OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-840212/15/Kl/CG

Datum:
Linz, 17. Dezember 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der R GmbH, K, W, vertreten durch B Rechtsanwalt GmbH, W, W, vom 6. November 2020, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde G betreffend das Vorhaben „S“ als Bauauftrag - Konzession zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels aufgrund eines Baurechts

zu Recht:

I. Dem Antrag wird stattgegeben und die angefochtene Ausschreibung für nichtig erklärt.

II. Die Stadtgemeinde G als Auftraggeberin hat der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 9.000 Euro (6.000 Euro für Nachprüfungsverfahren; 3.000 Euro für einstweilige Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zuhanden ihres Rechtsvertreters zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Eingabe vom 6. November 2020 hat die R GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, in eventu die Nichtigerklärung der angefochtenen Bestimmungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 9.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 5.8.2020, zur Zahl x, ein Konzessionsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Baukonzession für die Errichtung und den Betrieb eines Hotels aufgrund eines Baurechts in G bekannt gemacht worden sei. Die nationale Bekanntmachung der Kerndaten sei am 2.8.2020 im Unternehmensservice unter https://ausschreibungen.usp.gv.at erfolgt. Als CPV-Code sei in der Bekanntmachung der Code 45000000 (für Bauarbeiten) angegeben worden. Ein CPV-Code für den Betrieb des Hotels finde sich nicht in der Bekanntmachung.
Das Vergabeverfahren werde inhaltlich durch ein Dokument geregelt, welches im Dokumentennamen mit „0 Ausschreibung.pdf“ bezeichnet worden sei, dabei handle es sich offenkundig um die Ausschreibungsbestimmungen, weshalb in weiterer Folge auf dieses Dokument mit der Bezeichnung Ausschreibungsbestimmungen verwiesen werde.
Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen bestehe die gegenständliche Ausschreibung nicht nur aus einem Konzessionsvergabeverfahren, sondern umfasse darüber hinaus auch zwei beihilferechtliche Bietverfahren für die Entwicklung des Stadtquartiers „S“ in G.

Folgende Leistungen sind integraler Bestandteil der Ausschreibung:

- Liegenschaft A: Baukonzession für die Errichtung und den Betrieb des Hotels gemäß den Bestimmungen des BVergGKonz;
- Liegenschaft B: Veräußerung einer Liegenschaft im Zuge eines Bietverfahrens zur Errichtung von Wohnungen und Dienstleistungseinheiten zum Zweck der Verwertung durch Verkauf oder Vermietung;
- Liegenschaft C: Veräußerung einer Liegenschaft im Zuge eines Bietverfahrens zur Errichtung einer Tiefgarage, welche von den Liegenschaften A und B benützt wird.

Gemäß den Ausführungen in den Ausschreibungsbestimmungen (S. 30) finde das BVergGKonz nur auf die Verwertung der Liegenschaft A (Hotelliegenschaft) Anwendung. Bestbieter sei jedoch, „wer in Summe für seine Angebote für die Hotelliegenschaft und die Wohnbauliegenschaft samt Liegenschaft Tiefgarage die meisten Punkte erhält“. Auf Seite 33 der Angebotsbestimmungen finde sich noch

eine Einschränkung, wonach eine Annahme eines Angebots im Bietverfahren nicht obligatorisch sein solle.

In der Bewertung finde folglich eine Vermischung von vergaberechtlichem Konzessionsverfahren und den beihilferechtlichen Bietverfahren statt. Eine vergaberechtliche Nachprüfung durch das LVwG OÖ solle entsprechend den Festlegungen der Auftraggeberin in Pkt. 11 auf S. 42 der Ausschreibungsbedingungen allerdings nur hinsichtlich des Konzessionsvergabeverfahrens zulässig sein.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit finde sich in den Ausschreibungsbestimmungen (S. 79) die Festlegung, wonach „als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Bieter Referenzen über die von ihm in den letzten fünf Jahren errichteten Hotels vorzulegen“ habe.
Weitere Ausführungen an die inhaltlichen Anforderungen der einzelnen Referenzen und/oder die geforderte Anzahl der Referenzen finde sich in den Ausschreibungsbestimmungen nicht.
Hinsichtlich der Zusammensetzung der Bewertungskommission (auch als vergebende Stelle bezeichnet) finde sich folgende Ausführung auf S. 37f der Ausschreibungsbestimmungen: „Die Bewertung der Angebote erfolgt durch eine Kommission (gleichzeitig ‚vergebende Stelle‘ iSd BVergGKonz), deren Mitglieder vom Gemeinderat der Stadtgemeinde G hinsichtlich der aus dem Kreis der Personen, die dem Gemeinderat als Mitglieder oder Ersatzmitglieder angehören, von der jeweiligen Fraktion des Gemeinderats und deren fachkundige Mitglieder mit Beschlüssen des Gemeinderates mit einfacher Mehrheit bestellt werden. Der Gemeinderatsfraktion der ÖVP kommt die Bestellung von vier Mitgliedern und den Gemeinderatsfraktionen der FPÖ, SPÖ, Bürgerinitiative G und der Grünen kommt die Bestellung von je einem Mitglied zu. […] Die Anzahl der fachkundigen Mitglieder der Kommission wird auf drei Personen beschränkt. Die tatsächliche Anzahl, die Auswahl der Personen und die durch diese abgedeckten Fachgebiete (Tourismus, Betriebswirtschaft udgl.) bleibt dem Gemeinderat vorbehalten. Den fachkundigen Mitgliedern der Kommission kommt betreffend die Punktevergabe zu den einzelnen Zuschlagskriterien kein Stimmrecht zu“.

In den Ausschreibungsbestimmungen (S. 38f) finde sich folgender Ausscheidensgrund: „Wenn entsprechend den oben genannten Bestimmungen die Eignung des Bieters oder, im Fall der Weitergabe von Leistungen an den vom Bieter namhaft gemachten Subunternehmer, die Eignung des Subunternehmers nicht gegeben ist, werden die Angebote dieses Bieters aus dem weiteren Verfahren ausgeschieden.“
Ferner finde sich in den Ausschreibungsbestimmungen (S. 42) folgender Ausscheidensgrund: „Wenn ein Angebot solche Mängel aufweist, dass eine Bearbeitung überhaupt nicht zumutbar ist, so wird es ausgeschieden“.

Die Bewertungskommission habe nach den Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen die Angebote des Konzessionsverfahrens auf Basis der folgenden Zuschlags- und Subkriterien zu bewerten:

Kriterium	Punkte
Betriebskonzept für Hotel und Betreiber	
- Marktpositionierung - Kategorisierung laut Kriterien des WKO - Marketing und Vertriebskonzept - Raumfunktionsplan - Personalstellenplan und HR-Strategie - Nutzungsmöglichkeit bestimmter Bereiche (Restaurant, Sauna, Wellness-Bereich oder dgl) für Nicht-Hotelgäste - Betriebswirtschaftliche Nachhaltigkeit - Referenzprojekte des Bieters betreffend Hotel - Referenzprojekte des Betreibers - Ausmaß der Risikobeteiligung des Betreibers am Investment des Bieters - Stärke der Marke des Betreibers - Qualität der rechtlichen Verpflichtung des Betreibers gegenüber dem Bieter	33
Einbindung des Betriebskonzeptes in die Region - Kompatibilität zu Zielsetzungen der Gesamtdestination G/Salzkammergut - Leitbetriebsfunktion - (Über)-regionale Vermarktungs-Synergien - Regionale Wertschöpfung	9
Höhe des Bauzinses (mindestens EUR 50.000,00 pro Jahr)	15
Ökologie - Ökologisches Konzept - Referenzen des Bieters für ökologisches Bauen	3
Summe	60

Nähere Ausführungen zu den Subkriterien finden sich in der Beilage ./B (S. 71ff) der Ausschreibungsbestimmungen, wobei aber nur vereinzelt erläutert werde, welche Gesichtspunkte positiv bewertet werden.

Die Frist zur Legung von Angeboten ende gemäß der Bekanntmachung am 16.11.2020, 0:00 Uhr. Abweichend davon ende die Frist zur Legung von Angeboten gemäß den Ausführungen der Ausschreibungsbestimmungen (S. 33), am 15.11.2020 (einem Sonntag) ohne nähere Angabe zur Uhrzeit.

Betreffend den Errichtungszeitplan habe die Auftraggeberin in der Ausschreibungsbestimmung (S. 28) festgelegt, „Baueinreichung – Genehmigungsverfahren bis August 2021, Ausführungsplanung und Ausschreibungsphase 01/2021“. Die Ausführungsplanung solle demnach vor der Baueinreichung fertig sein.

Arbeits- und Bietergemeinschaften würden von der Auftraggeberin (S. 31 der Ausschreibungsbestimmungen) ausgeschlossen werden. Eine vergaberechtliche Begründung für den Ausschluss sei in den Ausschreibungsbestimmungen nicht ersichtlich.

Alternativangebote würden von der Auftraggeberin (S. 32 der Ausschreibungsbestimmung) ausdrücklich zugelassen werden. Mindestanforderungen an die Alternativangebote würden sich in den Ausschreibungsbestimmungen nicht finden.

Gemäß Pkt. I.3) der Bekanntmachung bestehe die Möglichkeit, Angebote elektronisch einzureichen. Abweichend davon werde auf S. 32 der Ausschreibungsbestimmungen ausgeführt, dass die Abgabe der Angebote […] ausschließlich im Postweg zu Handen des mit der Durchführung des Bieter- und Konzessionsvergabeverfahrens beauftragten Rechtsanwalts Dr. K B, M, A, erfolgen könne.

Die Antragstellerin erachte sich durch die gegenständliche Ausschreibung im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf

- Durchführung eines transparenten und dem freien und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,
- rechtskonforme Ausgestaltung der Ausschreibungsbedingungen,
- effektiven Rechtsschutz,
- Gleichbehandlung aller Bieter,
- Nicht-Diskriminierung,
- vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung,
- transparente und vergaberechtskonforme Angebotsbewertung,
- rechtskonforme Entscheidung, mit welchem Unternehmer der Vertrag abgeschlossen werden soll sowie
- Abschluss des Vertrages mit dem tatsächlichen Bestbieter,

verletzt.

Die Antragstellerin, eine österreichische Gesellschaft mit Schwerpunkt auf Immobilienentwicklungsprojekten, ist eine integrative Dienstleisterin, die gemeinsam mit ihren jeweiligen Partnern regelmäßig Bauprojekte aller Art kooperativ umsetzt. Das umfasse insbesondere auch die gemeinsame Realisierung von Hotelprojekten. Das Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrags – allenfalls in Kooperation mit weiteren Unternehmen – zeige sich durch die Stellung des konkreten Nachprüfungsantrages.

Zum drohenden Schaden wurde vorgebracht, dass – würde dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben werden – der Antragstellerin die Möglichkeit entgehen würde, in einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten. Zudem würden frustrierte Kosten von ca. 29.000 Euro der Antragstellerin drohen. Darüber hinaus drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts.

Weiters wurde im Antrag auf die Rechtswidrigkeiten (unbestimmte Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, unzulässige Vermischung von vergaberechtlichem

Konzessionsverfahren und beihilferechtlichem Bietverfahren, unwirksame Verfahrensbekanntmachung – Verwendung falscher bzw. unvollständiger CPV-Codes, Besetzung der Bewertungskommission, unzulässige Ausscheidensgründe, keine Mindestanforderungen an Alternativangebote) bzw. sonstige Rechtswidrigkeiten/untaugliche Festlegungen, ausführlich und im Detail eingegangen.

Schließlich wurde eine unwirksame Verfahrensbekanntmachung in Folge Verwendung falscher bzw. unvollständiger CPV-Codes geltend gemacht. Unter Heranziehung des § 21 BVergGKonz wurde darauf hingewiesen, dass diese Verpflichtung insbesondere der Sicherstellung eines wirksamen (grenzüberschreitenden) Wettbewerbs und einer besseren Publizität durch den Abbau von Sprachbarrieren zwischen den Mitgliedstaaten diene. Die Auftraggeberin hätte gegenständlich ausschließlich den CPV-Code 45000000 für Bauarbeiten in ihre Bekanntmachung aufgenommen. Für den Konzessionsvergabeverfahren ebenfalls leistungsgegenständlichen 80-jährigen Betrieb des Hotels, der wohl den Großteil, jedenfalls aber einen sehr maßgeblichen Teil der vertraglich geschuldeten Leistungen ausmacht, findet sich in der Bekanntmachung hingegen kein CPV-Code. Folglich beschreibe die Auftraggeberin mit dem verwendeten CPV-Code nicht den gesamten Leistungsgegenstand des Konzessionsverfahrens. Die Verwendung falscher bzw. unvollständiger CPV-Codes sei ein großes Hemmnis für einen wirksamen Wettbewerb, weshalb die Judikatur in diesem Zusammenhang einen strengen Maßstab anlege. Könnten sich Interessenten auf die in den Bekanntmachungen angegebenen CPV-Codes nicht verlassen, müssten letztlich stets alle bekanntgemachten Ausschreibungsunterlagen bezogen werden, um diese dann daraufhin zu überprüfen, ob neben den bekanntgemachten CPV-Inhalten tatsächlich noch weitere Leistungsinhalte bestehen. Ein Hotelbetreiber, der beispielsweise auf der Bekanntmachungsplattform der Europäischen Kommission (TED) mit dem CPV-Code 55000000 (Dienstleistungen des Hotel- und Gaststättengewerbes und des Einzelhandels) für ihn passende Aufträge sucht, würde die gegenständliche Ausschreibung nicht finden. Ohne Nichtigerklärung der Ausschreibung würde über dem späteren Auftragnehmer laufend ein vergaberechtliches „Damoklesschwert“ schweben, da jederzeit ein – erfolgversprechender – Feststellungsantrag zur Nichtigerklärung des Baurechtsvertrages eingebracht werden könnte. Schon aus diesem Grunde sei daher die Ausschreibung für nichtig zu erklären.

