraph 23, Absatz eins, und 2 Oö. VergRSG 2006 der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren und für die einstweilige Verfügung zuzusprechen.

10

Den Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht zusammengefasst mit dem Nichtvorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG. Den Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Verwaltungsgericht zusammengefasst mit dem Nichtvorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG.

11

Die zu Ra 2021/04/0127 protokollierte außerordentliche Revision der erstrevisionswerbenden Partei richtet sich gegen die Abweisung des Nachprüfungsantrags im angefochtenen Erkenntnis. Die Auftraggeberin beantragte in der nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof eingebrachten Revisionsbeantwortung die kostenpflichtige Nichtzulassung der Revision, in eventu deren Abweisung.

12

Die zu Ra 2021/04/0128 protokollierte außerordentliche Revision der zweitrevisionswerbenden Auftraggeberin richtet sich gegen die Verpflichtung zum Ersatz der Pauschalgebühren gegenüber der erstrevisionswerbenden Partei. Die erstrevisionswerbende Partei beantragte in der nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof im Verfahren Ra 2021/04/0128 eingebrachten Revisionsbeantwortung die kostenpflichtige Nichtzulassung der Revision, in eventu deren Abweisung.

13

Die beiden Revisionsverfahren wurden aufgrund ihres tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zu der zu hg. Ra 2021/04/0127 protokollierten Revision:

14

Die Revision ist in Bezug auf die in ihrem Zulässigkeitsvorbringen dargelegte Rechtsfrage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen (vorliegend die erstrevisionswerbende Partei) einen Anspruch auf Teilnahme bzw. auf Aufforderung zur Angebotslegung in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat, zu der keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt, zulässig.

Rechtslage:

Unionsrecht:

15

Die maßgeblichen Erwägungsgründe und Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65, lauten auszugsweise: Die maßgeblichen Erwägungsgründe und Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Amtsblatt, L 94 vom 28.3.2014, S. 65, lauten auszugsweise:

„Artikel 5

Methoden zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts

...

(8) Kann ein Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung von Dienstleistungen zu Aufträgen führen, die in mehreren Losen vergeben werden, so ist der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose zu berücksichtigen.

Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in Artikel 4 bestimmten Schwellenwert, so gilt die Richtlinie für die Vergabe jedes Loses.

...

Artikel 18

Grundsätze der Auftragsvergabe

(1) Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig.

Das Vergabeverfahren darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs gilt als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

...“

16

§ 2 Z 15 lit. a sublit. cc, § 12 Abs. 1 Z 4, § 13 Abs. 5, § 14, § 20 Abs. 1 und 9, § 43 Z 1 und

§ 122 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018 in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65/2018 (bzw. bzgl. § 12 gemäß BGBl. II Nr. 358/2019 sowie § 43 gemäß BGBl. II Nr. 211/2018) lauten: Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, c, c,, Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 4,, Paragraph 13, Absatz 5,, Paragraph 14,, Paragraph 20, Absatz eins, und 9, Paragraph 43, Ziffer eins und Paragraph 122, Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018 in der Stammfassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 65 aus 2018, (bzw. bzgl. Paragraph 12, gemäß Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 358 aus 2019, sowie Paragraph 43, gemäß Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 211 aus 2018,) lauten:

„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:

...

cc)

im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung: die Aufforderung zur Angebotsabgabe; die Ausschreibungsunterlagen; sonstige Entscheidungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

...

Schwellenwerte

§ 12. (1) Verfahren von öffentlichen Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert Paragraph 12, (1) Verfahren von öffentlichen Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert

...

4.

bei Bauaufträgen mindestens 5 350 000 Euro beträgt.

...

Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes

§ 13. ...Paragraph 13, ...

(5) Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen. Sofern nicht sachliche Gründe vorliegen, darf ein Auftrag nicht so unterteilt werden, dass er nicht den Vorschriften dieses Bundesgesetzes für den Oberschwellenbereich unterliegt.

Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen

§ 14. (1) Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I (Gewerke). Paragraph 14, (1) Besteht ein Bauvorhaben aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen. Als Lose im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges römisch eins (Gewerke).

(2) Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen ist neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren und Dienstleistungen einzubeziehen, die dem Unternehmer vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden.

(3) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 12 Abs. 1 Z 4 genannten Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 1 Million Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Lose 20% des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich; für die Wahl des Verfahrens gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses. (3) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 4, genannten Schwellenwert, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Dies gilt nicht für jene Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 1 Million Euro beträgt, sofern der kumulierte Wert der vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Lose 20% des

kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt. Für die Vergabe dieser Lose gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich; für die Wahl des Verfahrens gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.

(4) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 12 Abs. 1 Z 4 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.(4) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 4, genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.

...

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.

...

(9) Die Konzeption oder Durchführung eines Vergabeverfahrens darf nicht den Zweck verfolgen, das Vergabeverfahren vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbes liegt jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Vergabeverfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden.

...

Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung

§ 43. Aufträge können im Unterschwellenbereich im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, sofern dem öffentlichen Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lauten Wettbewerb sicherzustellen, und wennParagraph 43, Aufträge können im Unterschwellenbereich im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, sofern dem öffentlichen Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lauten Wettbewerb sicherzustellen, und wenn

1.

bei Bauaufträgen der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht, oder

...

Teilnehmer im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

§ 122. (1) Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an geeignete Unternehmer zu erfolgen.Paragraph 122, (1) Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an geeignete Unternehmer zu erfolgen.

(2) Die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer hat in nicht diskriminierender Weise stattzufinden. Der öffentliche Auftraggeber hat die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln. Nach Möglichkeit sind insbesondere kleine und mittlere Unternehmer am Vergabeverfahren zu beteiligen.

(3) Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen und darf beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht unter drei liegen. Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung darf die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer, sofern nicht die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann oder äußerst dringliche, zwingende Gründe vorliegen, bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von geeigneten Unternehmern nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und hat den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen. Beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich darf die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer auch aus anderen sachlichen Gründen unter drei liegen; die Gründe für diese Unterschreitung sind vom öffentlichen Auftraggeber festzuhalten.“

17

Die maßgeblichen Bestimmungen des Landesgesetzes über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006), LGBL. Nr. 130/2006, und zwar § 2 Abs. 3, § 3 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 in der vorliegend anzuwendenden Fassung LGBL. Nr. 77/2018 sowie § 7 Abs. 1 in der Fassung LGBL. Nr. 90/2013, lauten: Die maßgeblichen Bestimmungen 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, und zwar Paragraph 2, Absatz 3, Paragraph 3, Absatz eins und Paragraph 23, Absatz eins, in der vorliegend anzuwendenden Fassung Landesgesetzblatt Nr. 77 aus 2018, sowie Paragraph 7, Absatz eins, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 90 aus 2013, lauten:

„§ 2

Zuständigkeit

...

(3) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit. a Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018), § 2 Z 11 lit. a Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) oder § 3 Z 16 lit. a Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (BVergGVS 2012)) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte. (3) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018), Paragraph 2, Ziffer 11, Litera a, Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) oder Paragraph 3, Ziffer 16, Litera a, Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (BVergGVS 2012)) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

...

§ 3 Paragraph 3

Nachprüfungsantrag

(1) Ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ein Interesse am Abschluss eines den

bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags behauptet wird und durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

...

§ 7 Paragraph 7

Nichtigerklärung von Entscheidungen

(1) 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.

...

§ 23 Paragraph 23

Gebührenersatz

(1) Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegt, hat Anspruch auf Ersatz der gemäß § 22 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin. Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er bzw. sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. (1) Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegt, hat Anspruch auf Ersatz der gemäß Paragraph 22, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin. Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er bzw. sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

...“

Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung

18

Die Revision bringt zur Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zusammengefasst vor, die Auftraggeberin habe die Aufteilung in Lose nur deswegen vorgenommen, um auf das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zurückgreifen und die erstrevisionswerbende Partei so von der Teilnahme am Verfahren und vom Erhalt des Auftrags ausschließen zu können. Die Aufteilung des Auftrags in Lose diene insofern der Umgehung der Bestimmungen des BVergG 2018 über die Wahl des Vergabeverfahrens, als dadurch die Vergabe im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung möglich werde, um die erstrevisionswerbende Partei auf unzulässige Weise vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Angesichts der in den beiden vorangegangenen Vergabeverfahren festgestellten Gesamtkosten von € 2,628.704,-- netto bzw. der Grobkostenschätzung der den ursprünglichen Auftragsgegenstand betreffenden Leistungen von € 1,730.000,-- netto zum 23. Juni 2020 sei unzweifelhaft ein potentiell grenzüberschreitendes Interesse (Binnenmarktrelevanz) gegeben, zumal der geschätzte Gesamtwert für das Infrastrukturprojekt zumindest knapp die Hälfte bzw. ein Drittel des EU-Schwellenwertes von derzeit € 5,350.000,-- ausmache. Überdies befinde sich der Leistungsort nur ca. 100 km von der Grenze zu Deutschland bzw. Tschechien entfernt. Schließlich habe die Auftraggeberin bereits zweimal ein offenes Verfahren mit Bekanntmachung durchgeführt.

Die Auftraggeberin wäre daher ungeachtet der Wertgrenze in § 43 Z 1 BVergG 2018 vorliegend nicht berechtigt gewesen, ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu wählen. Vielmehr hätte sie aufgrund des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses ein Verfahren „mit ex ante Transparenz (dh mit angemessener vorheriger Bekanntmachung)“ durchführen müssen. Dem Nachprüfungsantrag hätte somit im abweisenden Teil stattgegeben werden müssen. Die Auftraggeberin wäre daher ungeachtet der Wertgrenze in Paragraph 43, Ziffer eins,

BVergG 2018 vorliegend nicht berechtigt gewesen, ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu wählen. Vielmehr hätte sie aufgrund des potentiellen grenzüberschreitenden Interesses ein Verfahren „mit ex ante Transparenz (dh mit angemessener vorheriger Bekanntmachung)“ durchführen müssen. Dem Nachprüfungsantrag hätte somit im abweisenden Teil stattgegeben werden müssen.

19

Die Auftraggeberin wendet in ihrer Revisionsbeantwortung dagegen im Wesentlichen ein, der erstrevisionswerbenden Partei komme kein subjektives Recht auf eine bestimmte Wahl des Vergabeverfahrens durch die Auftraggeberin zu. Die Auftraggeberin habe entsprechend der gesetzlichen Voraussetzung vorliegend ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben. Das Vergabeverfahren unterliege nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU. Eine „grenzüberschreitende Bedeutung“ des Auftrages sei nicht zu erkennen. Die Auftraggeberin habe die Reduktion des Bauloses in seiner Dimension ausführlich dargestellt. Eine Sachwidrigkeit des geänderten Vergabeverfahrens liege nicht vor.

20

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss angesichts des umfassenden Gebotes eines effektiven Rechtsschutzes auch die fehlerhafte Wahl eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung bekämpft werden können, und zwar gerade auch von jenen Unternehmen, die nicht eingeladen wurden, an dem betreffenden Vergabeverfahren teilzunehmen (vgl. etwa VwGH 16.10.2019, Ro 2017/04/0024, Rn. 35, mwN). Die von der Auftraggeberin nicht zur Angebotsabgabe eingeladene erstrevisionswerbende Partei ist daher, soweit sie die Rechtswidrigkeit der Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung geltend macht, grundsätzlich antragslegitimiert. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss angesichts des umfassenden Gebotes eines effektiven Rechtsschutzes auch die fehlerhafte Wahl eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung bekämpft werden können, und zwar gerade auch von jenen Unternehmen, die nicht eingeladen wurden, an dem betreffenden Vergabeverfahren teilzunehmen (vergleiche, etwa VwGH 16.10.2019, Ro 2017/04/0024, Rn. 35, mwN). Die von der Auftraggeberin nicht zur Angebotsabgabe eingeladene erstrevisionswerbende Partei ist daher, soweit sie die Rechtswidrigkeit der Wahl des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung geltend macht, grundsätzlich antragslegitimiert.

21

Die von der Auftraggeberin geschätzten Gesamtkosten des ursprünglich ausgeschrieben Bauvorhabens betrugen netto € 2.628.704,--. Ausschreibungsgegenstand der beiden vorangegangenen offenen (sowohl des widerrufenen, als auch des vom Verwaltungsgericht für nichtig erklärten) Vergabeverfahren waren die Erdbau- und Baumeisterarbeiten jedoch in Bezug auf die ursprüngliche Größe des Bauvorhabens auf Basis einer Grobkostenschätzung von € 1.730.000,- netto. Eine Ausschreibung dieser Leistungen im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung war daher damals nicht möglich. Diese Erdbau- und Baumeisterarbeiten sind betreffend das auf die bisher gewidmete Fläche reduzierte Bauvorhaben als Baulos 1 nunmehr Gegenstand des angefochtenen nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung. Die Restarbeiten (Bepflanzung, Straßenbeleuchtung, usw.) entsprechen den, dem Baulos 2 zugeordneten, noch nicht ausgeschrieben Arbeiten.

22

Der geschätzte Auftragswert des vorliegenden Bauvorhabens gemäß § 14 Abs. 1 BVergG 2018 (die geschätzten Gesamtkosten der infrastrukturellen Erschließung der auf die genehmigte Widmungsfläche mit zwölf bereits verkauften und zur Bebauung anstehenden Baugrundstücken reduzierten Fläche) beträgt € 1.153.000,--. Der kumulierte Wert der beiden Lose übersteigt somit nicht den für Bauaufträge gemäß § 12 Abs. 1

Z 4 BVergG 2018 maßgeblichen Schwellenwert von € 5.350.000,--. Deshalb gelten gemäß § 14 Abs. 4

erster Satz BVergG 2018 für die Vergabe beider Lose die Bestimmungen des BVergG 2018 für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich. Hingegen unterliegt das vorliegende Vergabeverfahren gemäß Art. 5 Abs. 8 zweiter UAbs iVm Art. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU nicht dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Gemäß § 14 Abs. 4 zweiter Satz BVergG 2018 gilt für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses. Der geschätzte Auftragswert jedes der beiden Baulose liegt netto unter € 1 Mio. Die Ausschreibung des Bauloses 1 mit einem geschätzten Wert von unter € 1 Mio. im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung entspricht daher § 43 Z 1 BVergG 2018. Der geschätzte Auftragswert des vorliegenden Bauvorhabens gemäß Paragraph 14, Absatz eins, BVergG 2018 (die geschätzten Gesamtkosten der infrastrukturellen Erschließung der auf die genehmigte Widmungsfläche mit zwölf bereits verkauften und zur Bebauung anstehenden Baugrundstücken reduzierten Fläche) beträgt € 1.153.000,--. Der

kumulierte Wert der beiden Lose übersteigt somit nicht den für Bauaufträge gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 maßgeblichen Schwellenwert von € 5,350.000,--. Deshalb gelten gemäß Paragraph 14, Absatz 4, erster Satz BVergG 2018 für die Vergabe beider Lose die Bestimmungen des BVergG 2018 für die Vergabe von Bauaufträgen im Unterschwellenbereich. Hingegen unterliegt das vorliegende Vergabeverfahren gemäß Artikel 5, Absatz 8, zweiter UAbs in Verbindung mit Artikel 4, Litera a, der Richtlinie 2014/24/EU nicht dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Gemäß Paragraph 14, Absatz 4, zweiter Satz BVergG 2018 gilt für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses. Der geschätzte Auftragswert jedes der beiden Baulose liegt netto unter € 1 Mio. Die Ausschreibung des Bauloses 1 mit einem geschätzten Wert von unter € 1 Mio. im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung entspricht daher Paragraph 43, Ziffer eins, BVergG 2018.

23

Die von der erstrevisionswerbenden Partei bekämpfte Aufteilung betrifft einerseits die generelle Reduzierung des Gesamtumfangs des ausgeschriebenen Bauvorhabens auf die bereits umgewidmete Fläche und andererseits die Aufteilung dieses reduzierten Bauvorhabens auf zwei Lose.