2. Bereits im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die Stadtgemeinde G (kurz: Auftraggeberin) in ihrer Stellungnahme vom 10. November 2020 im Wesentlichen ausgeführt, dass von einer Nichtanwendbarkeit des BVergGKonz ausgegangen werde und somit die Unzuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts vorliegen würde. Als Gründe hiefür wurden vorgebracht, dass das Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses an der Bauleistung nicht verwirklicht werde. Die Stadtgemeinde G habe

Interesse an einem Hotelbetrieb in G aufgrund der damit erzielbaren Förderung des Tourismus und der damit verbundenen indirekten Stärkung der übrigen Wirtschaftsbetriebe sowie ein eigenes wirtschaftliches Interesse allenfalls in Form erhöhter Gemeindeabgaben. Ein unmittelbares Interesse an der Bauleistung liege aber nicht vor. Das angestrebte Hotel stelle keine von der öffentlichen Hand zur Verfügung zu stellende oder für die Leistungserbringung durch die Stadtgemeinde G erforderliche „Infrastruktur“ dar. Wenn der Bund bei einem privaten Investor gegen Überlassung der Nutzung durch Bemautung eine Autobahn oder eine Gemeinde ein Rathaus auf öffentlichem Grund gegen Bezahlung eines Nutzungsentgelts für die Lebensdauer des Gebäudes beauftrage, sei das Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers an der Bauleistung im Sinn des BVergGKonz zu bejahen. Beim gegenständlichen Hotel sei die Situation demgegenüber qualitativ anders. Das Interesse der Stadtgemeinde G bestehe nicht vorrangig an der „Bauleistung“, nämlich wie diese im Detail ausgestaltet sei, sondern die Errichtung des Hotels sei nur die faktische Voraussetzung, dass ein Hotel betrieben werden kann, an welchem Hotelbetrieb das eigentliche Interesse der Stadtgemeinde G bestehe, wie auch immer dieses Hotel sowohl in baulicher als auch in konzeptioneller Hinsicht gestaltet sei.
Für die Anwendbarkeit des BVergGKonz fehle es am maßgeblichen Einfluss der Stadtgemeinde G auf die Bauleistung. Da es ihr letztlich nur darauf ankomme, dass überhaupt ein Hotel betrieben werde und das Zuschlagskriterium „Betriebskonzept für Hotel und Betreiber“ nur dazu diene, um sicherzustellen bzw. beurteilen zu können, dass das vom Bieter vorgelegte Projekt betriebswirtschaftlich langfristig lebensfähig sei und insofern ein Hotelbetrieb über die gesamte Baurechtsdauer bestehe, habe die Stadtgemeinde G sowohl in baulicher als auch in konzeptioneller Hinsicht für das Hotel praktisch keine Vorgaben gemacht. Insbesondere die baulichen Festlegungen gehen nicht über die hoheitlichen Planungsmaßnahmen hinaus, die die Stadtgemeinde G für eine Bebauung in einer derart exponierten Lage am See jedenfalls getroffen hätte. Vorgegeben werde betreffend das Hotel durch den Bebauungsplan dessen Situierung und die maximale „Außenhaut“. Eine bestimmte Mindestgröße des Hotels in Form einer Kubatur oder Nutzfläche werde jedoch nicht gefordert. Die übrigen bautechnischen Festlegungen betreffend Fassade, Dach und Freiraumgestaltung seien vernachlässigbar. Soweit die Errichtung einer Marina gefordert werde, sei dies damit zu erklären, dass der Platz für die Errichtung des Hotels erst teilweise durch Aufschüttung von Seefläche geschaffen werden müsse und die wasserrechtliche Genehmigung hiefür nur erteilt werde, wenn auch eine gleich große Ausgleichsfläche hergestellt werde. Die Marina entspringe damit nicht einem speziellen baulichen Wunsch der Stadtgemeinde G, sondern sei ein rechtlich zwingender Bestandteil des Gesamtprojekts Hotel. Im Ergebnis erschöpfen sich daher die Einflussnahmen der Stadtgemeinde auf die Bauleistungen in ihren hoheitlichen Planungsmaßnahmen, während privatrechtliche Vorgaben für die Bauleistung fehlen. Auch das Merkmal der maßgeblichen Einflussnahme auf die Bauleistung sei insofern nicht erfüllt. Als Gegenleistung für die Erbringung der Bauleistung durch den Erwerber des

Baurechts stehe diesem die Nutzung des Hotels für die Baurechtsdauer zu. Ein zusätzliches Entgelt seitens der Stadtgemeinde erhalte der Erwerber nicht. Insgesamt seien damit die nach dem BVergGKonz und die nach der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für dessen Anwendbarkeit bei würdigender Gesamtbetrachtung nicht erfüllt.
Wenn das BVergGKonz auf die Verwertung der Hotelliegenschaft nicht anwendbar sei, bestehe auch der Rechtsschutz nach dem Oö. VergRSG 2006 nicht und könne von der Antragstellerin nicht vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Nichtigerklärung der Ausschreibung in einem Nachprüfungsverfahren begehrt werden. Dass sich trotz Nichtanwendbarkeit des BVergGKonz die Stadtgemeinde „freiwillig“ aus den oa. Gründen dem Regime des BVergGKonz unterstellt habe, begründe allenfalls eine privatrechtliche Selbstbindung, könne aber nicht zur öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts im Rahmen der diesem nach dem Oö. VergRSG 2006 eingeräumten Kompetenz führen. Es stehe nicht im Belieben eines Rechtsunterworfenen, eine nach dem Gesetz nicht gegebene Zuständigkeit einer Behörde/eines Gerichts „freiwillig“ zu begründen, sofern diese Möglichkeit nicht ausdrücklich durch Gesetz eingeräumt werde. Letzteres sei im konkreten Fall nicht gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher als unzulässig zurückzuweisen. Zudem fehle es der Antragstellerin an der Aktivlegitimation, weshalb der Antrag auch deshalb zurückzuweisen sei.
Wenn nicht ohnehin eine Zurückweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfolge, so sei noch zu berücksichtigen, dass die Region Salzkammergut im November 2019 den Zuschlag als „Kulturhauptstadt 2024“ erhalten habe. Die Stadtgemeinde G als Bezirkshauptstadt sei an diesem Kulturprojekt ganz wesentlich beteiligt. In zeitlicher Hinsicht seien die Ausschreibungsbestimmungen dahingehend getroffen worden, dass für das Jahr 2024 das Hotel bereits als solches zur Verfügung stehe und in diesem Jahr auch keine Bauarbeiten mehr an dieser prominenten Stelle mitten in der Stadt am See, nämlich weder für das Hotel, noch für die Wohngebäude, stattfinden. Eine Baustelle mitten in der Stadt sei mit der Durchführung von diversen Kulturprojekten mit einer Vielzahl von Besuchern unvereinbar. Die rechtzeitige Fertigstellung dieses Bauprojekts bedinge nach der Zeitplanung von Baufachleuten eine Baugenehmigung für das Hotel im August 2021. Dementsprechend habe die Stadtgemeinde die Zuschlagsentscheidung für das Hotel in einer Sondergemeinderatssitzung am 22. Dezember 2020 geplant, damit in der knappen aber vermutlich gerade ausreichenden Zeit bis August 2021 alle vom Erwerber einzuholenden verwaltungsrechtlichen Genehmigungen für das Hotel eingeholt werden können. Unter Berücksichtigung der Entscheidungsfrist von zwei Monaten sei vor diesem Hintergrund eine einstweilige Verfügung gerade noch hinzunehmen, wenn die Zuschlagsentscheidung dann unmittelbar nach der Entscheidung des LVwG erfolgen könne. Dies sei jedoch nur möglich, wenn die Kommission die Angebote der Bieter für die Hotel- und Wohnbauliegenschaft öffnen dürfe, um sie inhaltlich prüfen und bewerten zu können.

Dabei sei auf folgende Besonderheit aufmerksam zu machen: Entsprechend der für die Bewertung der Angebote festgelegten Vorgangsweise sei das Angebot für den Abschluss des Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages betreffend die Hotelliegenschaft in einem (1) Kuvert und betreffend den Abschluss des Kauf- und Dienstbarkeitsvertrages für die Wohnbauliegenschaft und die Liegenschaft Tiefgarage in weiteren zwei (2) verschlossenen Kuverts, nämlich ein Kuvert beinhaltend das Angebot ausschließlich hinsichtlich des Kaufpreises und einem weiteren Kuvert mit dem Angebot betreffend die Konzepte für ein ganzjährig belebendes Stadtviertel sowie für Ökologie abzugeben. Vorgesehen sei, dass von diesen drei Angeboten betreffend alle Bieter die Kuverts mit den Kaufpreisen für die Wohnbauliegenschaft erst dann geöffnet werden, wenn zuvor die inhaltliche Prüfung und Bewertung der Angebote für das Hotel und der Angebote für die Wohnbauliegenschaft abgeschlossen sei, damit diese Bewertung unbeeinflusst von der Höhe des für die Wohnbauliegenschaft gebotenen Kaufpreises erfolgt. Die inhaltliche Prüfung und Bewertung der Angebote sowohl für die Hotelliegenschaft als auch die Wohnbauliegenschaft nach den Zuschlagskriterien sei offenkundig mit erheblichem Zeitaufwand verbunden. Wenn die Angebote erst nach der Entscheidung über den Antrag auf Nachprüfung geöffnet werden dürften und erst danach mit der Sichtung und Bewertung begonnen werden könnte, wäre damit ein Zeitverlust von mehr als einem Monat verbunden. Nach derzeitigem Zeitplan habe die Stadtgemeinde die Zeit von 15.11. bis 22.12.2020, die ohnehin kurz bemessen sei, vorgesehen. Der Zweck der einstweiligen Verfügung, keine unumkehrbaren Tatsachen zu schaffen, könne auch erreicht werden, wenn mit dieser nur das Öffnen der Kuverts mit den Kaufpreisen für die Wohnbauliegenschaft und die Zuschlagserteilung untersagt werde. Die Feststellung der zu vergebenden Punkte aufgrund der gebotenen Kaufpreise für die Wohnbauliegenschaft sei letztlich eine reine Rechenoperation, sodass damit kein zusätzlicher relevanter Zeitaufwand verbunden sei. Insofern könnte nach Entscheidung in der Hauptsache, wenn diese nicht in einer Nichtigerklärung der Ausschreibung stehe, die Zuschlagsentscheidung innerhalb kurzer Zeit erfolgen und das oben dargestellte besondere öffentliche Interesse an einer raschen Zuschlagsentscheidung gewahrt werden.
Auch wenn das Bieterverfahren betreffend die Wohnbauliegenschaft nicht dem BVergGKonz unterliege, sei die Stadtgemeinde ausdrücklich bereit, im Fall einer bloß eingeschränkten einstweiligen Verfügung im oben genannten Sinn die Öffnung der Angebote für den Kaufpreis für die Wohnbauliegenschaft zu unterlassen, zumal eine derartige Vorgangsweise das gelindere Mittel darstelle, um den von der Antragstellerin angestrebten Rechtsschutz durch die vorläufige Maßnahme zu erreichen. Weiters sei anzumerken, dass die oben dargestellte Bearbeitungsmöglichkeit der Angebote für die Stadtgemeinde nur erreicht werde, wenn über die einstweilige Verfügung (genau) am 16.11.2020 entschieden werde. Dies wäre einerseits der letzte Tag der zehntägigen Frist gemäß § 20 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006. Andererseits sei am 16.11.2020 die Angebotsfrist bereits abgelaufen, die an diesem Tag (bereits) um 00:00 Uhr ende, sodass die Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht zu einer Unterbrechung der Angebotsfrist führe.

Bei einer früheren Entscheidung über die einstweilige Verfügung könnten die Angebote der Bieter von der Stadtgemeinde dennoch nicht bearbeitet werden, weil dann die Verpflichtung zur Nichtöffnung der Angebote zwar nicht aufgrund der einstweiligen Verfügung, sondern aufgrund der noch nicht bzw. gerade noch nicht abgelaufenen Angebotsfrist bestehe.
Es werde daher beantragt, den Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen, in eventu die einstweilige Verfügung nur mit der Einschränkung zu erlassen, dass der Auftraggeberin Stadtgemeinde G für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren lediglich die Öffnung der Angebote für die Kaufpreise betreffend die Wohnbauliegenschaft, nicht jedoch das Öffnen der Angebote für die Hotelliegenschaft, und die Zuschlagsentscheidung untersagt werde.