24

§ 20 Abs. 9 BVergG 2018 normiert das Umgehungsverbot als wesentlichen Grundsatz des Vergaberechts (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP 55; Heid/Ring in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 [2019] § 20 Rz 26). Grundsätzlich darf gemäß § 20 Abs. 9 erster Satz BVergG 2018 die Konzeption und die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht den Zweck verfolgen, das Vergabeverfahren vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 auszunehmen, die Anwendung der Vorschriften des BVergG 2018 zu umgehen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs liegt jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Vergabeverfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden (zweiter Satz). Paragraph 20, Absatz 9, BVergG 2018 normiert das Umgehungsverbot als wesentlichen Grundsatz des Vergaberechts vergleiche , Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. Gesetzgebungsperiode 55, ; Heid/Ring in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 [2019] Paragraph 20, Rz 26). Grundsätzlich darf gemäß Paragraph 20, Absatz 9, erster Satz BVergG 2018 die Konzeption und die Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht den Zweck verfolgen, das Vergabeverfahren vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 auszunehmen, die Anwendung der Vorschriften des BVergG 2018 zu umgehen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs liegt jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Vergabeverfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden (zweiter Satz).

25

Nach den Materialien zu § 20 Abs. 9 BVergG 2018 (RV 69 BlgNR 26. GP, 55) ist das Umgehungsverbot als umfassendes Verbot formuliert, den Anwendungsbereich des Gesetzes als solches oder die Anwendung spezifischer Bestimmungen des Gesetzes zu unterlaufen bzw. den Zweck des Gesetzes (Gewährleistung eines freien und lauten Wettbewerbes) zu torpedieren. So darf insbesondere die Wahl (Aufteilung) zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages oder der Vergabe einer Reihe getrennter Aufträge nicht in der Absicht erfolgen, den Vertrag oder die Verträge vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen (zB „Flucht aus dem Oberschwellenbereich durch Auftragsplitting“). Hinsichtlich der Beurteilung, ob das Verbot der künstlichen Einschränkung des Wettbewerbes verletzt wurde (siehe dazu auch Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU), sind insbesondere in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die tatsächlichen (wirtschaftlichen) Effekte ausschlaggebend. Nach den Materialien zu Paragraph 20, Absatz 9, BVergG 2018 Regierungsvorlage 69, BlgNR 26. GP, 55) ist das Umgehungsverbot als umfassendes Verbot formuliert, den Anwendungsbereich des Gesetzes als solches oder die Anwendung spezifischer Bestimmungen des Gesetzes zu unterlaufen bzw. den Zweck des Gesetzes (Gewährleistung eines freien und lauten Wettbewerbes) zu torpedieren. So darf insbesondere die Wahl (Aufteilung) zwischen der Vergabe eines einzigen Auftrages oder der Vergabe einer Reihe getrennter Aufträge nicht in der Absicht erfolgen, den Vertrag oder die Verträge vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen (zB „Flucht aus dem Oberschwellenbereich durch Auftragsplitting“). Hinsichtlich der Beurteilung, ob das Verbot der künstlichen Einschränkung des Wettbewerbes verletzt wurde (siehe dazu auch Artikel 18, Absatz eins, UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU), sind insbesondere in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die tatsächlichen (wirtschaftlichen) Effekte ausschlaggebend.

26

Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann. Das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung der Aufteilung eines Vergabeverhabens ist streng zu prüfen (vgl. VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188, in Bezug auf das Umgehungsverbot nach § 13 Abs. 4 BVergG 2006 mit Hinweis auf Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union [EuGH], nach der die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen ist und das [nunmehr in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU normierte] Verbot einer willkürlichen Aufteilung eines Auftrages den Zweck verfolgt, Manipulationen zu verhindern). Das Verbot der Aufteilung gilt für jede Form von Aufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden kann. Das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung der Aufteilung eines Vergabeverhabens ist streng zu prüfen vergleiche , VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188, in Bezug auf das Umgehungsverbot nach Paragraph 13, Absatz 4, BVergG 2006 mit Hinweis auf Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union [EuGH], nach der die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen ist und das [nunmehr in Artikel 5, Absatz 3, der Richtlinie 2014/24/EU normierte] Verbot einer willkürlichen Aufteilung eines Auftrages den Zweck verfolgt, Manipulationen zu verhindern).

27

Die Aufteilung eines Vergabeverhabens ist - wie § 20 Abs. 9 BVergG 2018 normiert - ohne sachliche Rechtfertigung nicht zulässig, nicht nur um die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2018 an sich zu umgehen, sondern auch um in den Genuss von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln zu kommen (vgl. noch zum BVergG 2006 VwGH 20.4.2016, Ro 2014/04/0071, mwN). Die Aufteilung eines Vergabeverhabens ist - wie Paragraph 20, Absatz 9, BVergG 2018 normiert - ohne sachliche Rechtfertigung nicht zulässig, nicht nur um die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2018 an sich zu umgehen, sondern auch um in den Genuss von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln zu kommen vergleiche , noch zum BVergG 2006 VwGH 20.4.2016, Ro 2014/04/0071, mwN).

28

Die Prüfung des Vorliegens einer dem Umgehungsverbot entgegenstehenden unsachlichen Aufteilung erfolgt jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles.

29

Die Auftraggeberin begründete die Reduzierung der aufzuschließenden Fläche auf die bereits in Bauland umgewidmete und an Bauherren veräußerte Fläche, an deren infrastruktureller Aufschließung ein unmittelbares Bedürfnis bestehe, mit der Unmöglichkeit den ursprünglichen Kostenrahmen wegen der zeitlichen Verzögerung einzuhalten. Eine Gesamtumwidmung in einem Zug sei behördlich nicht genehmigungsfähig. Ebenso sei die Auftraggeberin von der Übernahme der Erschließung der noch nicht als Bauland gewidmeten Fläche für XY abgegangen. Sie habe die weitere Entwicklung des Wohnungs-Siedlungsraumes H mittlerweile gestoppt. Die Verkleinerung der jeweiligen Etappen sei deshalb nach Ansicht der Auftraggeberin im Sinne dieser Zug um Zug Projektabwicklung je nach Verkaufsfortschritt der Bauparzellen erklärbar und nachvollziehbar. Ausgehend davon war für das Verwaltungsgericht die Reduzierung des Vorhabens sachlich gerechtfertigt. Zur Aufteilung des reduzierten Vorhabens auf zwei Baulose verwies das Verwaltungsgericht auf den Umstand, dass bereits in den beiden vorangegangenen Vergabeverfahren die Ausschreibung des gesamten Infrastrukturprojekts H in einerseits Erdbau- und Baumeisterarbeiten und andererseits Restleistungen unterteilt gewesen sei.

30

Dazu bringt die Revision unter Hinweis auf die beiden offenen Vergabeverfahren über die infrastrukturelle Erschließung der Gesamtfläche des „Infrastrukturprojekts H“ vor, die Auftraggeberin habe durch diese beiden offenen Vergabeverfahren erkennen lassen, dass die Gesamtbauleistung zur Aufschließung benötigt werde. Dass ein Teil des Projekts bereits umgewidmet sei, sei kein sachlicher Grund für die losweise Aufteilung, weil das gesamte Areal aufgeschlossen werden solle. Letzteres ergebe sich auch durch die mit XY geschlossenen Raumordnungsverträge und die von der Auftraggeberin abgeschlossenen Kreditverträge.

31

Mit diesem Vorbringen zeigt die Revision nicht auf, weshalb entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts die im Vergleich zu den beiden offenen Vergabeverfahren von der Auftraggeberin geänderte Vorgangsweise, und zwar die schrittweise Umsetzung der Infrastrukturmaßnahmen entsprechend der nach Verkaufsfortschritt der einzelnen Bauparzellen etappenweisen Umwidmung, als sachlicher Grund für die Reduzierung des ausgeschriebenen

Projektvolumens weder glaubwürdig noch nachvollziehbar sein soll.

32

Ebenso wenig vermag die Revision mit den pauschalen Hinweisen in der Revision, dass eine „Trennung aufgrund unterschiedlicher Gewerke ... gegenständlich nicht erfolgt“ sei und die den beiden vorangegangenen offenen Vergabeverfahren zugrundeliegenden Gewerke mit den vorliegend ausgeschriebenen Gewerken ident seien, die nunmehrige Aufteilung in Lose preislich nicht günstiger, sondern im Regelfall teurer sei, und die Auftraggeberin „nach der Verkündung des Erkenntnisses im zweiten Vergabeverfahren angekündigt [habe], eine ‚beschränkte Ausschreibung‘ ohne die Revisionswerberin durchzuführen“, eine unvertretbare Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung der Aufteilung des Vorhabens in zwei Baulose durch das Verwaltungsgericht aufzuzeigen. Das Verwaltungsgericht verweist in diesem Zusammenhang nachvollziehbar auf den Umstand, dass bereits in den beiden vorangegangenen offenen Vergabeverfahren eine Unterteilung in Erdbau- und Baumeisterarbeiten (nunmehr Baulos 1) und Restleistungen (Bepflanzung, Straßenbeleuchtung usw. - nunmehr Baulos 2) vorgenommen wurde und im Vergleich zu den vorangegangenen Vergabeverfahren lediglich das ausgeschriebene Vorhaben auf die bisher bereits umgewidmeten Baugrundstücke reduziert wurde.

33

Mit dem Vorbringen zum Vorliegen eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses vermeint die Revision, die allgemeinen Grundregeln des AEUV sowie die daraus folgenden primärrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz bei der Vergabe von Aufträgen seien auch für den gegenständlichen dem Unterschwellenbereich zuzuordnenden und somit in Anbetracht des Auftragswertes nicht in den Anwendungsbereich der sekundärrechtlichen Vergaberichtlinie fallenden Auftrag maßgeblich, sodass die Ausschreibung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gegen das Transparenzgebot verstoße.

34

Grundsätzlich sind bei Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich (unter der Voraussetzung eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses) die allgemeinen Grundregeln des AEUV sowie die daraus folgenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu berücksichtigen (vgl. VwGH 30.4.2019, Ro 2016/04/0053, Rn. 40, mwN). Grundsätzlich sind bei Auftragsvergaben im Unterschwellenbereich (unter der Voraussetzung eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses) die allgemeinen Grundregeln des AEUV sowie die daraus folgenden Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu berücksichtigen vergleiche , VwGH 30.4.2019, Ro 2016/04/0053, Rn. 40, mwN).

35

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht hypothetisch aus bestimmten Gegebenheiten abgeleitet werden, die - abstrakt betrachtet - für ein solches Interesse sprechen könnten. Vielmehr muss sich ein solches Interesse aus einer konkreten Beurteilung der Umstände des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags ergeben. Das bedeutet, dass von einem eindeutigen grenzüberschreitenden Interesse nicht aufgrund von Angaben ausgegangen werden kann, die seine Existenz nicht ausschließen. Das grenzüberschreitende Interesse ist vielmehr dann zu bejahen, wenn der grenzüberschreitende Charakter anhand objektiver und übereinstimmender Umstände erwiesen ist. Objektive Kriterien, die auf ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse hinweisen können, sind etwa das Volumen des betreffenden Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, die technischen Merkmale des Auftrages oder die Besonderheiten der betreffenden Waren (vgl. EuGH 19.4.2018, C-65/17, Oftalma Hospital, Rn. 39, 40, mwN). In diesem Zusammenhang kann auch berücksichtigt werden, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Wirtschaftsteilnehmer Beschwerden eingelegt haben, sofern es sich dabei nachweislich um echte und nicht bloß fiktive Beschwerden handelt (vgl. EuGH 6.10.2016, C-318/15, Tecnoedi Costruzioni, Rn. 20, mwN). Ein Bauauftrag könnte zum Beispiel ein grenzüberschreitendes Interesse aufgrund seines geschätzten Werts in Verbindung mit seinen technischen Merkmalen oder dem für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort, der für ausländische Wirtschaftsteilnehmer interessant sein könnte, wecken (vgl. EuGH 15.5.2008, C-147/06 und C-148/06, Secap und Santorso, Rn. 24). Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse nicht hypothetisch aus bestimmten Gegebenheiten abgeleitet werden, die - abstrakt betrachtet - für ein solches Interesse sprechen könnten. Vielmehr muss sich ein solches Interesse aus einer konkreten Beurteilung der Umstände des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrags ergeben. Das bedeutet, dass von einem eindeutigen grenzüberschreitenden Interesse nicht aufgrund von Angaben ausgegangen werden kann, die seine Existenz nicht ausschließen. Das grenzüberschreitende Interesse ist vielmehr

dann zu bejahen, wenn der grenzüberschreitende Charakter anhand objektiver und übereinstimmender Umstände erwiesen ist. Objektive Kriterien, die auf ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse hinweisen können, sind etwa das Volumen des betreffenden Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, die technischen Merkmale des Auftrages oder die Besonderheiten der betreffenden Waren vergleiche , EuGH 19.4.2018, C-65/17, Oftalma Hospital, Rn. 39, 40, mwN). In diesem Zusammenhang kann auch berücksichtigt werden, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Wirtschaftsteilnehmer Beschwerden eingelegt haben, sofern es sich dabei nachweislich um echte und nicht bloß fiktive Beschwerden handelt vergleiche , EuGH 6.10.2016, C-318/15, Tecnoedi Costruzioni, Rn. 20, mwN). Ein Bauauftrag könnte zum Beispiel ein grenzüberschreitendes Interesse aufgrund seines geschätzten Werts in Verbindung mit seinen technischen Merkmalen oder dem für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort, der für ausländische Wirtschaftsteilnehmer interessant sein könnte, wecken vergleiche , EuGH 15.5.2008, C-147/06 und C-148/06, Secap und Santorso, Rn. 24).

36

Die Revision geht in diesem Zusammenhang zu Unrecht vom geschätzten Auftragswert des ursprünglich gesamten Infrastrukturprojekts aus und nicht vom geschätzten Auftragswert der im vorliegenden Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistungen. Insbesondere im Hinblick darauf, dass trotz höherem geschätzten Auftragswert im ersten Vergabeverfahren kein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat ein Angebot abgegeben hat, ist nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht in Bezug auf das eingeschränkte Bauvorhaben mit reduzierter Bausumme ein grenzüberschreitendes Interesse verneint hat.

37

Objektive und übereinstimmende Umstände für ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse, aufgrund dessen sich ein Verstoß des nicht offenen Verfahrens ohne Bekanntmachung gegen den Transparenzgrundsatz ergibt, konnte somit weder die Revision darlegen noch sind sie sonst vorliegend ersichtlich.

38

Bereits mangels eines eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses sieht sich der Verwaltungsgerichtshof nicht veranlasst, ein in der Revision angeregtes Vorabentscheidungsverfahren zu einer näher dargestellten, von einem potentiellen grenzüberschreitenden Interesse ausgehenden Frage an den EuGH zu richten.

39

Die vom Verwaltungsgericht angenommene Unbedenklichkeit des von der Auftraggeberin gewählten nicht offenen Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist daher nicht zu beanstanden.