2.1. Der Antragstellerin wurde mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 11. November 2020 die Stellungnahme der Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit zur Abgabe einer Äußerung eingeräumt. In der dazu ergangenen Entgegnung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass kein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen vorliege und das BVergGKonz jedenfalls anwendbar sei, da es sich gegenständlich nicht um eine Bau-, sondern um eine Dienstleistungskonzession handle. Im gegenständlichen Konzessionsvergabeverfahren seien sämtliche Voraussetzungen für eine Dienstleistungskonzession gemäß § 6 BVergGKonz gegeben, da es sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und dem Auftragnehmer handle, der Auftragnehmer mit der Erbringung von Dienstleistungen (=Betrieb des Hotels für 80 Jahre) bekannt werde und die Gegenleistung der Auftraggeberin in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung auf Basis eines Baurechts bestehe. Ein zusätzliches Entgelt, wie von der Auftraggeberin erwähnt, sei hingegen keine zwingende Voraussetzung. Das gesamte Betriebsrisiko sei vom Auftragnehmer zu tragen. Darüber hinaus bestehe an der gegenständlichen Konzession ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Auftraggeberin. Sie erhält für die Dauer des Konzessionsvertrages ein laufendes Entgelt (mind. 50.000 Euro pro Jahr). Dieses Entgelt lasse sich vom verpflichtenden Betrieb des Hotels rechtlich nicht entkoppeln, weshalb auch kein Zweifel an der Unmittelbarkeit des wirtschaftlichen Interesses der Auftraggeberin bestehen könne. Aufgrund des Vorliegens sämtlicher Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des BVergGKonz sei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, das von der Auftraggeberin in der Bekanntmachung der Ausschreibung auch zutreffend benannt werde, unzweifelhaft gegeben.
Bezüglich der Aktivlegitimation bringt die Antragstellerin vor, dass die Auftraggeberin offenbar aus dem Umstand, dass die Antragstellerin eine „Ein-Mann-GmbH“ sei, eine mangelnde Aktivlegitimation ableiten möchte, mit der Begründung, dass die Antragstellerin allein gar nicht die notwendige Eignung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen erfüllen könne. Diese Argumentation

sei schon deshalb nicht haltbar, da die Ausschreibungsbestimmungen rechtswidriger Weise gerade keine konkreten Mindestanforderungen an die Eignung enthalten würden. Die Auftraggeberin könne, selbst wenn noch eine Konkretisierung der Eignungsanforderungen möglich wäre, zum jetzigen Zeitpunkt unmöglich wissen, ob die Antragstellerin die Eignungsanforderungen (allenfalls sogar alleine) erfülle. Dies unabhängig davon, dass keinerlei Verpflichtung bestehe, die Eignungsanforderung ohne die Beiziehung Dritter zu erfüllen. Nach der jüngsten Berichtigung der Ausschreibung durch die Auftraggeberin wäre inzwischen sogar die Bildung von Bietergemeinschaften zulässig. Schon davor wäre jedenfalls die Beiziehung von (auch eignungsrelevanten) Subunternehmern möglich gewesen und sei dies weiterhin möglich. Eine Verpflichtung, gegenüber der Auftraggeberin bereits vor Abgabe des Angebots allfällige Kooperationspartner offenzulegen, bestehe jedenfalls nicht und sei insbesondere keine Voraussetzung für die Darlegung der Antragslegitimation. Im Übrigen diene das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren – insbesondere im Falle der Anfechtung von Ausschreibungsbestimmungen – nicht der Vorwegnahme der Eignungsprüfung. Entsprechend der Judikatur des EuGH sei die Antragslegitimation lediglich bei einem rechtskräftigen Ausschluss aus einem Vergabeverfahren zu verneinen.
Wolle man der Argumentation der Auftraggeberin folgen, könne sie durch Festlegung von diskriminierenden Eignungsanforderungen den vergaberechtlichen Rechtsschutz mangels Erfüllung dieser komplett abschneiden. Weiters sei der Umstand, dass seitens der Antragstellerin noch kein Angebot abgegeben worden sei, irrelevant, da diskriminierende Ausschreibungsbestimmungen sowie Fehler in der Bekanntmachung oder bei der Verfahrenswahl auch ohne vorherige Angebotslegung bekämpft werden können. Unternehmer seien in diesen Fällen nicht gezwungen, zuvor aussichtslose Angebote bzw. aussichtslose Teilnahmeanträge zu stellen, um überhaupt erst die Antragslegitimation zu erhalten. Auch könne der Antragstellerin nicht zugemutet werden, in einem Konzessionsvergabeverfahren mit einer Vielzahl diskriminierender Bestimmungen, ein Angebot abzugeben. Die Angebotsfrist sei noch gar nicht abgelaufen und sei nach Angaben der Auftraggeberin auch noch von keinem anderen Bieter ein Angebot abgegeben worden. Zudem könne die Auftraggeberin selbst bei bereits abgegebenen Angeboten gar nicht wissen, ob sich die Antragstellerin bei ggf. bereits abgegebenen Angeboten beteiligt habe.

2.2. Im Nachprüfungsverfahren ist die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 12. November 2020 auf die bisherigen Äußerungen zur Nichtanwendbarkeit des BVergGKonz und der mangelnden Aktivlegitimation auf die bereits erfolgten Stellungnahmen eingegangen und führte zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten aus, dass hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit der Kreis der geeigneten Bieter durch die Auftraggeberin mit ihrer Formulierung sehr bewusst weit gezogen worden sei, wobei aus der Gesamtschau der Ausschreibung sich für den Bieter zweifelsfrei ergebe, dass mit „Errichtung“ die organisatorische Umsetzung eines Hotelprojekts einschließlich der Finanzierung gemeint sei, die die

Planung und Durchführung der Baumeisterarbeiten durch den Bieter selbst oder durch einen von diesem beauftragten befugten Dritten und vor allem auch die Sicherstellung des künftigen Hotelbetriebes, wiederum durch den Bieter selbst oder durch einen Hotelbetreiber, der ausschließlich vom Bieter bestimmt wird, umfasse. Wenn keine höhere Anzahl an Referenzprojekten ausdrücklich genannt werde, sei daraus erkennbar, dass die Vorlage eines Referenzprojektes für den Eignungsnachweis genüge. Zum Bestbieterprinzip und Zuschlagskriterium brachte die Auftraggeberin vor, dass Bestbieter sein soll, wer in Summe für seine Angebote für die Hotelliegenschaft und die Wohnbauliegenschaft samt Liegenschaft Tiefgarage die meisten Punkte erhalte. Darüber hinaus habe sich die Stadtgemeinde G aber ausdrücklich vorbehalten, ein Angebot eines Bieters, der ausschließlich ein Angebot betreffend den Abschluss eines Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages für die Hotelliegenschaft stelle, oder das nach den Zuschlagskriterien beste Angebot von mehreren Bietern, die nur Angebote für den Abschluss eines Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages betreffend die Hotelliegenschaft stellten, anzunehmen. Es sei die Möglichkeit, ausschließlich ein Angebot zum Abschluss des Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages zu stellen, explizit eingeräumt. Allerdings nehme die Stadtgemeinde G aufgrund ihrer bisherigen praktischen Erfahrungen nicht an, dass es einen Bieter ausschließlich für die Hotelliegenschaft geben werde. Nach den Ausschreibungsbestimmungen erfolge unzweifelhaft eine getrennte Bewertung der Angebote für die Hotelliegenschaft einerseits und für die Wohnbauliegenschaft samt Tiefgarage andererseits. Es stimme daher nicht, dass mit dem Gegenstand der Konzession nicht zusammenhängende Kriterien, nämlich hier die Zuschlagskriterien für die Wohnbauliegenschaft, zur Bewertung des Zuschlags betreffend die Baukonzession für Hotel herangezogen werden. Die Möglichkeit, sozusagen zur Ergänzung dem bzw. einem anderen Bieter, der unter den Angeboten für die Wohnbauliegenschaft die höchste Punkteanzahl erreicht, nur für die Wohnbauliegenschaft den Zuschlag zu geben, obwohl dieser auch ein Angebot für die Hotelliegenschaft stellte, wurde ausdrücklich vorbehalten. Zum Zuschlagskriterium „Betriebskonzept für das Hotel und Betreiber“ werden in den Ausschreibungsbestimmungen 12 Subkriterien angeführt, um zu verdeutlichen, zu welchen Aspekten vom Bieter im Angebot Stellung zu beziehen sei, damit unter allen diesen Facetten dieses Kriterium beurteilt werden könne. Die Kritik, dass bei den meisten der Subkriterien nicht angegeben sei, was positiv bewertet werde, sei schon im Ansatz verfehlt. Die Subkriterien dienen letztlich dazu, das Betriebskonzept für das Hotel und Betreiber unter den verschiedensten Aspekten zu beschreiben und ziele darauf ab, eine völlig neue Konzeption für das Hotel am konkreten Standort nach Art eines Ideenwettbewerbs zu simulieren. Wenn die Stadtgemeinde G die „beste neue Idee“ schon hätte, die am höchsten bewertet werde, hätte die Stadtgemeinde G dieses konkret ausformulierte Hotelprojekt als Mindestanforderung vorgegeben und sich auf die Ausschreibung der reinen Bauleistung beschränken können. Dies war aber nie die Absicht der Stadtgemeinde G. Unter dem Zuschlagskriterium werde letztlich

unter Berücksichtigung der verschiedenen Subkriterien beurteilt, in welchem Ausmaß auf der Grundlage des vom Bieter gestellten Angebots angenommen werden könne, dass über die gesamte Dauer des Baurechts wirtschaftlich erfolgreich und von Touristen und Einheimischen gerne frequentiert ein Hotel betrieben werde. Ein derartiger Bewertungsvorgang sei qualitativ anders gelagert als die Feststellung eines besten Angebots nach dem Billigstbieterprinzip. Der Bemängelung der einzelnen Subkriterien durch die Antragstellerin wurden Argumente dahingehend entgegengehalten, dass eine Rekrutierung von Mitarbeitern aus der Region nicht gefordert oder durch positive Bewertung gefördert werde, ein Businessplan vorzulegen sei, ein Angebot eines Bieters, der noch nie ein Hotel errichtet habe, als ungeeignet ausgeschieden werden solle, und daher das Betriebskonzept für das Hotel und Betreiber durch ein entsprechendes Referenzprojekt zu unterlegen sei. Das Referenzprojekt betreffend den Betreiber sei daher essentiell um das vom Bieter vorgestellte Betriebskonzept für das Hotel in seiner Gesamtheit beurteilen zu können.
Zum Zuschlagskriterium „Einbindung des Betriebskonzepts in die Region“ wurde im Wesentlichen dargelegt, dass entsprechend den Subkriterien positiv bewertet werde, je mehr das Angebot des Bieters zu Zielsetzungen der Gesamtdestination G/Salzkammergut kompatibel sei, je mehr der Bieter bereit sei, mit dem Hotel eine Leitbetriebsfunktion zu übernehmen, je intensiver überregionale Vermarktungs-Synergien durch den Hotelbetrieb neu geschaffen werden und je höher die regionale Wertschätzung ist. Diese Bewertungsausrichtung sei für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter unzweifelhaft erkennbar. Schließlich seien die in den Ausschreibungsbestimmungen enthaltenen Zuschlagskriterien keinesfalls willkürlich zur Beurteilung eines Angebots auf Errichtung eines Hotels, weil mit den genannten Kriterien und Subkriterien alle relevanten Belange eines Hotelbetriebes abgedeckt werden und umgekehrt andere Kriterien zur Beurteilung eines Hotelangebots nicht ersichtlich sind. Es wurde der Rechtsschutz hinsichtlich vergaberechtliches Konzessionsverfahren bekräftigt und andererseits auf die getrennte Punktevergabe für die Angebote zum Abschluss des Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages einerseits und den Abschluss des Liegenschaftskaufvertrages betreffend die Wohnbauliegenschaft andererseits hingewiesen. Es erfolge aber durch die Verknüpfung von Konzessionsvergabe- und Bieterverfahren betreffend Hotel- und Wohnbauliegenschaft keine Beschränkung des Marktes für mögliche Käufer auf Hotelbetreiber. Tatsächlich hätten bereits im Vorfeld des gegenständlichen Verwertungsverfahrens und auch während dieses eine erhebliche Anzahl an Immobilienentwicklern (auch in Form von Arbeitsgemeinschaften) ihr Interesse am Gesamtprojekt S gezeigt, die also bereit seien, das Gesamtprojekt entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen umzusetzen, sodass zwischen diesen ein unbeschränkter Wettbewerb bestehe.

Hinsichtlich CPV-Code ergebe sich dieser aus dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand. Gegenstand des Konzessionsvergabeverfahrens sei die Erbringung von Bauarbeiten, nämlich die bauliche Errichtung des Hotels. Der hiefür

vorgegebene CPV-Code wurde bei der Verfahrensbekanntmachung (ausschließlich) verwendet. Dies sei zutreffend, weil der Betrieb des Hotels nicht Gegenstand des Konzessionsvergabeverfahrens sei. Der zukünftige Betrieb des Hotels erfolge durch den Bieter selbst oder durch einen ausschließlich vom Bieter/Erwerber des Baurechts zu bestimmenden Hotelbetreiber. Ein reiner Hotelbetreiber soll sich am gegenständlichen Konzessionsvergabeverfahren nicht beteiligen können bzw. in Verbindung mit einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft, die in der Lage sei, die angefragten Bauleistungen anzubieten. Gegenstand des Verfahrens sei die Baukonzession, die dadurch charakterisiert sei, dass dem Erbringer der Bauleistung, also dem Konzessionär, der Nutzen am Bauwerk also an dem von ihm errichteten Hotelgebäude für einen Hotelbetrieb zusteht.

Hinsichtlich Bewertungskommission wurde auf den Beschluss des Gemeinderates der Stadtgemeinde G vom 1.10.2020 hingewiesen, wonach die Kommissionsmitglieder aufgrund ihrer Fachgebiete prädestiniert seien. Auch werden der Kommission Sachverständige beigezogen. Auch zu den sonstigen bemängelten Ausscheidungsgründen und Vorbringen zu Alternativangeboten und den bekämpften Festlegungen wurden Entgegnungen ausgeführt.

Es wurde daher die Abweisung des Nachprüfungsantrages begehrt. Gleichzeitig wurden die Unterlagen, insbesondere Ausschreibungsbestimmungen, Bekanntmachung, Gutachten des Sachverständigen zum Auftragswert vorgelegt.

2.3. Mit Eingabe vom 4. Dezember 2020 hat die Auftraggeberin mitgeteilt, dass Berichtigungen der Ausschreibung vorgenommen worden seien. Es wurde eine neue Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vom 3.12.2020 und eine Neufassung der Ausschreibungsbestimmungen vom 3.12.2020 vorgelegt. Unter anderem wurden die Verlängerung der Angebotsfrist bis 8.1.2021, 17.00 Uhr, die Zuschlagsbestimmungen hinsichtlich Hotelliegenschaft, der Zeitplan, die Bestimmung hinsichtlich Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften, hinsichtlich Alternativangeboten, Abgabe der Angebote, Änderung und Ergänzung von Angeboten, Bewertungskommission, Punktevergabe zu Subkriterien, Ausscheidung von Angeboten, Bestimmungen hinsichtlich Vertragsabschluss, wörtliche Ausführung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien, geändert.

2.4. In einer schriftlichen Ergänzung vom 9. Dezember 2020 bekräftigte die Auftraggeberin ihre Argumentation hinsichtlich mangelnder Aktivlegitimation der Antragstellerin und argumentierte mit einer Bewerber/Bieterdownloadliste, die nach Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist per 16.11.2020 der Antragstellerin zur Verfügung gestellt worden sei, woraus zu entnehmen sei, dass die Antragstellerin auf der Veröffentlichungsplattform ANKÖ die Ausschreibungsbestimmungen samt Beilagen kein einziges Mal eingesehen habe. Für eine Einsicht in die Unterlagen selbst, insbesondere die Ausschreibungsbestimmungen, sei ein Download vorzunehmen gewesen, für den

sich ein Interessent zwingend registrieren habe müssen. Solches sei durch die Antragstellerin nicht erfolgt. Sie habe sich daher nicht inhaltlich mit dem Projekt beschäftigt und sei die Behauptung eines Interesses am Vertragsabschluss substanzlos. Auch verfüge die Antragstellerin über keine Gewerbeberechtigung für Baumeisterarbeiten. Auch habe sie keine Arbeits- oder Bietergemeinschaft dargelegt und sei von einer solchen kein Antrag auf Nichtigerklärung eingebracht worden. Zur Baukonzession und CPV-Code bekräftigte die Auftraggeberin die Beschaffung von Baumeisterarbeiten zur Errichtung eines Hotels. Insofern neben der Errichtung auch immer der Betrieb des Hotels angesprochen werde, sei damit auf die Besonderheit Bezug genommen, dass dem Konzessionär „nicht nur das Recht zur Nutzung zusteht, sondern nach den Vorgaben der Stadtgemeinde G ihm diese Nutzung auch als Verpflichtung auferlegt wird“. Die Stadtgemeinde G überlässt dem Baukonzessionär das Recht zum Hotelbetrieb („Nutzen“) nicht nur als Gegenleistung, sondern ist dieser zum Hotelbetrieb auch verpflichtet. Es ist der Kern des gesamten Projekts „S“, dass ein Hotel nicht nur errichtet, sondern nachhaltig betrieben werden soll. Die Verpflichtung zum Hotelbetrieb sei lediglich eine Auflage für die Baukonzession bzw. eine für die Stadtgemeinde G allerdings wesentliche Nebenverpflichtung des Baukonzessionsvertrags.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat mit Erkenntnis vom 12. November 2020, LVwG-840213/6/Kl/Rd, dem Antrag der R GmbH auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahingehend stattgegeben, dass bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 6. Jänner 2021, der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und der Auftraggeberin die Angebotsöffnung untersagt wird.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme und Heranziehung der vorgelegten Unterlagen sowie Stellungnahmen der Antragstellerin und Auftraggeberin.

Gemäß § 19 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006), LGBl. Nr. 130/2006 idF. LGBl. Nr. 77/2018, hat das Landesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen durchzuführen.

Soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn
1) der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, oder
2) das Landesverwaltungsgericht einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu fassen hat oder

3) bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben, oder dass er abzuweisen ist.

Aufgrund der vorliegenden und öffentlich bekanntgemachten Unterlagen (Bekanntmachung und Ausschreibungsbestimmungen), über welche zu entscheiden war, konnte daher schon aufgrund der Aktenlage entschieden werden und war daher eine öffentliche mündliche Verhandlung nicht mehr erforderlich.

5. Folgender wesentlicher Sachverhalt steht fest und wird zu Grunde gelegt:

Mit Veröffentlichung vom 5. August 2020 wurde das Vorhaben S als Bauauftrag – Konzession zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels aufgrund eines Baurechts auf der Stammliegenschaft EZ x, KG x T, unter dem CPV-Code Hauptteil: 45000000 mit einem geschätzten Gesamtwert ohne Mehrwertsteuer von 240 Mio. Euro im Amtsblatt der EU bekanntgemacht. Zur Beschreibung der Beschaffung wurde angeführt: „Baumeisterarbeiten zur Errichtung eines Hotels, sowie Verwaltung und wirtschaftliche Nutzung dieses Vorhabens lt. Auftragsunterlagen“ und wurde die Laufzeit der Konzession mit 960 Monaten angegeben.
In der weiteren Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vom 3.12.2020 wurde die Beschreibung mit dem Ausdruck „und Nutzung des Hotels als Gegenleistung“ ergänzt und als weiterer CPV-Code 55000000 angeführt. Die Beschreibung der Beschaffung wurde von ursprünglich „Baumeisterarbeiten zur Errichtung eines Hotels, sowie Verwaltung und wirtschaftliche Nutzung dieses Vorhabens lt. Auftragsunterlagen“ auf „Bau- und Baunebengewerbe zur Errichtung eines Hotels, und Nutzung des Hotels als Gegenleistung, wobei die Nutzung als Bedingung der Konzessionserteilung verpflichtend ist“ geändert. Der Schlusstermin für die Einreichung der Angebote wurde von 16.11.2020 auf 8.1.2021 geändert.

Durch die Stadtgemeinde G wurde ein Gutachten zur Ermittlung einer ökonomisch erforderlichen Maximal-Laufzeit einer zu erteilenden Baukonzession gemäß den Bestimmungen des § 1 Abs. 2 Bundesvergabegesetz auf Basis eines beabsichtigten Baurechtszinses von 50.000 Euro eingeholt. Als Ausgangslage wird „die Entwicklung eines integrierten Immobilienprojekts mit (Eigentums-)Wohnungen, Büro- und Geschäftsflächen, sowie – als Kernbestandteil – einem Hotel (4-Sternkategorie, 100 Zimmer) mit angeschlossener (teils öffentlicher, teils privater) Marina ……. im Rahmen einer öffentlichen Investoren- und Betreiberausschreibung (für das Hotel)“ angeführt. Das Gutachten legt plausible Errichtungskosten von gesamt rd. 22 Mio. Euro und einen Baurechtszinssatz von 50.000 Euro pro Jahr zu Grunde. Daraus ergibt sich eine Kompensation der Anfangs-Verluste auf Ebene des Ergebnisses nach Eigenkapital-Verzinsung mit dem 80. Planjahr und somit eine Laufzeit der Baukonzession von zumindest 80 Jahren. In einer Erlös- und Aufwandsbetrachtung bei einer Laufzeit von 80 Jahren errechnet sich daraus ein geschätzter Auftragswert von 240 Mio. Euro.

In der als Auftragsunterlage bezeichneten Ausschreibungsunterlage (im Folgenden kurz: AU) wird das Projekt umschrieben als „Verwertung eines unbebauten Areals von 21.304 m² durch die Stadtgemeinde G direkt am Traunsee für ein neues S“. Das Gesamtareal mit Größe von 21.304 m² gliedert sich in 3 Bereiche:
Liegenschaft A: Hotelliegenschaft, an der ein Baurecht im Sinn des BauRG zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels samt Außenanlagen zu erwerben ist. Sonderwidmung Tourismus. Es wird eine rechtliche Verpflichtung zur Errichtung und zum Betrieb des Hotels begründet.
Liegenschaft B: Wohnbauliegenschaft, an der Eigentum zur Errichtung von Wohnungen und Dienstleistungseinheiten zum Zweck der Verwertung durch Verkauf/Vermietung zu erwerben ist.
Liegenschaft C: Liegenschaft Tiefgarage, an der eine Dienstbarkeit zur Errichtung einer Tiefgarage eingeräumt wird, insbesondere zur Ergänzung der notwendigen Parkplätze für die Dienstleistungseinheiten auf der Wohnbauliegenschaft.
Es wurde ein noch nicht rechtswirksamer Bebauungsplan/Flächenwidmungsplan angeschlossen: BBPL 02-4 „S S“ und FW 4.31 „S/K“. Als Mindestanforderungen für die Hotelliegenschaft wurde als Bauleistung keine bestimmte Mindestgröße des Hotels, aber als qualitative Mindestvorgabe „Vollhotel“, sohin mindestens 80 Zimmer und volle gastronomische Versorgung, Errichtung sämtlicher Ver- und Entsorgungsleitungen, Oberflächengestaltung, eine bestimmte Oberflächengestaltung der Fassade, als Dach ein begrüntes Flachdach, alternativ Photovoltaikanlagen auf dem Dach, Errichtung der Marina lt. Detailplan, Parkanlage oberhalb der Tiefgarage bestimmt. Als Hotelkonzept wird ein gewerbliches Vollhotel in exklusiver touristischer Nutzung (keine Ferienwohnsitze) mit einer Kapazität von zumindest 80 Zimmern und voller gastronomischer Versorgung der Hotelgäste in einem Standard entsprechend der Kategorie 4-Sterne oder höher, jedoch ohne Verpflichtung zur Kategorisierung gemäß den Bestimmungen der WKÖ festgelegt (Seite 8f der AU; vgl. auch Punkt 2. a) der Beilage /.B, Seite 77 der AU). Zum Bieterverfahren (Seite 11f der AU) wurde die Teilnahme von Bietern am Verfahren durch Abgabe von Angeboten zum Abschluss ausformulierter Verträge, die den Ausschreibungsunterlagen angeschlossen sind, nämlich eines Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrag betreffend die Hotelliegenschaft und eines Kauf- und Dienstbarkeitsvertrages betreffend die Wohnbauliegenschaft sowie die Liegenschaft Tiefgarage bestimmt. Festgelegt wurde, dass ein Bieter ein Angebot ausschließlich betreffend die Hotelliegenschaft oder Angebote betreffend die Hotelliegenschaft und die Wohnbauliegenschaft samt Liegenschaft Tiefgarage stellen kann. Hingegen ist ein Angebot ausschließlich betreffend die Wohnbauliegenschaft samt Liegenschaft Tiefgarage unzulässig. Die Angebote werden nach festgelegten Zuschlagskriterien bewertet. Bestbieter ist, wer in Summe für seine Angebote für die Hotelliegenschaft und die Wohnbauliegenschaft samt Liegenschaft Tiefgarage die meisten Punkte erhält. Wenn ein Angebot ausschließlich betreffend die Hotelliegenschaft gestellt wird, erhält dieses den Zuschlag, wenn es unter allen Angeboten betreffend die

Hotelliegenschaft die meisten Punkte erhält. Die Annahme ausschließlich des Angebots betreffend die Hotelliegenschaft eines Bieters, der Angebote sowohl betreffend die Hotelliegenschaft als auch die Wohnbauliegenschaft stellte, wird in dessen Interesse ausdrücklich ausgeschlossen. Die Bewertung der Angebote erfolgt durch Vergabe von Punkten getrennt für die Angebote zum Abschluss des Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages betreffend die Hotelliegenschaft (60 Punkte) einerseits und zum Abschluss des Kauf- und Dienstbarkeitsvertrages betreffend die Wohnbauliegenschaft sowie die Liegenschaft Tiefgarage (100 Punkte) andererseits. Die Punkte für die einzelnen Kriterien werden ohne Kenntnis der von den Bietern für die Wohnbauliegenschaft angebotenen Kaufpreise vergeben. Die Vergabe der Punkte für den Kaufpreis erfolgt als letzter Bewertungsvorgang.
Die Zuschlagskriterien für die Angebote betreffend den Baurechtsvertrag gleichzeitig Baukonzessionsvertrag für die Hotelliegenschaft (Punkt II.2., Seite 12 und 13 der AU) sind 33 Punkte für Betriebskonzept für das Hotel und den Betreiber (Bewertung von Marktpositionierung, Kategorisierung lt. Kriterien der WKO, Marketing und Vertriebskonzept, Raumfunktionsplan, Personalstellenplan und HR-Strategie, Nutzungsmöglichkeiten bestimmter Bereiche für Nicht-Hotelgäste, betriebswirtschaftliche Nachhaltigkeit, Referenzprojekten des Bieters betreffend des Hotels, Referenzprojekten des Betreibers, Ausmaß der Risikobeteiligung des Betreibers am Investment des Bieters, Stärke der Marke des Betreibers, Qualität der rechtlichen Verpflichtung des Betreibers gegenüber dem Bieter), 9 Punkte für Einbindung des Betriebskonzeptes in die Region (Kompatibilität zu Zielsetzungen der Gesamtdestination G/Salzkammergut, Leitbetriebsfunktion, (über-)regionale Vermarktungs-Synergien, regionale Wertschöpfung), 15 Punkte für Höhe des Bauzinses (mindestens 50.000 Euro pro Jahr), und 3 Punkte für Ökologie (ökologisches Konzept, Referenzen des Bieters für ökologisches Bauen).