Recht der erstrevisionswerbenden Partei auf Teilnahme bzw. Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem nicht offenen Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

40

Die erstrevisionswerbende Partei bringt vor, ihr stünde ein Recht auf Teilnahme bzw. Aufforderung zur Angebotsabgabe zu, weil sie für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet sei und alle Voraussetzungen für eine Angebotslegung erfülle, zumal sie im ersten Vergabeverfahren preislich zweitgereiht und qualitätsmäßig erstgereiht gewesen sei. Offenbar seien alle anderen Unternehmen, die im ersten (widerrufenen) Vergabeverfahren ein Angebot gelegt hätten, zur Angebotslegung aufgefordert worden. Überdies habe die Auftraggeberin zugestanden, die erstrevisionswerbende Partei nur als „Sanktion“ für die Nachprüfungsanträge nicht zur Angebotslegung eingeladen zu haben. Die erstrevisionswerbende Partei werde dadurch von der Auftraggeberin in unsachlicher Weise diskriminiert, auf unzulässige Weise benachteiligt und entgegen den vergaberechtlichen Grundsätzen vom Wettbewerb ausgeschlossen. Die Auftraggeberin verstoße damit gegen § 20 Abs. 1 und 9, § 43 und § 122 Abs. 2 BVergG 2018. Die erstrevisionswerbende Partei habe daher - nicht zuletzt aufgrund der besonderen Umstände im vorliegenden Fall - „ein subjektives Recht (einen Anspruch) auf Teilnahme und auf Aufforderung zur Angebotslegung“. Selbst wenn die erstrevisionswerbende Partei kein solches subjektives Recht hätte und die Teilnahme am Verfahren im Ermessen der Auftraggeberin stünde, hätte die Auftraggeberin „ihr Ermessen im Sinne des BVergG 2018 und der diesem zugrunde liegenden vergaberechtlichen Grundsätze (und nicht willkürlich und unsachlich) auszuüben“. Eine dementsprechende Ermessensübung würde ebenso eine Teilnahme bzw. eine Aufforderung der erstrevisionswerbenden Partei zur Angebotslegung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung erfordern. Die erstrevisionswerbende Partei bringt vor, ihr stünde ein Recht auf Teilnahme bzw. Aufforderung zur Angebotsabgabe zu, weil sie für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet sei und alle Voraussetzungen für eine Angebotslegung erfülle, zumal sie im ersten Vergabeverfahren preislich zweitgereiht

und qualitätsmäßig erstgereiht gewesen sei. Offenbar seien alle anderen Unternehmen, die im ersten (widerrufenen) Vergabeverfahren ein Angebot gelegt hätten, zur Angebotslegung aufgefordert worden. Überdies habe die Auftraggeberin zugestanden, die erstrevisionswerbende Partei nur als „Sanktion“ für die Nachprüfungsanträge nicht zur Angebotslegung eingeladen zu haben. Die erstrevisionswerbende Partei werde dadurch von der Auftraggeberin in unsachlicher Weise diskriminiert, auf unzulässige Weise benachteiligt und entgegen den vergaberechtlichen Grundsätzen vom Wettbewerb ausgeschlossen. Die Auftraggeberin verstoße damit gegen Paragraph 20, Absatz eins, und 9, Paragraph 43 und Paragraph 122, Absatz 2, BVergG 2018. Die erstrevisionswerbende Partei habe daher - nicht zuletzt aufgrund der besonderen Umstände im vorliegenden Fall - „ein subjektives Recht (einen Anspruch) auf Teilnahme und auf Aufforderung zur Angebotslegung“. Selbst wenn die erstrevisionswerbende Partei kein solches subjektives Recht hätte und die Teilnahme am Verfahren im Ermessen der Auftraggeberin stünde, hätte die Auftraggeberin „ihr Ermessen im Sinne des BVergG 2018 und der diesem zugrunde liegenden vergaberechtlichen Grundsätze (und nicht willkürlich und unsachlich) auszuüben“. Eine dementsprechende Ermessensübung würde ebenso eine Teilnahme bzw. eine Aufforderung der erstrevisionswerbenden Partei zur Angebotslegung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung erfordern.

41

Dem hält die Auftraggeberin in ihrer Revisionsbeantwortung entgegen, dass der erstrevisionswerbenden Partei kein subjektives Recht auf Aufforderung zur Angebotsabgabe zukomme. Sie sei gesetzlich nicht verpflichtet, die erstrevisionswerbende Partei zum konkreten nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung einzuladen. § 122 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2018 verpflichte vielmehr den öffentlichen Auftraggeber, die aufzufordernden Unternehmen so häufig wie möglich zu wechseln. Dem hält die Auftraggeberin in ihrer Revisionsbeantwortung entgegen, dass der erstrevisionswerbenden Partei kein subjektives Recht auf Aufforderung zur Angebotsabgabe zukomme. Sie sei gesetzlich nicht verpflichtet, die erstrevisionswerbende Partei zum konkreten nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung einzuladen. Paragraph 122, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2018 verpflichte vielmehr den öffentlichen Auftraggeber, die aufzufordernden Unternehmen so häufig wie möglich zu wechseln.

42

Das Verwaltungsgericht verneint generell einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Einladung zur Angebotslegung für Unternehmer in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Ein (förmliches) Teilnahmeverfahren sei in diesem Verfahren nicht vorgesehen. Vorliegend habe die Auftraggeberin sieben geeignete Unternehmer zur Angebotslegung aufgefordert. Sie habe damit die Verpflichtung gemäß § 122 Abs. 3 erster Satz BVergG 2018, zumindest drei geeignete Unternehmer zur Angebotslegung aufzufordern, sogar übererfüllt. Dadurch sei ein echter Wettbewerb gesichert. Eine Beschränkung des freien Wettbewerbs sei vorliegend nicht ersichtlich. Da die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer im gegenständlichen Vergabeverfahren erstmalig erfolgt sei, sei eine Rechtsverletzung in Bezug auf die gesetzliche Pflicht der Auftraggeberin, die Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln (§ 122 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2018), nicht ersichtlich. Das Verwaltungsgericht verneint generell einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Einladung zur Angebotslegung für Unternehmer in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Ein (förmliches) Teilnahmeverfahren sei in diesem Verfahren nicht vorgesehen. Vorliegend habe die Auftraggeberin sieben geeignete Unternehmer zur Angebotslegung aufgefordert. Sie habe damit die Verpflichtung gemäß Paragraph 122, Absatz 3, erster Satz BVergG 2018, zumindest drei geeignete Unternehmer zur Angebotslegung aufzufordern, sogar übererfüllt. Dadurch sei ein echter Wettbewerb gesichert. Eine Beschränkung des freien Wettbewerbs sei vorliegend nicht ersichtlich. Da die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer im gegenständlichen Vergabeverfahren erstmalig erfolgt sei, sei eine Rechtsverletzung in Bezug auf die gesetzliche Pflicht der Auftraggeberin, die Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln (Paragraph 122, Absatz 2, zweiter Satz BVergG 2018), nicht ersichtlich.

43

Die erstrevisionswerbende Partei begehrte mit ihrem Nachprüfungsantrag die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der (gesamten) Ausschreibung, beides gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. cc BVergG 2018 jeweils gesondert anfechtbare Entscheidungen. Das Verwaltungsgericht ist gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens zur Nichterklärung dieser gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Rahmen der von der erstrevisionswerbenden Partei geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Die erstrevisionswerbende Partei begehrte mit ihrem Nachprüfungsantrag die Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der (gesamten) Ausschreibung, beides gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a,

Sub-Litera, c, c, BVergG 2018 jeweils gesondert anfechtbare Entscheidungen. Das Verwaltungsgericht ist gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Oö. VergRSG 2006 bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens zur Nichterklärung dieser gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Rahmen der von der erstrevisionswerbenden Partei geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

44

Gemäß § 122 Abs. 1 BVergG 2018 hat beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an geeignete Unternehmer zu erfolgen. Die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer hat in nicht diskriminierender Weise stattzufinden. Der öffentliche Auftraggeber hat die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln (Abs. 2). Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen und darf beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und den besonderen Erfordernissen der zur Ausübung gelangenden Leistung Rechnung tragen (Abs. 3). Gemäß Paragraph 122, Absatz eins, BVergG 2018 hat beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an geeignete Unternehmer zu erfolgen. Die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer hat in nicht diskriminierender Weise stattzufinden. Der öffentliche Auftraggeber hat die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln (Absatz 2.). Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen und darf beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und den besonderen Erfordernissen der zur Ausübung gelangenden Leistung Rechnung tragen (Absatz 3.).

45

Davon ausgehend hat selbst ein geeigneter Unternehmer grundsätzlich kein uneingeschränktes Recht auf Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. auf Aufforderung zur Angebotsabgabe in einem solchen Verfahren. Der öffentliche Auftraggeber ist jedoch bei der Auswahl der geeigneten Unternehmer, die er zur Angebotsabgabe auffordert, nicht völlig frei. Vielmehr hat die Auswahl in nicht diskriminierender Weise stattzufinden. Ebenso ist eine der auszuschreibenden Leistung entsprechende Anzahl an geeigneten Unternehmer, mindestens jedoch drei, einzuladen. Schließlich hat der öffentliche Auftraggeber die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln.