Die wesentlichen Bestimmungen des Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages für Liegenschaft A (Punkt III., Seite 13f der AU) enthalten:
„Es besteht nicht nur ein Recht, sondern auch eine Verpflichtung zur Errichtung und zum Betrieb des Hotels“, alle erforderlichen behördlichen Bewilligungen für die Errichtung des Hotels obliegen dem Investor, keine Gewährleistung für bestimmte Benützbarkeit oder Bebaubarkeit der Liegenschaft, Planung und Errichtung des Hotels bis längstens 31.12.2023, somit Hotelbetrieb jedenfalls ab 1.1.2024, Fertigstellungsgarantie abgesichert mit Bankgarantie über 2 Mio. Euro mit Laufzeit bis 31.12.2025, jede auch nur teilweise Nutzung nicht als Hotel als wichtiger Grund für die Auflösung des Baurechtsvertrages, insbesondere auch die Nichtaufnahme des Betriebs ab 1.1.2025, Vertragsstrafe von 50.000 Euro für jedes angefangene Monat, in dem die Verpflichtung zum Betrieb des Hotels verletzt wird sowie Dauer des Baurechts von 80 Jahren. Der Bauzins ist vom Investor anzubieten, mindestens jedoch mit 50.000 Euro exkl. Umsatzsteuer pro Jahr, wobei die Zeit der Planung und Errichtung des Hotels, jedoch bis max. 31.12.2023, bauzinsfrei

ist. Die Kosten der Baureifemachung von ca. 90.000 Euro zuzüglich Umsatzsteuer für die Aufschüttung auf Teilen der Baurechtsliegenschaft sowie ca. 250.000 Euro zuzüglich USt für Ausgleichs-Flachwasserzone sind vom Investor zu erstatten. Bei Identität von Wohnbau- und Hotelinvestor dürfen auf der Wohnbauliegenschaft max. die Baukörper Bauteile A1, D und E als Rohbau einschl. Dach fertiggestellt werden, mit den übrigen Bauwerken auf der Wohnbauliegenschaft jedoch erst nach Baufertigstellungsmeldung betreffend Hotel begonnen werden. Es fällt keine Entschädigung für das Bauwerk bei Beendigung des Baurechtsvertrages aufgrund Zeitablaufs und aufgrund vorzeitiger Auflösung des Baurechtsvertrages an. Als Zeitplan wurden ein Baubeginn mit 01/2022 und eine verbindliche Fertigstellung mit 12/2023 vorgegeben (Seite 28 der AU).
In den allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bieterverfahren sowie Grundsätze und Ablaufkonzessionsvergabeverfahren (Seite 29 ff. der AU) ist ein einstufiges Verfahren aufgrund der von den Bietern gestellten Erstangebote ohne weitere Verhandlungen vorgesehen. Teilnahmeberechtigt ist jede natürliche und juristische Person, wobei zur Abgabe eines Angebotes betreffend die Wohnbauliegenschaft und die Liegenschaft Tiefgarage jedoch nur berechtigt ist, wer auch ein Angebot zum Abschluss eines Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages betreffend die Hotelliegenschaft stellt. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind betreffend den Abschluss des Baurechtsvertrages hinsichtlich der Hotelliegenschaft ausgeschlossen (Punkt I.1. a), Seite 30 der AU).

In Punk II.2. a) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Seite 35 der AU) wird eine Änderung des nicht rechtswirksamen Bebauungsplans für den Bereich der Hotelliegenschaft, nämlich sowohl für das eigentliche Hotel als auch die Marina mit dem anschließenden Platz, aufgrund von Initiativen einzelner Bietinteressenten absolut ausgeschlossen.

Punkt III. Z.5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält eine Auflistung von Kriterien mit Subkriterien und Bewertungspunkten und verweist hinsichtlich der detaillierten Beschreibung der Zuschlagskriterien auf das „Verzeichnis Angebotspositionen Hotelliegenschaft“, Beilage ./B.

Gemäß Punkt III. Z. 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Seite 40 der AU) erhält der Bieter 15 Punkte für das Zuschlagskriterium „Höhe des Bauzinses“, der betreffend den Bauzins das höchste Angebot stellt. Die anderen Bieter erhalten einen verhältnismäßigen Anteil der maximal zu vergebenden 15 Punkte.

Der Baurechtsvertrag gleichzeitig Baukonzessionsvertrag (Beilage ./A, Seite 45 ff. der AU) sieht eine Dauer des Baurechts für einen Zeitraum von 80 Jahren, nämlich von 1.1.2021 bis 31.12.2101 vor.

Gemäß Punkt VIII. des Baurechtsvertrages (Seite 49 der AU) ist der Bauberechtigte zur Einholung aller erforderlichen behördlichen Bewilligungen für die Errichtung des Hotels entsprechend dem von der Bauberechtigten im Bieterverfahren vorgelegten „Verzeichnis Angebotspositionen Hotelgrundstücke“ verpflichtet. Auch ist die Bauberechtigte verpflichtet, die Marina mit Stiege entsprechend dem Detailplan und den anschließenden Platz, soweit dieser auf der Baurechtsliegenschaft liegt, entsprechend dem Bebauungsplan und den bautechnischen Vorgaben zu errichten.

Gemäß Punkt XIII. des Baurechtsvertrages (Seite 56 der AU) erlischt das Baurecht, wenn die Bauberechtigte mit der Zahlung der monatlichen Bauzinsraten für 2 aufeinanderfolgende Jahre in Verzug ist.

Gemäß Punkt XIV. des Baurechtsvertrages (Seite 56 der AU) kann der Baurechtsvertrag wie jedes Dauerschuldverhältnis vorzeitig aus wichtigem Grund aufgelöst werden. Die Baurechtsbestellerin erklärt als solchen wichtigen Grund zur vorzeitigen Auflösung des Baurechtsvertrages, wenn die Baurechtsliegenschaft von der Bauberechtigten oder von Dritten, dem diese sie zur Nutzung überlassen hat, auch nur hinsichtlich von Teilflächen nicht oder nicht mehr als Hotel verwendet wird. „Die Zeit der Planung und Errichtung des Hotels, jedoch längstens bis 31.12.2024, wird von der Baurechtsbestellerin nicht als solche Nicht-Nutzung als Hotel angesehen. Wenn jedoch ab dem 1.1.2025, insbesondere aufgrund von Verzögerungen bei der Errichtung des Gebäudes, jedoch aus welchen Gründen auch immer, der Hotelbetrieb nicht aufgenommen wurde, liegt nach Ansicht der Baurechtsbestellerin eine Nicht-Nutzung als Hotel vor, die sie zur vorzeitigen Auflösung des Baurechtsvertrages aus wichtigem Grund berechtigt. Als Begründung für diese Rechtsansicht führt die Baurechtsbestellerin an, dass jede auch nur teilweise Nutzung der Baurechtsliegenschaft nicht als Hotel einen klaren Verstoß gegen den Flächenwidmungsplan (§ 16 Oö. ROG) bildet, die Bauberechtigte mit diesem Vertrag nicht nur ein Baurecht eingeräumt erhält, sondern sich diese gleichzeitig als Konzessionärin zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels verpflichtete, und letztlich der Betrieb eines Hotels der Zweck des Gesamtprojektes ‚S‘ ist. Eine Nicht-Nutzung als Hotel, die zur Auflösung des Baurechtsvertrages aus wichtigem Grund berechtigt, liegt nach Ansicht der Baurechtsbestellerin auch vor, wenn ein Hotelbetrieb nur zum Schein geführt wird, welchen Missbrauch die Baurechtsbestellerin jedenfalls als gegeben annimmt, wenn nach Ablauf von drei Jahren ab Inbetriebnahme des Hotels in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die Betriebsauslastung im Durchschnitt unter 25 % liegt.“

Gemäß Punkt XV. des Baurechtsvertrages (Seite 58 der AU) kann die Baurechtsbestellerin nach ihrer Wahl bei Erlöschen des Baurechts, aus welchem Grund auch immer, die Rückgabe der vom Bauwerk geräumten Baurechtsliegenschaft oder die Übernahme des Bauwerks in ihr Eigentum

verlangen, wobei bei Beendigung des Baurechtsvertrages aufgrund Zeitablaufs keine Entschädigung für das Bauwerk zu bezahlen ist. Allerdings ist ein Ersatz für in den letzten 20 Jahren vor Beendigung des Baurechtsvertrages mit ausdrücklichem schriftlichen Einverständnis der Baurechtsbestellerin getätigte Aufwendungen zur wesentlichen Verbesserung des Bauwerks und der Betriebs- und Geschäftsausstattung des Hotels, wenn diese über die Beendigung des Baurechtsvertrages durch Zeitablauf hinaus wirksam und von Nutzen sind, unter Berücksichtigung einer jährlichen Abschreibung für jedes vollendete Jahr von einem 20igstel, vereinbart. Hingegen ist bei vorzeitiger Auflösung des Baurechtsvertrages keine Entschädigung zu bezahlen.

Im Baukonzessionsvertrag (Seite 66 ff. der AU) verpflichtet sich die Konzessionärin, selbst oder ausschließlich durch von ihr bereits im Bieterverfahren namhaft gemacht Dritte ein Hotel, die Marina und den Platz im Nordwesten des Hotels zu errichten und das Hotel in der Form zu betreiben, wie dieses in dem von ihr im Zuge des vorangegangenen Bieter- und Konzessionsvergabeverfahrens ausgehend vom „Verzeichnis Angebotspositionen Hotelliegenschaft“ angeboten wurde. Als Gegenleistung für die Erbringung der Bauleistungen erhält die Konzessionärin allein das Recht zur Nutzung des von ihr errichteten Bauwerks, also des Hotels mit den Außenanlagen, jedoch mit den Beschränkungen aufgrund der von ihr eingeräumten und aufgrund von Vorverträgen noch einzuräumenden Dienstbarkeiten. Für die Erbringung der Bauleistungen erhält die Konzessionärin seitens der Auftraggeberin hingegen kein Entgelt. Sämtliche Entgelte für die Nutzung der Baurechtsliegenschaft und der darauf errichteten Bauwerke und Außenanlagen stehen der Konzessionärin zu. Die Konzessionärin verpflichtet sich, die Bauleistungen bis Dezember 2023 vollständig zu erbringen. Sie hat binnen einem Monat ab Zustandekommen dieses Vertrages der Auftraggeberin eine Bankgarantie einer österreichischen Bank über 2 Mio. Euro mit einer Laufzeit bis 31.12.2025 zu übergeben. Die Auftraggeberin ist berechtigt, im Wege der Ersatzvornahme die von der Konzessionärin zu erbringenden Bauleistungen bei einem Dritten zu beauftragen und die ihr für eine solche Ersatzvornahme erwachsenden Kosten durch Geltendmachung der Bankgarantie abzudecken, wenn die von der Konzessionärin zu erbringenden Bauleistungen nicht bis 31.12.2023 abgeschlossen sind. (Punkt IV, Seite 67 der AU).

Punkt V. des Konzessionsvertrages regelt Nutzungsdauer, Betriebspflicht und Vertragsstrafe (Seite 68 der AU). Es wird die Laufzeit der Baukonzession für 80 Jahre, für die Zeit 1.1.2021 bis 31.12.2101, vereinbart. „Die Konzessionärin verpflichtet sich, das Hotel in der Zeit ab 1.1.2024 bis 31.12.2101 in der Form zu betreiben, wie dieses von ihr in dem im vorausgegangenen Bieter- und Konzessionsvergabeverfahren ausgehend vom ‚Verzeichnis Angebotspositionen Hotelliegenschaft‘ gestellten Angebot beschrieben wurde. Wesentliche Änderungen des von der Konzessionärin in ihrem Angebot definierten Hotelbetriebs bedürfen der Zustimmung der Auftraggeberin. Die Konzessionärin verpflichtet sich, an die

Auftraggeberin für jeden angefangenen Monat, in dem die vorstehend vereinbarte Betriebspflicht verletzt wird, eine Vertragsstrafe von 50.000 Euro zu bezahlen. Diese Vertragsstrafe wird wertgesichert. Anstelle des Betrags von 50.000 Euro ist im Fall einer Währungsänderung oder einer Änderung des Geldwertes jener im selben Verhältnis erhöhte oder verminderte Betrag zu bezahlen…..“

Das Verzeichnis Angebotspositionen Hotelliegenschaft (Beilage ./B, Seite 71 ff. der AU) enthält nähere Ausführungen zu den Zuschlagskriterien. In der Fassung der geänderten Bekanntmachung wurde hinsichtlich Betriebskonzept für das Hotel und Betreiber die betriebswirtschaftliche Nachhaltigkeit näher konkretisiert, wobei insbesondere als positiv bewertet hervorgehoben wird, wenn nach dem vorgestellten Betriebskonzept anzunehmen ist, dass das Hotel über die gesamte Dauer des Baurechts betriebswirtschaftlich erfolgreich geführt wird. Es werden daher auch die Festlegungen des Bieters zu den nachstehenden Subkriterien danach positiv beurteilt, je mehr diese im Rahmen des vom Bieter vorgestellten gesamten „Betriebskonzepts“ geeignet sind, das Ziel des langfristigen wirtschaftlichen Erfolgs zu erreichen. Es ist daher eine Planungsrechnung mit Erläuterungen betreffend Auslastung, Frequenzen, Preisdurchsetzung, Erlösprognosen, Aufwandsprognosen, Ertragsprognosen vorzulegen.
Es wird auch die Qualität der rechtlichen Verpflichtung des Betreibers gegenüber dem Bieter bewertet und der Umstand, dass der Bieter selbst Betreiber des Hotels ist, als maximale rechtliche Verpflichtung des Betreibers gegenüber dem Bieter gewertet wird.
Weiters ist auch die Nutzungsmöglichkeit bestimmter Bereiche für Nicht-Hotelgäste bei den Zuschlagskriterien berücksichtigt, so insbesondere bei Gastronomie, Therapie, Fitness, Spa, Sauna odgl., wenn diese für Nicht-Hotelgäste zur entgeltlichen Nutzung geöffnet werden. Die Zugangsmöglichkeit für Nicht-Hotelgäste insbesondere betreffend Gastronomie, Bankett- und Wellnessbereiche wird im Verfahren positiv bewertet.
Auch unter dem Gesichtspunkt der Einbindung des Betriebskonzeptes in die Region wird insbesondere positiv bewertet, je mehr nach dem Betriebskonzept des Hotels des Bieters erwartet werden kann, dass kein ruinöser Wettbewerb zum „Beherbergungsprojekt T-H“ entsteht. Beim Zuschlagskriterium Leitbetriebsfunktion soll auch dargestellt werden, ob Impulse zur Stärkung der Tourismusdestination G/Salzkammergut zu erwarten sind, sodass eine Leitbetriebsfunktion erwartet werden kann. Auch eine durch das Angebot des Bieters zu erwartende Stärkung der regionalen Wirtschaft wird im Zuschlagskriterium Regionale Wertschöpfung bewertet.

6. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

6.1. Gemäß § 1 Abs. 1 des Oö. Vergaberechtsschutzgesetzes 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen

Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z. 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z. 2 lit. a B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinden. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 leg.cit.

Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens 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. 11 lit. a Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 - BVergGKonz 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 2 Z. 11 BVergGKonz 2018 ist Entscheidung jede Festlegung eines Auftraggebers im Konzessionsvergabeverfahrens, wobei gesondert anfechtbar nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen gemäß lit. a sub.lit. bb die Ausschreibung ist.

Gemäß § 2 Z. 4 BVergGKonz 2018 ist Ausschreibung die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung zu welchen Bedingungen erbracht werden soll (Bekanntmachung sowie Konzessionsunterlagen).

Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die Ausschreibung und sohin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Gemäß § 3 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin 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.

Gemäß § 4 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

Gemäß § 4 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung - mit Ausnahme der Bekanntmachung bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung - über den im Abs. 1 genannten Zeitraum hinaus bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmeantragsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt.

Der gegenständliche Antrag richtet sich gegen die Ausschreibung und ist rechtzeitig. Der Antrag ist auch zulässig.

Die Antragstellerin macht Angaben zum Interesse am Vertragsabschluss dahingehend, dass sie eine österreichische Gesellschaft mit Schwerpunkt auf Immobilienentwicklungsprojekten und eine integrative Dienstleisterin, die gemeinsam mit ihren jeweiligen Partnern regelmäßig Bauprojekte aller Art kooperativ umsetzt, sei. Dies umfasse insbesondere auch die gemeinsame Realisierung von Hotelprojekten, wie dies gegenständlich der Fall sei. Würde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung nicht stattgegeben werden, so entginge der Antragstellerin insbesondere die Möglichkeit, in einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten. Neben dem Verlust der entrichteten Pauschalgebühren drohe der Antragstellerin der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Die Antragstellerin legte dem Nachprüfungsantrag eine Abschrift der Veröffentlichung der Konzessionsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union sowie der schriftlichen Ausführungen der Ausschreibung bei. Im Nachprüfungsantrag selbst nimmt die Antragstellerin auf detailliert dargelegte konkrete Ausschreibungsbestimmungen Bezug.
Wenn daher die Auftraggeberin mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin behauptet und dies damit begründet, dass die Antragstellerin auf der Veröffentlichungsplattform ANKÖ die Ausschreibungsbestimmungen samt Beilagen kein einziges Mal eingesehen habe und nicht in der Bewerber/Bieterdownloadliste aufscheine, so ist diesem Argument entgegen zu halten, dass die Antragstellerin nicht nur eine Übersicht dem Antrag beigelegt hat, sondern die gesamte Ausschreibung. Es ist daher von einer Kenntnisnahme der Antragstellerin auszugehen, ungeachtet des Umstandes, auf welche Weise die Antragstellerin sich Kenntnis der entsprechenden Unterlagen verschafft hat.
Hinsichtlich des Hinweises auf die Eintragung der Antragstellerin im Firmenbuch als Ein-Mann GmbH mit einer Gewerbeberechtigung für Unternehmensberatung

einschl. der Unternehmensorganisation und Baugewerbetreibender, eingeschränkt auf Projektmanagement, Projektentwicklung, -leitung und –steuerung, verweist die Antragstellerin zu Recht auf die Ausschreibung, welche hinsichtlich der Baukonzession keine gesonderten Eignungsvoraussetzungen enthält, sowie auch auf die potentielle Möglichkeit der Heranziehung eines Subunternehmers bzw. des Eingehens einer Arbeitsgemeinschaft oder Bietergemeinschaft. Diesbezüglich ist auch auf die Änderung in der weiteren Bekanntmachung bzw. Ausschreibung hinzuweisen, welche dann ausdrücklich auch einen die Eignung ersetzenden Subunternehmer und auch die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften zulässt.
Im Übrigen ist auf die richtungsweisende Judikatur des Europäischen Gerichtshofes in den Rechtssachen Hackermüller vom 19.6.2003, C-249/01, und Grossmann Air Service vom 12.2.2004, C-230/02, sowie die Rechtssache Amt u.a. vom 28.11.2018, C-328/17, betreffend Antragslegitimation zum Nachprüfungsverfahren hinzuweisen, wonach die Anforderung des Interesses am Vertragsabschluss bzw. des drohenden Schadens für einen Wirtschaftsteilnehmer, der kein Angebot abgegeben hat, dann erfüllt ist, wenn die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Spezifikationen seiner Ansicht nach bereits die Abgabe eines Angebots unmöglich machen. „Falls ein Unternehmen jedoch deshalb kein Angebot gelegt hat, weil es sich durch angeblich diskriminierende Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenheft gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gesamtleistung zu erbringen, kann von ihm als Voraussetzung dafür, mit dem in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Nachprüfungsverfahren gegen solche Spezifikationen vorzugehen, nicht verlangt werden, im Rahmen des betreffenden Vergabeverfahrens ein Angebot zu legen, obwohl es aufgrund der genannten Spezifikationen keine Aussicht auf Erteilung des Zuschlags hat“. Letzteres würde auf die Antragstellerin betreffend der von der Auftraggeberin bemängelten Eignung zutreffen. Die Ausschreibungsbestimmungen in der ursprünglichen Fassung der Bekanntmachung lassen für die Eignung notwendige Subunternehmer bzw. Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft nicht zu. Gerade diese Bestimmungen werden aber angefochten und wurde durch deren Änderung im laufenden Nachprüfungsverfahren die Antragstellerin klaglos gestellt.
Im Hinblick auf die angefochtenen Bestimmungen der Ausschreibung war daher ein mangelndes Interesse am Vertragsabschluss bzw. ein Mangel des drohenden Schadens nicht von vornherein zu erkennen. Es war daher der gegenständliche Nachprüfungsantrag auch zulässig.

6.2. Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht 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

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

Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht (Abs. 2).

Die Auftraggeberin hat lt. Konzessionsbekanntmachung vom 5.8.2020 im Amtsblatt der EU einen Bauauftrag „S“, „Konzession zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels aufgrund eines Baurechts auf der Stammliegenschaft….“ mit dem CPV-Code 45000000 Bauarbeiten ausgeschrieben und die Beschaffung beschrieben mit „Baumeisterarbeiten zur Errichtung eines Hotels, sowie Verwaltung und wirtschaftliche Nutzung dieses Vorhabens lt. Auftragsunterlagen“. In der geänderten Bekanntmachung vom 3. Dezember 2020 wird der Bauauftrag umschrieben mit „Konzession zur Errichtung eines Hotels aufgrund ….. und Nutzung des Hotels als Gegenleistung“ und die Beschaffung beschrieben mit „Bau- und Baunebengewerbe zur Errichtung eines Hotels, und Nutzung des Hotels als Gegenleistung, wobei die Nutzung als Bedingung der Konzessionserteilung verpflichtend ist“. Als weiterer CPV-Code wird „55000000“ angeführt.

6.3. Gemäß § 1 Z. 1 BVergGKonz 2018 regelt dieses Bundesgesetz insbesondere die Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) durch Auftraggeber (Konzessionsvergabe-verfahren).

Gemäß § 2 Z. 20 BVergGKonz 2018 beschreiben technische und funktionelle Anforderungen die für die Leistung geforderten Merkmale. Diese Merkmale können sich auch auf die spezifischen Prozesse zur Erzeugung oder zur Erbringung der Bau- oder Dienstleistung beziehen, sofern diese mit dem Gegenstand der Konzession in Verbindung stehen und zu diesem verhältnismäßig sind. Technische und funktionelle Anforderungen können beispielsweise sein
a) bei Baukonzessionen die Gesamtheit der insbesondere in der Ausschreibung enthaltenen technischen Beschreibungen, in denen die erforderlichen Eigenschaften eines Werkstoffes, eines Produktes oder einer Lieferung definiert sind, damit diese den vom Auftraggeber vorgesehenen Zweck erfüllen. Dazu gehören Umwelt- und Klimaleistungsstufen, die Konzeption für alle Anforderungen (einschließlich der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderung) sowie Konformitätsbewertung, Performance, Sicherheit oder Abmessungen, einschließlich Qualitätssicherungsverfahren, Terminologie, Symbole, Versuchs- und Prüfmethoden, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, Gebrauchsanleitungen sowie Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Bauleistungen. Außerdem gehören dazu auch die

Vorschriften für die Planung und Kostenrechnung, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von Bauwerken, die Konstruktionsmethoden oder -verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der Auftraggeber für fertige Bauwerke oder der dazu notwendigen Materialien oder Teile durch allgemeine oder spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist;
b) bei Dienstleistungskonzessionen die Spezifikationen, die in einem Schriftstück enthalten sind, das die erforderlichen Merkmale für ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie Qualitätsstufen, Umwelt- und Klimaleistungsstufen, die Konzeption für alle Anforderungen (einschließlich der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderung) sowie Konformitätsbewertung, Performance, Vorgaben für die Verwendungsmöglichkeiten, Sicherheit oder Abmessungen des Produktes, einschließlich der Vorschriften über Verkaufsbezeichnung, Terminologie, Symbole, Prüfungen und Prüfverfahren, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung, Gebrauchsanleitungen, Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Dienstleistung sowie über Konformitätsbewertungsverfahren.

Gemäß § 5 BVergGKonz 2018 sind Baukonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.
Bauleistungen sind
1) die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang III genannten Tätigkeiten oder
2) die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt, sofern der Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.
Mit der Vergabe einer Baukonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerkes übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des vertragsgegenständlichen Bauwerkes wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.

Gemäß § 6 BVergGKonz 2018 sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die

keine Bauleistungen gemäß § 5 sind, betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.
Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.

Gemäß § 7 BVergGKonz 2018 sind Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen umfassen, nach den Regelungen jener Leistungsart zu vergeben, die den Hauptgegenstand des Konzessionsvertrages bildet.
Konzessionen, die sowohl Dienstleistungen gemäß Anhang IV als auch andere Dienstleistungen umfassen, sind nur dann nach den Regelungen für die Vergabe von besonderen Dienstleistungskonzessionen zu vergeben, wenn der geschätzte Wert der Dienstleistungen gemäß Anhang IV höher ist als derjenige der anderen Dienstleistungen.

Die Erläuterungen, RV 69 BlgNR 26. GP, führen zu § 1 aus:
„Der Begriff des Konzessionsvergabeverfahrens ist insoweit funktional und im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen, als er - falls der Vorgang aus mehreren Schritten bestehen sollte - in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung seiner Ziele zu prüfen ist (vgl. Rs C-29/04, Kommission gegen Österreich, Rs C-51/15, Remondis); dient er dem Erwerb einer Bau- oder Dienstleistung und besteht die Gegenleistung entweder in einem Nutzungsrecht am Bauwerk oder in einem Verwertungsrecht der Dienstleistung (oder in einem derartigen Recht kombiniert mit einer Zahlung), so handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang, der der Richtlinie 2014/23/EU und dem BVergGKonz unterliegt. Der Begriff des ‚Erwerbes' soll, analog zum BVergG 2018, in einem weiten Sinn verstanden werden. Der Begriff ‚Konzessionsvergabeverfahren' stellt einen Überbegriff für Bau- und Dienstleistungskonzessionen dar und wird in weiterer Folge im Gesetz auch mit dieser Bedeutung verwendet.
In Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 5 und 6 folgt daraus, dass im Kontext der ‚Konzessionsvergabe' nur synallagmatische Vertragsverhältnisse den Regelungsgegenstand des Gesetzes bilden."

Zu §§ 5 und 6 BVergGKonz 2018 führen die Erläuterungen aus:
„Für die Abgrenzung eines Konzessionsvertrages von einem (öffentlichen) Auftrag ist zum einen die Art der Gegenleistung relevant. So besteht die Gegenleistung bei

einer Konzession entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes bzw. der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises durch den Auftraggeber. Zum anderen muss bei einem Konzessionsvertrag das Betriebsrisiko auf den Konzessionär übertragen werden. Dazu halten die EG 18 bis 20 der RL 2014/23/EU folgendes fest: „[...] Das Hauptmerkmal einer Konzession, nämlich das Recht, die betreffenden Bauwerke oder Dienstleistungen zu nutzen beziehungsweise zu verwerten, schließt stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer ein, einschließlich der Möglichkeit, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen unter normalen Betriebsbedingungen nicht wieder erwirtschaftet werden können, auch wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern verbleibt. Die Anwendung besonderer Bestimmungen auf Konzessionen wäre nicht gerechtfertigt, wenn der öffentliche Auftraggeber beziehungsweise der Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer von jedem möglichen Verlust freistellen würde, indem ihm Einnahmen mindestens in Höhe der bei der Durchführung des Vertrags entstehenden Investitionsaufwendungen und Kosten garantiert werden. Gleichzeitig sollte klargestellt werden, dass bestimmte Vereinbarungen, die ausschließlich von einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Auftraggeber vergütet werden, als Konzessionen gelten sollten, wenn die Erwirtschaftung der Investitionsaufwendungen und Kosten des Betreibers für die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen von der tatsächlichen Nachfrage nach der Dienstleistung oder dem Vermögenswert oder von deren Erbringung beziehungsweise dessen Lieferung abhängt. (19) Sieht eine branchenspezifische Regelung den Wegfall des Risikos für den Konzessionsnehmer durch einen garantierten Ausgleich seiner Investitionen und der aufgrund der Vertragsdurchführung anfallenden Kosten vor, sollte ein solcher Vertrag nicht als Konzession im Sinne dieser Richtlinie gelten. Auch wenn ein Risiko von vornherein beschränkt ist, sollte eine Einstufung als Konzession nicht ausgeschlossen sein. Dies kann beispielsweise in Branchen mit vorgeschriebenen Tarifen der Fall sein oder wenn das Betriebsrisiko durch vertragliche Vereinbarungen begrenzt wird, die einen teilweisen Ausgleich sowie einen Ausgleich im Falle der vorzeitigen Kündigung der Konzession aus vom öffentlichen Auftraggeber oder dem Auftraggeber zu vertretenden Gründen oder im Falle höherer Gewalt vorsehen. (20) Ein Betriebsrisiko sollte sich aus Faktoren ergeben, die sich dem Einfluss der Vertragsparteien entziehen. Risiken, wie solche, die im Zusammenhang mit Missmanagement, vertraglichen Ausfällen des Wirtschaftsteilnehmers oder Fällen höherer Gewalt stehen, sind für die Einstufung als Konzession nicht ausschlaggebend, da derartige Risiken jedem Vertrag, sei es ein öffentlicher Auftrag oder eine Konzession, innewohnen. Ein Betriebsrisiko sollte als das Risiko, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, verstanden werden, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko oder um beides zugleich handeln kann. Nachfragerisiko ist das Risiko der tatsächlichen Nachfrage nach den Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind.