46

Um die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben für die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer zu gewährleisten, kommt einem geeigneten, jedoch nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots (§ 20 Abs. 1 BVergG 2018) das Recht zu, vom öffentlichen Auftraggeber nicht aus unsachlichen, somit diskriminierenden Gründen gesetzwidrig von der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen zu werden. Dieses Recht kann er mit einem Nachprüfungsantrag (vorliegend gemäß § 3 Oö. VergRSG 2006) geltend machen. Andernfalls bliebe eine einen geeigneten Unternehmer diskriminierende und insofern gemäß § 122 Abs. 2 erster Satz BVergG 2018 gesetzwidrige Auswahl zur Angebotsabgabe entgegen dem sowohl unionsrechtlich als auch innerstaatlich verankerten Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes für den betroffenen Unternehmer unbekämpfbar. Um die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben für die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer zu gewährleisten, kommt einem geeigneten, jedoch nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots (Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018) das Recht zu, vom öffentlichen Auftraggeber nicht aus unsachlichen, somit diskriminierenden Gründen gesetzwidrig von der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen zu werden. Dieses Recht kann er mit einem Nachprüfungsantrag (vorliegend gemäß Paragraph 3, Oö. VergRSG 2006) geltend machen. Andernfalls bliebe eine einen geeigneten Unternehmer diskriminierende und insofern gemäß Paragraph 122, Absatz 2, erster Satz BVergG 2018 gesetzwidrige Auswahl zur Angebotsabgabe entgegen dem sowohl unionsrechtlich als auch innerstaatlich verankerten Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes für den betroffenen Unternehmer unbekämpfbar.

47

Vorliegend hat die erstrevisionswerbende Partei ihren auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe gerichteten Nachprüfungsantrag auch auf eine unsachliche und insofern diskriminierende Nichtberücksichtigung bei der Auswahl der aufzufordernden Unternehmer gestützt. Sie hat dazu vorgebracht, ihre Nichtberücksichtigung trotz ihrer sich aus dem ersten widerrufenen Vergabeverfahren sowie dem vom Verwaltungsgericht für nichtig erklärten zweiten Vergabeverfahren ergebenden Eignung sei eine „Sanktion“ der Auftraggeberin für die Anfechtung des

Widerrufs des ersten Vergabeverfahrens und der Ausschreibung des zweiten Vergabeverfahrens. Damit hat die erstrevisionswerbende Partei nicht bloß das Recht auf Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung geltend gemacht, sondern auch das Recht, von der Auftraggeberin nicht aus unsachlichen, somit diskriminierenden Gründen gesetzwidrig von der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen zu werden.

48

Indem das Verwaltungsgericht den Nachprüfungsantrag in Bezug auf die Aufforderung zur Angebotsabgabe mangels durchsetzbaren Rechtsanspruchs auf Einladung zur Angebotslegung abwies, ohne auf das Vorbringen der erstrevisionswerbenden Partei zur behaupteten Diskriminierung näher einzugehen, hat es das angefochtene Erkenntnis in diesem Umfang mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Antragslegitimation eines zur Angebotsabgabe nicht eingeladenen Unternehmers in Bezug auf die Anfechtung der Ausschreibung

49

Die Revision bringt zur Änderung des Zuschlagsprinzips nach Einbringung des Nachprüfungsantrags zusammengefasst vor, das gesamte Vergabeverfahren wäre zwingend gemäß § 148 Abs. 1 BVergG 2018 zu widerrufen gewesen, weil eine Änderung des Zuschlagsprinzips (respektive von Zuschlagskriterien) - vorliegend in Bezug auf das ursprünglich rechtswidrige einzige Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises - während des Vergabeverfahrens wegen Widerspruchs gegen die in § 20 BVergG 2018 festgelegten vergaberechtlichen Grundsätze unzulässig sei. Die Rechtswidrigkeit des ursprünglich festgelegten Billigstbieterprinzips sei vor Ablauf der Angebotsfrist bekannt geworden. Wäre dieser Umstand bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt geworden, wäre eine Ausschreibung in dieser Form ausgeschlossen gewesen oder hätte zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung (Bestbieterprinzip) geführt. Der Auftraggeberin sei eine Änderung des Zuschlagsprinzips (respektive der Zuschlagskriterien) auch im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung verwehrt. Sei ein (einziges) Zuschlagskriterium rechtswidrig und werde die Entscheidung darüber für nichtig erklärt, könne der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen. Der Auftraggeber sei daher verpflichtet, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Im Fall eines Widerrufs hätte die erstrevisionswerbende Partei in einem neuerlichen Vergabeverfahren die Chance auf Teilnahme bzw. auf Schadenersatz.

Die Revision bringt zur Änderung des Zuschlagsprinzips nach Einbringung des Nachprüfungsantrags zusammengefasst vor, das gesamte Vergabeverfahren wäre zwingend gemäß Paragraph 148, Absatz eins, BVergG 2018 zu widerrufen gewesen, weil eine Änderung des Zuschlagsprinzips (respektive von Zuschlagskriterien) - vorliegend in Bezug auf das ursprünglich rechtswidrige einzige Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises - während des Vergabeverfahrens wegen Widerspruchs gegen die in Paragraph 20, BVergG 2018 festgelegten vergaberechtlichen Grundsätze unzulässig sei. Die Rechtswidrigkeit des ursprünglich festgelegten Billigstbieterprinzips sei vor Ablauf der Angebotsfrist bekannt geworden. Wäre dieser Umstand bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt geworden, wäre eine Ausschreibung in dieser Form ausgeschlossen gewesen oder hätte zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung (Bestbieterprinzip) geführt. Der Auftraggeberin sei eine Änderung des Zuschlagsprinzips (respektive der Zuschlagskriterien) auch im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung verwehrt. Sei ein (einziges) Zuschlagskriterium rechtswidrig und werde die Entscheidung darüber für nichtig erklärt, könne der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen. Der Auftraggeber sei daher verpflichtet, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Im Fall eines Widerrufs hätte die erstrevisionswerbende Partei in einem neuerlichen Vergabeverfahren die Chance auf Teilnahme bzw. auf Schadenersatz.

50

Die Auftraggeberin wendet dagegen in ihrer Revisionsbeantwortung ein, es sei zwar zutreffend, dass es dem öffentlichen Auftraggeber untersagt sei, nach Vorliegen der Angebote das Zuschlagsprinzip zu ändern. Der Auftraggeberin sei es jedoch nicht verwehrt, Zuschlagskriterien (bei Sicherstellung eines fairen und lauten Wettbewerbs) zu ergänzen. Da die erstrevisionswerbende Partei kein subjektives Recht auf Beteiligung am vorliegenden Vergabeverfahren habe, komme ihr auch keine Berechtigung zu, insofern Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

51

Die Auftraggeberin hat während des laufenden Nachprüfungsverfahrens die Ausschreibungsunterlage dahingehend geändert, dass das ursprüngliche Billigstbieterprinzip durch das Bestbieterprinzip mit dem Gesamtangebotspreis (85 %) und die Verkürzung der Bauzeit (15 %) als Zuschlagskriterien ersetzt wurde. Das Verwaltungsgericht sah darin im

nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung keinen Widerrufsgrund verwirklicht, weil die Antragstellerin sämtliche eingeladenen Unternehmen in der Angebotsfrist darüber informiert habe.

52

Gemäß § 3 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm (unter anderem) durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen § 320 Abs. 1 BVergG 2006 (nunmehr § 342 Abs. 1 BVergG 2018) (vgl. die Materialien zum Oö. VergRSG 2006, AB 1015/2006 BlgLT 33 26. GP, 4). Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm (unter anderem) durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 (nunmehr Paragraph 342, Absatz eins, BVergG 2018) vergleiche , die Materialien zum Oö. VergRSG 2006, Ausschussbericht 1015, aus 2006, BlgLT 33 26. GP, 4).