Angebotsrisiko ist das mit der Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind, verbundene Risiko, insbesondere das Risiko, dass die bereitgestellten Dienstleistungen nicht der Nachfrage entsprechen. Zur Einschätzung des Betriebsrisikos sollte der Nettogegenwartswert aller Investitionen, Kosten und Einkünfte des Konzessionsnehmers in kohärenter und einheitlicher Weise herangezogen werden." Zur Notwendigkeit der Übertragung des Betriebsrisikos auf den Konzessionär vgl. etwa auch EuGH, Rs C-348/10, Norma-A, Rz 44ff, mit weiteren Nachweisen.
EG 17 der RL 2014/23/EU betont, dass Verträge, bei denen Zahlungen vorgesehen sind, die sämtliche beim Auftragnehmer entstandene Kosten und Investitionsaufwendungen abdecken, nicht als Konzessionen im Sinne der RL 2014/23/EU (und somit auch nicht gemäß BVergGKonz 2018) anzusehen sind.
Der Gerichtshof hat im Zusammenhang mit dem notwendigen Risikoübergang auf den Konzessionär betont, dass bei der Beurteilung darauf abzustellen ist, dass das auf dem Auftraggeber lastende Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem wesentlichen Teil auf den Konzessionär übergehen muss (vgl. dazu schon Rs C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Rz 29). Unerheblich ist dabei, ob das auf dem Auftraggeber lastende Risiko bereits erheblich eingeschränkt ist oder nicht. Dem Betriebsrisiko rechnet der EuGH folgendes zu: Konkurrenzrisiko durch andere Unternehmer, Angebots- und Nachfragerisiko, Risiko der Zahlungsunfähigkeit (des Zahlungsausfalles) derjenigen, die die Bezahlung der erbrachten Leistung schulden, Verlustrisiko und Haftungsrisiko. Hingegen sind Risiken, die jedem Vertrag immanent sind, wie Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Unternehmers ergeben (Fehleinschätzungen, Fehlkalkulationen), unerheblich für die Qualifikation als Konzession (vgl. dazu Rs C-348/10, Norma-A, Rz 45 bis 50)."

Zu § 7 (Abgrenzungsregelungen) führen die Erläuterungen aus:
„§ 7 setzt Art. 20 Abs. 1 der RL 2014/23/EU um und regelt die Frage des anwendbaren Regelungsregimes beim Zusammentreffen verschiedener Leistungsarten (Bau- oder Dienstleistungen) im Fall eines ‚gemischten Konzessionsvertrages'. Gemäß Abs. 1 ist bei Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen umfassen, auf den Hauptgegenstand des Konzessionsvertrages abzustellen. Zur Bestimmung des Hauptgegenstandes vgl. die Erläuterungen zu § 8 BVergG 2018."

Die Erl. RV 69 BlgNR 26. GP führen zu § 5 BVergG 2018 (Bauaufträge) aus:
„In Anlehnung an die Diktion der RL verwendet § 5 neben den Begriff ‚Bauauftrag' die Begriffe ‚Bauvorhaben', ‚Bauwerk' und ‚Bauleistung'……". Die (nationale) Bezeichnung oder Qualifikation eines Vertragsverhältnisses ist unbeachtlich. Ob ein „Bauauftrag" vorliegt (oder nicht) ist allein nach unionsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (vgl. etwa C-399/98, C-536/07 und C-213/13). Sofern objektiv feststellbar ist, dass das Ziel eines Vertrages (somit dessen

Hauptgegenstand) letztlich die Realisierung eines Bauvorhabens bzw. eines Bauwerkes oder die Erbringung von Bauleistungen ist, handelt es sich um einen Bauauftrag (vgl. dazu § 8 Abs. 1 und die st. Rspr. des EuGH, siehe etwa Rs C-536/07, C-213/13). Ob dieses Ziel letztendlich durch Subunternehmer und nicht durch den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers realisiert wird, ist irrelevant (vgl. C-220/05, C-451/08).
Mit der „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“ sind die Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträge angesprochen, bei denen der öffentliche Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke (und nach seinen Vorgaben) bauen lässt. Dies ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung bzw. des zu errichtenden Gebäudes zu nehmen (vgl. C-451/08, C-213/13). EG 9 führt dazu aus: „Die Realisierung eines Bauvorhabens gemäß den von einem öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen setzt voraus, dass der betreffende Auftraggeber Maßnahmen zur Definition der Art des Vorhabens getroffen oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf dessen Planung gehabt haben muss. Ob der Auftragnehmer das Bauvorhaben ganz oder zum Teil mit eigenen Mitteln durchführt oder dessen Durchführung mit anderen Mitteln sicherstellt, sollte nichts an der Einstufung des Auftrags als Bauauftrag ändern, solange der Auftragnehmer eine direkte oder indirekte rechtswirksame Verpflichtung zur Gewährleistung der Erbringung der Bauleistungen übernimmt“.

Zu § 8 (Abgrenzungsregelungen) des BVergG 2018 führen die Erläuterungen aus: „§ 8 setzt Art. 3 Abs. 2 der RL 2014/24/EU um. Er regelt die Frage des anwendbaren Regelungsregimes beim Zusammentreffen von verschiedenen Leistungsarten (Bau-, Liefer- und Dienstleistungen) im Fall eines ‚gemischten Auftrages‘.
Abs. 1 regelt den Fall eines gemischten Auftrages, der neben Bauleistungen auch andere Auftragsarten umfasst. In diesem Fall bestimmt sich das Regime des Vergabeverfahrens nach dem Hauptgegenstand des Auftrages. Dieser ist nach den vom EuGH (siehe etwa Rs C-331/92, Gestion Hotelera Internacional SA, C-411/00, Felix Swoboda, C-412/04, Kommission gegen Italien, verbundene Rs C-145/08 und C-149/08, Loutraki, …..) entwickelten Grundsätzen zu bestimmen: Der Hauptgegenstand ist im Rahmen einer objektiven Prüfung des Gesamtvorhabens zu bestimmen, auf das sich das gegenständliche Vergabeverfahren bezieht. Dabei ist auf die wesentlichen vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Leistungsgegenstand als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Leistungsgegenstand folgen. Der jeweilige Wert der dabei erbrachten Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstandes zu berücksichtigen sind.“

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union führen in den Erwägungen zur Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (im Folgenden: RL) aus:

EG 11: „Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen oder der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen beauftragen. Ziel solcher Verträge ist die Beschaffung von Bau- oder Dienstleistungen durch eine Konzession, wobei die Gegenleistung entweder in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Solche Verträge können, müssen aber nicht notwendigerweise einen Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber vorsehen, doch steht den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern stets der Nutzen der betreffenden Bau- oder Dienstleistungen zu.“

EG 14 „…. enthalten Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zu Folge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.“

EG 18 „…. Die Definition des Begriffs ‚Konzession‘ sollte daher geklärt werden, wobei insbesondere auf das Betriebsrisiko zu verweisen ist. Das Hauptmerkmal einer Konzession, nämlich das Recht, die betreffenden Bauwerke oder Dienstleistungen zu nutzen bzw. zu verwerten, schließt stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer ein, einschl. der Möglichkeit, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen unter normalen Betriebsbedingungen nicht wieder erwirtschaftet werden können, auch wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern verbleibt. Die Anwendung besonderer Bestimmungen auf Konzessionen wäre nicht gerechtfertigt, wenn der öffentliche Auftraggeber bzw. der Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer von jedem möglichen Verlust freistellen würde, in dem ihm Einnahmen mindestens in Höhe der bei der Durchführung des Vertrags entstehenden Investitionsaufwendungen und Kosten garantiert werden. Gleichzeitig sollte klargestellt werden, dass bestimmte Vereinbarungen, die ausschließlich von einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Auftraggeber vergütet werden, als Konzessionen gelten sollten, wenn die Erwirtschaftung der Investitionsaufwendungen und Kosten des Betreibers für die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen von der tatsächlichen Nachfrage nach der Dienstleistung oder den Vermögenswert oder von deren Erbringung bzw. dessen Lieferung abhängt.“

EG 20: „Ein Betriebsrisiko sollte sich aus Faktoren ergeben, die sich dem Einfluss der Vertragsparteien entziehen…. Zur Einschätzung des Betriebsrisikos sollte der Nettogegenwartswert aller Investitionen, Kosten und Einkünfte des Konzessionsnehmers in kohärenter und einheitlicher Weise herangezogen werden“.

EG 29: „Im Falle gemischter Verträge sollten die anwendbaren Vorschriften im Hinblick auf den Hauptgegenstand des Vertrags festgelegt werden, wenn die einzelnen Teile, aus denen sich der Vertrag zusammensetzt, objektiv nicht voneinander zu trennen sind. …… Die Festlegung sollte auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung erfolgen, bei der es allerdings nicht ausreichen sollte, dass die Absicht des öffentlichen Auftraggebers oder eines Auftraggebers, die einzelnen Teile eines gemischten Vertrags als untrennbar zu betrachten, zum Ausdruck gebracht oder vermutet wird; diese Absicht muss sich vielmehr auf objektive Gesichtspunkte stützen, die sie rechtfertigen und die Notwendigkeit begründen können, einen einzigen Vertrag zu schließen……. Es sollte klargestellt werden, dass die Notwendigkeit, einen einzigen Vertrag zu schließen, aus Gründen sowohl technischer als auch wirtschaftlicher Art gegeben sein kann.“

EG 31: „Auftraggeber können Konzessionen auch vergeben, um mehrere erforderliche Tätigkeiten ausführen zu lassen, die möglicherweise unterschiedlichen Rechtsvorschriften unterliegen. Es sollte daher klargestellt werden, dass Konzessionen, die mehrere Tätigkeiten betreffen, den Rechtsvorschriften für die Tätigkeit, für die sie in erster Linie bestimmt sind, unterliegen. Die Ermittlung der Tätigkeit, für die die Konzession in erster Linie bestimmt ist, kann auf einer Analyse der von der Konzession zu erfüllenden Anforderungen beruhen, die der Auftraggeber zur Schätzung des Konzessionswertes und zur Erstellung der Konzessionsunterlagen vornimmt. In bestimmten Fällen kann die Feststellung, für welche Tätigkeit die Konzession in erster Linie bestimmt ist, objektiv unmöglich sein. Die für solche Fälle geltenden Bestimmungen sollten festgelegt werden.“

Dem entsprechend regelt Art. 20 der RL (Gemischte Verträge): „Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, werden gemäß den für diejenige Konzessionsart geltenden Bestimmungen vergeben, die den Hauptgegenstand des Konzessionsvertrages darstellt.“

Im Grunde dieser rechtlichen Darstellung war zur Eruierung des Hauptzieles des Konzessionsvertrages das gesamte Vorhaben „S“ anhand der vorgelegten Konzessionsunterlagen nach objektiven Gesichtspunkten nach dem objektiven Erklärungswert einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen. In objektiver Gesamtbetrachtung der vorgelegten Konzessionsunterlagen in Zusammenhalt mit den Ausführungen der Auftraggeberin ist Ziel der Beschaffung nicht die Erbringung von Bauleistungen, sondern der Betrieb des Hotels, also die (langfristige und

erfolgreiche gesicherte) Erbringung von Dienstleistungen des Hotel- und Gaststättengewerbes. Es steht daher in erster Linie die Erbringung von Dienstleistungen im Vordergrund des Vertrages.

Dies begründet sich im Rahmen des festgestellten Sachverhaltes aus folgenden Ausschreibungs-(Angebots-)bestimmungen:

Schon aus dem Überblick für die Interessenten ergibt sich hinsichtlich der Liegenschaft A (Hotelliegenschaft), die Sonderwidmung Tourismus und rechtliche Verpflichtung zur Errichtung und zum Betrieb des Hotels, wobei Zimmeranzahl und Zimmergröße sowie das gesamte Raumprogramm und dessen Verteilung auf die Geschoße noch völlig frei durch den Hotelbetreiber oder den Hotelerrichter festlegbar sind, wobei auch Freiraumbereiche zu schaffen sind, die nicht der alleinigen Nutzung des Hotelerrichters bzw. –betreibers obliegen. Auch wird die über den Hotelbetrieb hinausgehende Nutzung des Restaurants und der Saunalandschaft mit Wellnessbereich für die Allgemeinheit angestrebt. Es fehlen daher für einen Bauauftrag übliche und wichtige Spezifikationen der Bauleistungen (§ 2 Z. 20 BVergGKonz 2018).

Auch die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Hotelliegenschaft angeführten Zuschlagskriterien (Punkt III. Z. 5) stellen eindeutig nicht in erster Linie auf die Bauleistung sondern überwiegend auf den Betrieb des Hotels ab (z.B. Marktpositionierung, Marketing und Vertriebskonzept, Nutzungsmöglichkeit bestimmter Bereiche für Nicht-Hotelgäste, betriebswirtschaftliche Nachhaltigkeit, insbesondere auch die Kompatibilität zu Zielsetzungen der Gesamtdestination G/Salzkammergut und Leitbetriebsfunktion sowie regionale Vermarktungs-Synergien und regionale Wertschöpfung). Schon daraus ist auch ein Interesse der Auftraggeberin an der Förderung des Tourismus und der Region sowie auch der regionalen Wertschöpfung aufgrund des Betriebes erkennbar. Diese Kriterien machen rund zwei Drittel der zu vergebenden Punkte aus. Nicht zuletzt auch die Bewertung des gebotenen Bauzinses mit 15 von 60 Punkten (also ein Viertel der zu erwirkenden Punkte) stellt einerseits auf einen erfolgreichen Betrieb, der den Bauzins erwirtschaften soll, aber auch auf ein wirtschaftliches Interesse der Auftraggeberin an der Einnahme ab. Dies insbesondere auch deshalb, weil ein Mindestbetrag hinsichtlich des Bauzinses vorgegeben wurde.