53

Die Voraussetzungen der Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren wurden in Übereinstimmung mit der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG geregelt. Aus deren Art. 1 Abs. 3 ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten Auftrag erhalten will, sondern es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinne von § 3 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird im Nachprüfungsverfahren bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist (vgl. zu alldem iZm der im Vergleich zum BVergG 2018 in den maßgeblichen Bestimmungen im Wesentlichen unverändert gebliebenen alten Rechtslage nach dem BVergG 2006 VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128, mwN). Die Voraussetzungen der Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren wurden in Übereinstimmung mit der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG geregelt. Aus deren Artikel eins, Absatz 3, ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten Auftrag erhalten will, sondern es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Ein dem Antragsteller drohender Schaden im Sinne von Paragraph 3, Absatz eins, Oö. VergRSG 2006 liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird im Nachprüfungsverfahren bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist vergleiche , zu alldem iZm der im Vergleich zum BVergG 2018 in den maßgeblichen Bestimmungen im Wesentlichen unverändert gebliebenen alten Rechtslage nach dem BVergG 2006 VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128, mwN).

54

Die erstrevisionswerbende Partei stützt vorliegend ihren gegen die Ausschreibungsunterlage gerichteten Nachprüfungsantrag auf die unzulässige, einen Widerruf des Vergabeverfahrens begründende Änderung der Zuschlagskriterien während des offenen Vergabeverfahrens. Wie bereits dargelegt, ist die von der erstrevisionswerbenden Partei ebenfalls bekämpfte Wahl des Vergabeverfahrens zugunsten eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht zu beanstanden. Selbst im Fall eines Widerrufs dieses Vergabeverfahrens könnte die Auftraggeberin daher wiederum ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung wählen und wäre allein im Hinblick auf den Widerruf wegen unzulässiger Änderung der Zuschlagskriterien nicht verpflichtet, auch die erstrevisionswerbende Partei zur Angebotsabgabe aufzufordern. Der erstrevisionswerbenden Partei steht zwar ein Recht zu, von der Auftraggeberin nicht aus unsachlichen, somit diskriminierenden Gründen gesetzwidrig von der Aufforderung zur Angebotsabgabe ausgeschlossen zu werden, nicht jedoch ein uneingeschränktes Recht auf Aufforderung zur Angebotsabgabe und somit auf Teilnahme an einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Nicht zuletzt hindern vorliegend weder die ursprünglich noch die nunmehr festgelegten Zuschlagskriterien die erstrevisionswerbende Partei an einer Teilnahme am nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Vielmehr steht die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer durch die

Auftraggeberin einer Teilnahme der erstrevisionswerbenden Partei am Vergabeverfahren entgegen.

55

Ein drohender Schaden der erstrevisionswerbenden Partei ist unter diesen Gesichtspunkten allein in Bezug auf die bekämpfte Ausschreibungsunterlage nicht plausibel und die Antragslegitimation der erstrevisionswerbenden Partei in diesem Umfang zu verneinen. Der Revision ist diesbezüglich bereits deshalb ein Erfolg zu versagen.

Ergebnis

56

Zusammengefasst erweist sich die Revision der erstrevisionswerbenden Partei teilweise betreffend die Abweisung des Nachprüfungsantrags in Bezug auf die beantragte Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe als berechtigt. Das angefochtene Erkenntnis war daher in diesem Umfang wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. Zusammengefasst erweist sich die Revision der erstrevisionswerbenden Partei teilweise betreffend die Abweisung des Nachprüfungsantrags in Bezug auf die beantragte Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe als berechtigt. Das angefochtene Erkenntnis war daher in diesem Umfang wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

57

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere § 50 VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG, insbesondere Paragraph 50, VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

58

Von der Durchführung der vor dem Verwaltungsgerichtshof von der erstrevisionswerbenden Partei beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden. Von der Durchführung der vor dem Verwaltungsgerichtshof von der erstrevisionswerbenden Partei beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden.

Zu der zu hg. Ra 2021/04/0128 protokollierten Revision:

59

Die außerordentliche Revision der Auftraggeberin richtet sich gegen den Ausspruch über die Verpflichtung der Auftraggeberin zum Ersatz der von der erstrevisionswerbenden Partei entrichteten Pauschalgebühren (Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses). Die außerordentliche Revision der Auftraggeberin richtet sich gegen den Ausspruch über die Verpflichtung der Auftraggeberin zum Ersatz der von der erstrevisionswerbenden Partei entrichteten Pauschalgebühren (Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Erkenntnisses).

60

Die Auftraggeberin bringt in ihrer Revision zu deren Zulässigkeit zusammengefasst vor, neben dem Recht auf Geltendmachung der fehlerhaften Wahl eines Vergabeverfahrens komme der erstrevisionswerbenden Partei als im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht zur Angebotsabgabe aufgefordertes Unternehmen weder ein subjektives Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. auf Aufforderung zur Angebotsabgabe noch auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage zu. Die Änderung der Zuschlagskriterien nach Einbringung des Nachprüfungsantrags stelle daher entgegen der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts mangels Obsiegens mit dem Nachprüfungsantrag keine Klaglosstellung der erstrevisionswerbenden Partei iSd § 23 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 dar. Die Auftraggeberin bringt in ihrer Revision zu deren Zulässigkeit zusammengefasst vor, neben dem Recht auf Geltendmachung der fehlerhaften Wahl eines Vergabeverfahrens komme der erstrevisionswerbenden Partei als im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht zur Angebotsabgabe aufgefordertes Unternehmen weder ein subjektives Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. auf Aufforderung zur Angebotsabgabe noch auf Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage zu. Die Änderung der Zuschlagskriterien nach Einbringung des Nachprüfungsantrags stelle daher entgegen der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts mangels Obsiegens mit dem Nachprüfungsantrag keine Klaglosstellung der erstrevisionswerbenden Partei iSd Paragraph 23, Absatz eins, Oö. VergRSG 2006 dar.

61

Die erstrevisionswerbende Partei wendet gegen dieses Zulässigkeitsvorbringen in ihrer Revisionsbeantwortung zusammengefasst ein, die Auftraggeberin richte sich in ihrer Revision lediglich gegen die Verpflichtung zum Ersatz der Pauschalgebühren, Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses. Die Auftraggeberin erachte sich auch nur „in ihrem subjektiv öffentlichen Recht auf Nichtauferlegung einer Gebührenerstattungsverpflichtung verletzt“. Die

Zurückweisung des Nachprüfungsantrags „hinsichtlich der Angebotsbestimmungen ‚Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip‘ und Punkt B 6 ‚Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien‘ wegen Klaglosstellung“, in Spruchpunkt I. des angefochtenen Erkenntnisses sei jedoch von der Auftraggeberin unangefochten geblieben. Die erstrevisionswerbende Partei habe einen begründeten Nachprüfungsantrag erhoben, dem die Auftraggeberin „im geforderten Punkt der Abänderung der Ausschreibungsunterlage nachgekommen“ sei, weshalb das Verwaltungsgericht in Spruchpunkt I. unangefochten entschieden habe, dass die erstrevisionswerbende Partei klaglos gestellt worden sei. Auf irgendein subjektives Recht der erstrevisionswerbenden Partei, wie etwa auf Teilnahme am nicht offenen Verfahren komme es in Bezug auf die vom Verwaltungsgericht angenommene Klaglosstellung nicht an. Die erstrevisionswerbende Partei habe daher gemäß § 23 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren. Die Revision sei somit unzulässig. Die erstrevisionswerbende Partei wendet gegen dieses Zulässigkeitsvorbringen in ihrer Revisionsbeantwortung zusammengefasst ein, die Auftraggeberin richte sich in ihrer Revision lediglich gegen die Verpflichtung zum Ersatz der Pauschalgebühren, Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Erkenntnisses. Die Auftraggeberin erachte sich auch nur „in ihrem subjektiv öffentlichen Recht auf Nichtauferlegung einer Gebührenerstattungsverpflichtung verletzt“. Die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags „hinsichtlich der Angebotsbestimmungen ‚Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip‘ und Punkt B 6 ‚Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien‘ wegen Klaglosstellung“, in Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Erkenntnisses sei jedoch von der Auftraggeberin unangefochten geblieben. Die erstrevisionswerbende Partei habe einen begründeten Nachprüfungsantrag erhoben, dem die Auftraggeberin „im geforderten Punkt der Abänderung der Ausschreibungsunterlage nachgekommen“ sei, weshalb das Verwaltungsgericht in Spruchpunkt römisch eins. unangefochten entschieden habe, dass die erstrevisionswerbende Partei klaglos gestellt worden sei. Auf irgendein subjektives Recht der erstrevisionswerbenden Partei, wie etwa auf Teilnahme am nicht offenen Verfahren komme es in Bezug auf die vom Verwaltungsgericht angenommene Klaglosstellung nicht an. Die erstrevisionswerbende Partei habe daher gemäß Paragraph 23, Absatz eins, Oö. VergRSG 2006 Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren. Die Revision sei somit unzulässig.

62

Grundsätzlich gilt, dass nur der Spruch einer Entscheidung in Rechtskraft erwachsen kann, nicht aber die Entscheidungsgründe (vgl. etwa VwGH 18.5.2021, Ro 2019/07/0004, Rn. 20, mwN). Grundsätzlich gilt, dass nur der Spruch einer Entscheidung in Rechtskraft erwachsen kann, nicht aber die Entscheidungsgründe vergleiche , etwa VwGH 18.5.2021, Ro 2019/07/0004, Rn. 20, mwN).

63

Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht war der Nachprüfungsantrag der erstrevisionswerbenden Partei mit seinem Hauptantrag, die Aufforderung zur Angebotsabgabe und die (gesamte) Ausschreibung für nichtig zu erklären, und die beiden Eventualanträge, unter anderem die Aufforderung zur Angebotsabgabe und einzelne näher genannte Punkte der Ausschreibungsunterlage, darunter Punkt B 6 „Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien“, für nichtig zu erklären.

64

Vorliegend hat das Verwaltungsgericht in Spruchpunkt I. des angefochtenen Erkenntnisses den „Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung ... hinsichtlich der Angebotsbestimmungen ‚Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip‘ und Punkt B 6 ‚Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien‘ wegen Klaglosstellung zurückgewiesen“. Vorliegend hat das Verwaltungsgericht in Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Erkenntnisses den „Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung ... hinsichtlich der Angebotsbestimmungen ‚Zuschlagsprinzip: Billigstbieterprinzip‘ und Punkt B 6 ‚Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien‘ wegen Klaglosstellung zurückgewiesen“.

65

Der Revision der erstrevisionswerbenden Partei wird zu hg. Ra 2021/04/0127 mit Spruchpunkt 1. dieses Erkenntnisses lediglich in Bezug auf die beantragte Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis in Spruchpunkt I. nur in diesem Umfang aufgehoben. Im Übrigen wird die Revision der erstrevisionswerbenden Partei zu hg. Ra 2021/04/0127, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf Nichtigerklärung der (gesamten) Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsantrags wendet, abgewiesen. Insofern bleibt der von der erstrevisionswerbenden Partei unbekämpfte Ausspruch des Verwaltungsgerichts über die teilweise Zurückweisung des Eventualantrags in Spruchpunkt I. des angefochtenen Erkenntnisses von der teilweisen Stattgebung der Revision der erstrevisionswerbenden Partei zu hg. Ra 2021/04/0127 in Spruchpunkt 1. dieses Erkenntnisses unberührt. Der Revision

der erstrevisionswerbenden Partei wird zu hg. Ra 2021/04/0127 mit Spruchpunkt 1. dieses Erkenntnisses lediglich in Bezug auf die beantragte Nichtigkeitsklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis in Spruchpunkt römisch eins. nur in diesem Umfang aufgehoben. Im Übrigen wird die Revision der erstrevisionswerbenden Partei zu hg. Ra 2021/04/0127, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf Nichtigkeitsklärung der (gesamten) Ausschreibung gerichteten Nachprüfungsantrags wendet, abgewiesen. Insofern bleibt der von der erstrevisionswerbenden Partei unbekämpfte Ausspruch des Verwaltungsgerichts über die teilweise Zurückweisung des Eventualantrags in Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Erkenntnisses von der teilweisen Stattgebung der Revision der erstrevisionswerbenden Partei zu hg. Ra 2021/04/0127 in Spruchpunkt 1. dieses Erkenntnisses unberührt.

66

Ausgehend vom Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist Inhalt dieses Spruchteils nicht die Feststellung der Klaglosstellung der erstrevisionswerbenden Partei in Bezug auf einen Teil ihres Eventualantrags, sondern die Zurückweisung dieses Teils des Eventualantrags. Der bloße Hinweis im Spruch „wegen Klaglosstellung“ ist als in den Spruch aufgenommene zusammengefasste Begründung für die ausgesprochene Zurückweisung für sich nicht rechtskräftig. In Bezug auf die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 ist daher mangels Bekämpfung dieses Spruchteils durch die Auftraggeberin nicht von einer rechtskräftigen und bindenden Feststellung über das Vorliegen einer zumindest teilweisen Klaglosstellung der erstrevisionswerbenden Partei und somit nicht einer mangelnden Relevanz der im Zulässigkeitsvorbringen der Revision als grundsätzlich dargelegten Rechtsfrage auszugehen. Ausgehend vom Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist Inhalt dieses Spruchteils nicht die Feststellung der Klaglosstellung der erstrevisionswerbenden Partei in Bezug auf einen Teil ihres Eventualantrags, sondern die Zurückweisung dieses Teils des Eventualantrags. Der bloße Hinweis im Spruch „wegen Klaglosstellung“ ist als in den Spruch aufgenommene zusammengefasste Begründung für die ausgesprochene Zurückweisung für sich nicht rechtskräftig. In Bezug auf die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 23, Oö. VergRSG 2006 ist daher mangels Bekämpfung dieses Spruchteils durch die Auftraggeberin nicht von einer rechtskräftigen und bindenden Feststellung über das Vorliegen einer zumindest teilweisen Klaglosstellung der erstrevisionswerbenden Partei und somit nicht einer mangelnden Relevanz der im Zulässigkeitsvorbringen der Revision als grundsätzlich dargelegten Rechtsfrage auszugehen.

67

Die Revision der Auftraggeberin ist somit aus den dargelegten Gründen zulässig; sie ist auch berechtigt.

68

Gemäß § 23 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Verwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegt, Anspruch auf Ersatz der gemäß § 22 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin. Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin haben ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er bzw. sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 23, Absatz eins, Oö. VergRSG 2006 hat der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Verwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegt, Anspruch auf Ersatz der gemäß Paragraph 22, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin. Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin haben ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er bzw. sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

69

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für den Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren wegen Klaglosstellung darauf an, dass der Nachprüfungsantrag für die Klaglosstellung ursächlich und die Entrichtung der Pauschalgebühr zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (vgl. VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0045, Rn. 11, mwN). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für den Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren wegen Klaglosstellung darauf an, dass der Nachprüfungsantrag für die Klaglosstellung ursächlich und die Entrichtung der Pauschalgebühr zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war vergleiche , VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0045, Rn. 11, mwN).

70

Der zumindest teilweisen Klaglosstellung der erstrevisionswerbenden Partei steht bereits die von der erstrevisionswerbenden Partei unbekämpft gebliebene Zurückweisung deren Eventualantrags in Bezug auf die begehrte Nichtigkeitsklärung des Punktes B 6 der Ausschreibungsunterlage entgegen.

71

Das Verwaltungsgericht hat somit die angefochtene Entscheidung über den Gebührenersatz bereits deshalb mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet. Das angefochtene Erkenntnis war daher auch im Umfang des Spruchpunktes II. gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben. Das Verwaltungsgericht hat somit die angefochtene Entscheidung über den Gebührenersatz bereits deshalb mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet. Das angefochtene Erkenntnis war daher auch im Umfang des Spruchpunktes römisch zwei. gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

72

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 25. Juni 2024

Gerichtsentscheidung

EuGH 62006CJ0147 SECAP und Santorso VORAB

EuGH 62015CJ0298 Borta VORAB

EuGH 62015CJ0318 Tecnoedi Costruzioni Srl VORAB

EuGH 62017CJ0065 Oftalma Hospital Srl VORAB

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2024:RA2021040127.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