Insbesondere aber der Baurechtsvertrag gleichzeitig Baukonzessionsvertrag (Beilage ./A) lässt die eigentliche Zielsetzung der Auftraggeberin und den eigentlichen Hauptzweck des Betriebes des Hotels erkennen. So ist insbesondere die lange Konzessionsdauer von 80 Jahren (Punkt III.), die Bedingungen über das Erlöschen des Baurechts sowie die vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund (Punkt XIII. und XIV.) zu nennen. Besonders ist darauf hinzuweisen, dass als ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung festgelegt ist, wenn Teilflächen nicht oder nicht mehr als Hotel verwendet werden, sowie die Nichtnutzung als Hotel ab

1.1.2025, wenn der Hotelbetrieb nicht aufgenommen wurde. Es wird daher auch ausdrücklich die Verpflichtung zum Betrieb des Hotels sowie der Betrieb des Hotels als Zweck des Gesamtprojektes „S“ hervorgehoben (Seite 57 der AU). Auch wurde ausdrücklich vorgesehen, dass ein Hotelbetrieb nur zum Schein angenommen wird, wenn nach Ablauf von 3 Jahren ab Inbetriebnahme des Hotels in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die Betriebsauslastung im Durchschnitt unter 25 % liegt. Auch daraus ist das Hauptziel der Auftraggeberin, nämlich ein verlässlicher und auch nach Möglichkeit ertragsorientierter Betrieb, zu erkennen. Ebenfalls ein Aspekt des Hotelbetriebs ist die Vereinbarung gemäß Punkt XV. (Seite 58 der AU), dass getätigte Aufwendungen zur wesentlichen Verbesserung des Bauwerks und der Betriebs- und Geschäftsausstattung des Hotels aus den letzten 20 Jahren vor Beendigung des Baurechtsvertrages, welche über die Beendigung des Baurechtsvertrages hinaus wirksam und von Nutzen sind, ersetzt werden.

Das vordergründige Ziel des Betriebes des Hotels kommt auch im Baukonzessionsvertrag Punkt IV. über die Berechtigung zur Ersatzvornahme durch die Auftraggeberin bei nicht Termin gemäß erbrachter Bauleistung hervor. Auch verpflichtet sich die Konzessionärin, das Hotel 80 Jahre zu betreiben, und es wird die vereinbarte Betriebspflicht auch mit einer Vertragsstrafe je angefangenen Monat, in dem die Betriebspflicht verletzt wird, abgesichert, wobei die Höhe von 50.000 Euro je Monat auch entsprechend hoch angesetzt ist.

Aus diesen Gesichtspunkten ergibt sich ein besonderes Interesse der Auftraggeberin am Betrieb des Hotels, der eine Aufwertung des Viertels, aber auch eine Aufwertung des Tourismus und der Tourismusregion an sich darstellen soll, wobei aus Sicht des Tourismus auch Einnahmen (Steuern und Abgaben) sowohl aus dem Hotelbetrieb wie auch aus der wirtschaftlichen Aufwertung des Viertels durch den Hotelbetrieb sowie auch aufgrund des Bauzinses je nach angebotener Höhe für die Stadtgemeinde G und daher eine Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Stadtgemeinde eintreten sollen.

Zu diesen objektiven sich aus den Konzessionsunterlagen ergebenden Gesichtspunkten ist aber auch auf das Vorbringen der Auftraggeberin selbst im Nachprüfungsverfahren hinzuweisen, wonach diese mehrmals in ihren schriftlichen Stellungnahmen auf das eigentliche Interesse am Betrieb, nicht an der Errichtung des Hotels, hingewiesen hat. So wird z.B. in der Stellungnahme vom 13. November 2020, Seite 6, ein wirtschaftlich erfolgreiches und von Touristen und Einheimischen gern frequentiertes Hotel angeführt und insbesondere in der Stellungnahme vom 10. November 2020 im Hinblick auf die städtebauliche Entwicklung des gesamten Areals auf die Errichtung aber insbesondere die gesicherte Verpflichtung zum langfristigen Betrieb des Hotels hingewiesen, und ausdrücklich auch angeführt, dass das Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses an der Bauleistung nicht gegeben ist, also ein unmittelbares Interesse an der Bauleistung nicht vorliegt und das Interesse der Stadtgemeinde G nicht vorrangig an der

Bauleistung, sondern am Hotelbetrieb das eigentliche Interesse der Stadtgemeinde G liegt. So wird von der Auftraggeberin im Hinblick auf das Interesse am Hotelbetrieb auf die Förderung des Tourismus und der damit verbundenen indirekten Stärkung der übrigen Wirtschaftsbetriebe sowie ein eigenes wirtschaftliches Interesse allenfalls in Form erhöhter Gemeindeabgaben dargelegt. Auch weist sie selbst zum Zuschlagskriterium „Betriebskonzept für Hotel und Betreiber“ darauf hin, dass dieses Kriterium nur dazu dient, um sicher zu stellen und beurteilen zu können, ob das vom Bieter vorgelegte Projekt betriebswirtschaftlich langfristig lebensfähig ist und insofern ein Hotelbetrieb über die gesamte Baurechtsdauer besteht.

Ziel des Auftrages ist daher – wie schon aus objektiver Betrachtungsweise der vorliegenden Unterlagen ersichtlich – der Betrieb eines Vollhotels mit zumindest 80 Zimmern und einer vollen gastronomischen Versorgung zum Zweck der Aufwertung des touristischen Areals sowie auch des Tourismus und der Region und Stärkung der Wirtschaft und der damit verbundenen Wirtschaftsbetriebe und letztlich damit verbunden erhöhte Gemeindeabgaben und ein langfristig gesicherter Bauzins. Daraus ergibt sich als Hauptzweck der Beschaffung eine Dienstleistung und nicht die Bauleistung, die nur notwendige, wenn auch nicht geringfügige (Neben)leistung zur Erreichung der Hauptleistung darstellt.
Nicht zuletzt ergibt sich dies auch aus dem eingeholten Gutachten hinsichtlich Dauer des Baurechtes bzw. Konzessionsdauer und des sich daraus ergebenden geschätzten Gesamtwertes des Auftrages, welcher mehr als das Zehnfache der eigentlichen Bauleistung ausmacht. Auch dies ist ein starkes Indiz für das eigentliche Ziel der Beschaffung bzw. den eigentlichen Hauptgegenstand des Auftrages.

Die Ausschreibungsbestimmungen und Konzessionsbedingungen widersprechen daher klar der Bekanntmachung eines Bauauftrages bzw. einer Baukonzession. Daran ändert auch nichts der Umstand der nachträglichen Änderung der Bekanntmachung dahingehend, dass als weitere CPV-Codes 55000000 angeführt sind.

6.4. EG 50 der RL führt aus: „Um eine angemessene Veröffentlichung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen ab einem bestimmten Schwellenwert, die von Auftraggebern und öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, sicherzustellen, sollte der Vergabe solcher Konzessionen zwingend eine Konzessionsbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vorausgehen.“

EG 68 der RL führt aus, dass „Konzessionen in der Regel langfristige, komplexe Vereinbarungen [sind], bei denen der Konzessionsnehmer Verantwortlichkeiten und Risiken übernimmt, die üblicherweise vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber getragen werden und normalerweise in dessen Zuständigkeit fallen….. Um jedoch Gleichbehandlung und Transparenz während des gesamten

Vergabeverfahrens sicherzustellen, sollten grundlegende Garantien in Bezug auf das Vergabeverfahren vorgeschrieben werden, zu denen unter anderem die Information über Art und Umfang der Konzession, eine Beschränkung der Bewerberzahl, die Weitergabe von Informationen an Bewerber und Bieter sowie die Verfügbarkeit geeigneter Aufzeichnungen gehören. Darüber hinaus sollte festgelegt werden, dass von den ursprünglichen Bestimmungen der Konzessionsbekanntmachung nicht abgewichen werden sollte, um eine unfaire Behandlung potentieller Bewerber zu vermeiden."

Dem entsprechend regelt Art. 31 der RL: „Öffentliche Auftraggeber und Auftraggeber, die eine Konzession vergeben wollen, teilen ihre Absicht in einer Konzessionsbekanntmachung mit. Konzessionsbekanntmachungen enthalten die in Anhang V genannten Angaben und gegebenenfalls jede andere vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber für sinnvoll erachtete Angaben und werden gemäß den jeweiligen Standardformularen erstellt."

Dem entsprechend führen die Erwägungen in EG 75 aus: „...Ein neues Konzessionsvergabeverfahren ist erforderlich bei wesentlichen Änderungen der ursprünglichen Konzession, insbesondere des Umfangs und der inhaltlichen Ausgestaltung der gegenständlichen Rechte und Pflichten der Parteien, einschl. der Zuweisung der Rechte des geistigen Eigentums. Derartige Änderungen sind Ausdruck der Absicht der Parteien, wesentliche Bedingungen der betreffenden Konzession neu zu verhandeln. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die geänderten Bedingungen, hätten sie bereits für das ursprüngliche Verfahren gegolten, dessen Ergebnis beeinflusst hätten..."

EG 76 der RL verdeutlicht dies insbesondere, indem auf Fälle eingegangen wird, „in denen sich mit einer Änderung das Wesen der Konzession insgesamt verändert – indem beispielsweise die zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen durch andersartige Leistungen ersetzt werden oder indem sich die Art der Konzession grundlegend ändert -, da in einer derartigen Situation ein hypothetischer Einfluss auf das Ergebnis unterstellt werden kann."

Dem entsprechend definiert auch Art. 43 Abs. 4 der RL jene Umstände, unter denen jedenfalls von einer wesentlichen Änderung einer Konzession auszugehen ist, darunter insbesondere unter lit. a, dass mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die – wenn sie für das ursprüngliche Konzessionsvergabeverfahren gegolten hätten – die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots ermöglicht hätten oder das Interesse weiterer Teilnehmer am Konzessionsvergabeverfahren geweckt hätten.

Es ist daher bei Änderung der Konzessionsart bzw. Änderung der zu beschaffenden Leistungen jedenfalls eine neuerliche Bekanntmachung erforderlich.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Auslegung von Willenserklärungen des Auftraggebers der objektive Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt maßgebend (vgl. VwGH 17.9.2014, 2013/04/0149, mwN).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung war daher festzuhalten, dass die von der Auftraggeberin veröffentlichte Bekanntmachung, welche eine dieser zuzurechnende Willenserklärung ist, durch den von ihr benannten CPV-Code (45000000 Bauleistungen) als Hauptgegenstand einen Leistungsgegenstand definiert, der in Zusammenschau mit dem übrigen Inhalt der Bekanntmachung, nämlich mit den Ausschreibungsbestimmungen bzw. Angebotsbestimmungen nicht in Einklang steht und somit nicht den Hauptgegenstand bzw. Hauptzweck des Auftrages wiedergibt. Vielmehr umschreibt der abzuschließende Baurechtsvertrag gleichzeitig Baukonzessionsvertrag einen Leistungsgegenstand, den der in der Bekanntmachung angeführte CPV-Code nicht wiedergibt.

In seinem Erkenntnis vom 11. Mai 2017, Ra 2016/04/0048, führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Aus der Sicht des Rechtsschutz suchenden Unternehmers macht es insoweit nämlich keinen Unterschied, ob ein Auftraggeber ein Verfahren gänzlich ohne Bekanntmachung durchführt oder ob sich der Auftraggeber bei einer Leistungsvergabe formal auf eine zuvor erfolgte Bekanntmachung beruft, diese aber keine Anhaltspunkte für die Vergabe des späteren Leistungsgegenstandes liefert. Die Angaben in der Bekanntmachung sollen es potentiellen Interessenten gerade ermöglichen, zu prüfen, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren für sie von Interesse sein kann (siehe RV 1171 BlgNR 22. GP, 53). Es kann einem Unternehmer daher nicht auferlegt werden, sich an einem zweistufigen Vergabeverfahren deshalb zu beteiligen, um sicherzugehen, dass er von einer allfälligen nachträglichen Änderung des Leistungsgegenstandes Kenntnis erhält.“

Unter Bezugnahme auf das vorzitierte Erkenntnis führt daher der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 28. September 2020, Ra 2020/04/0044-3, aus, dass zur Beurteilung der Frage eines den Leistungsgegenstand deckenden Vergabeverfahrens auf die Bekanntmachung abzustellen sei, weil diese der Prüfung diene, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren für ein Unternehmen von Interesse sein kann. Es ist daher einem potentiellen Bieter nicht zuzumuten, dass er sich auch in einem weiteren Schritt die Ausschreibungsunterlagen beschaffe, um zu einem umfassenden Informationsstand über die zu vergebende Leistung zu kommen.

Es kommt daher der Bekanntmachung eine wesentliche Bedeutung zu. Dies bringen auch Art. 31 der Richtlinie und die Erwägungsgründe 50, 68, 75 und 76 der RL zum Ausdruck. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass

durch die Angabe des richtigen CPV-Codes bzw. des der auszuschreibenden und abgefragten Leistung entsprechenden CPV-Codes sich ein anderer Bieterkreis ergeben könnte. Die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten waren daher offensichtlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss. Es war daher die angefochtene Ausschreibung im Sinn des § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 für nichtig zu erklären.

Die nachträglichen Berichtigungen der Auftraggeberin ändern an diesem Ergebnis nichts, zumal die Änderungen nicht den tatsächlichen Hauptgegenstand der zu vergebenden Leistung berühren.

7. Gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 hat der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Landesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegt, 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. Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag), stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde.

Da die Antragstellerin vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich obsiegt hat, war ihr gemäß § 23 Abs. 1 und 2 Oö. VergRSG der Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren für das Nachprüfungsverfahren und für die einstweilige Verfügung zuzusprechen.

8. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder

aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt