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-840273/23/HW

Datum:
Linz, 18. April 2023

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag der S GmbH, x, x, vertreten durch H OG, x, x, auf Feststellung im Vergabeverfahren der Gemeinde P betreffend Dienstleistungen örtliche Bauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG für das Bauvorhaben Neubau V P (mitbeteiligte Partei: S GmbH, x, x) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14.03.2023 durch mündliche Verkündung den

B E S C H L U S S

g e f a s s t :

I. Der Antrag, das Landesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (Direktvergabe) wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Der Antrag, die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu verpflichten, wird gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 als unbegründet abgewiesen.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Eingabe vom 23.01.2023 brachte die S GmbH (kurz „ASt“) einen Feststellungsantrag wegen unzulässiger Direktvergabe im Vergabeverfahren betreffend Dienstleistungen örtliche Bauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG für das Bauvorhaben Neubau V P ein. Konkret stellte die ASt den Antrag, das Landesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (Direktvergabe) wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Weiters beantragte die ASt in dieser Eingabe die Anberaumung einer Verhandlung, die Gewährung von Akteneinsicht sowie, dass die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren verpflichtet werde. Begründend führte die ASt kurz zusammengefasst im Wesentlichen aus, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Direktvergabe handeln würde. Die ausschreibende Stelle hätte aber davon ausgehen müssen, dass der geschätzte Auftragswert die Grenze gemäß § 46 Abs. 2 BVergG überschreite, die am 11.01.2023 erfolgte Zuschlagserteilung auf einen Gesamtpreis von 124.500 Euro widerspreche den gesetzlichen Vorgaben (ON 1).

I.2. Die Auftraggeberin Gemeinde P (kurz „AG“) brachte unter anderem unter Verweis auf § 14 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 vor, dass der Feststellungsantrag der ASt unzulässig wäre, weil der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können (ON 5).

I.3. Die mitbeteiligte Partei S GmbH (vgl. § 15 Oö. VergRSG 2006) hat trotz Ladung nicht an der Verhandlung teilgenommen (ON 20).

I.4. Vom Landesverwaltungsgericht wurde am 14.03.2023 eine mündliche Verhandlung durchgeführt und danach die Entscheidung mündlich verkündet. Im Rahmen der Verhandlung wurde auch die Möglichkeit zur Akteneinsicht eingeräumt (ON 20).

I.5. Von der ASt wurde mit Eingabe vom 23.03.2023 ein Antrag auf schriftliche Ausfertigung der Entscheidung eingebracht (ON 22).

II.1. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird in Ergänzung zu den Punkten I.1. bis I.5. folgender Sachverhalt als erwiesen angenommen:
Die AG ist eine Gemeinde und hat den Auftrag betreffend Dienstleistungen örtliche Bauaufsicht und Leistungen gemäß BauKG für das Bauvorhaben Neubau V P im Wege einer Direktvergabe vergeben. Die Angebotseinholung und Kommunikation mit den Bietern erfolgte durch die S GmbH (E-Mail vom 21.10.2022; Vorbringen

AG Punkt 1. der Eingabe vom 30.01.2023; Angaben Arch. Dipl.-Ing. J und Ing. S in der VH betreffend die Telefonate).

Mit E-Mail von Arch. Dipl.-Ing. J von der S GmbH vom 21.10.2022 wurde die ASt zur Legung eines Angebots eingeladen, wobei diese E-Mail unter anderem folgenden Wortlaut hatte (Vorbringen ASt Punkt 5.1 der Eingabe vom 23.01.2023; Ausdruck E-Mail vom 21.10.2022):
„Sehr geehrte Damen und Herren!
Sehr geehrter Herr S!
wie telefonisch gerade besprochen, würden wir Sie gerne, im Namen der Gemeinde P, zur Angebotslegung für ÖBA und BauKG für das BVH Neubau V P einladen.
[…]
Bei dem Projekt handelt es sich um den Neubau einer x in x. […] Die aktuelle Kostenberechnung (Stand Einreichung 10.10.2022) ergibt Errichtungskosten (KB 1-9) von ca. € 4,70 Mio. netto, Kostenfreigabe durchs Land OÖ steht noch aus. Am 05.09.2022 haben wir das BVH eingereicht (Auswechslung 10.10.2022) und für den 24.10.2022 ist die Bauverhandlung anberaumt. Prinzipiell ist geplant, noch diese Jahr die Hauptgewerke auszuschreiben (Baumeister, Dach, Fassade) und Baubeginn im März 2023. Im Anhang übermitteln wir Ihnen die Einreichpläne samt Projektbeschreibung. Sollten zusätzliche Unterlagen oder Infos zur Angebotslegung benötigt werden, geben Sie bitte Bescheid.
Die Leistungen der örtlichen Bauaufsicht müssen, nach Vorgabe des Land OÖ, nach dem OÖ Gemeindevertrag angeboten werden, diesen senden wir Ihnen im Anhang mit. Zusätzlich zum Preisangebot bitten wir Sie, um die Nennung von 2 Referenzprojekten, dem geforderten Leistungsumfang entsprechend. […]
Als Angebotsempfänger ist die Gemeinde P, x, x auszuweisen. […]
Wir bitten um Rückmeldung, ob Sie an der Angebotslegung für ÖBA und BauKG interessiert sind und ersuchen um eine zeitnahe Angebotsübermittlung. […]“

Als Anlage zu dieser E-Mail wurden Pläne, eine Projektbeschreibung, eine Kostenzusammenstellung und der Oö. Gemeindevertrag beigefügt. In der Zusammenstellung der Kosten wurden die (geschätzten) Errichtungskosten mit einem Betrag von 4.702.083,90 Euro und die (geschätzten) Baukosten mit einem Betrag von 4.158.778,90 Euro angegeben. Im beigefügten Oö. Gemeindevertrag ist eine Honorartafel vorhanden, wobei aufgrund dieser der Honorarsatz 3,27 % beträgt. Die übermittelten Unterlagen enthielten keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Verfahrensart der Auftragsvergabe (E-Mail vom 21.10.2022 samt Beilagen; Vorbringen ASt Punkte 5.1, 5.3, 8.1, 8.2 und 8.3 der Eingabe vom 23.01.2023; Vorbringen AG Punkt 2. der Eingabe vom 30.01.2023).

Nach einem Telefonat betreffend den Leistungsinhalt wurde von der ASt ein Angebot übermittelt (Angebot ASt; Vorbringen ASt; Vorbringen AG).

Am 29.12.2022 erhielt die ASt von der AG ein Schreiben, in welchem unter anderem Folgendes ausgeführt wurde (von ASt vorgelegtes Schreiben vom 22.12.2022; Vorbringen ASt Punkte 5.4 und 6.2 der Eingabe vom 23.01.2023):
„Neubau V P,

Örtliche Bauaufsicht u. Baustellenkoordination;
Zuschlagsentscheidung.
[…]
Der Gemeinderat der Gemeinde P hat in der Sitzung am 15. Dezember 2022 nach Maßgabe der durchgeführten Angebotsprüfung sowie auf Grundlage der Ausschreibungsbedingungen und den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes beschlossen, den Auftrag für die Örtliche Bauaufsicht und der Baustellenkoordination an die Fa. S GmbH […] als Billigstbieter zu vergeben.
Nach Ablauf der gesetzlichen Stillhaltefrist (14Tage) wird die Zuschlagserteilung ausgesprochen."

Am 29.12.2022 telefonierte der Geschäftsführer der ASt mit dem Bürgermeister der AG und mit Arch. Dipl.-Ing. J, wobei dem Geschäftsführer der ASt von Arch. Dipl.-Ing. J mitgeteilt wurde, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um eine Direktvergabe handelt (Angaben Arch. Dipl.-Ing. J und Ing. S in der VH; Vorbringen ASt Punkt 6.2 der Eingabe vom 23.01.2023).

Der Geschäftsführer der ASt erkundigte sich beim Telefonat mit Arch. Dipl.-Ing. J am 29.12.2022 nicht nur, um welches Verfahren es sich handelt, sondern auch nach den Schwellenwerten und wie es zustande gekommen sei. Weiters teilte er mit, dass er das Verfahren wahrscheinlich beeinspruchen werde. Arch. Dipl.-Ing. J war bei diesem Telefonat gerade im Auto unterwegs und hat dem Geschäftsführer der ASt angeboten, dass sie weitere Auskünfte erteilt, wenn sie wieder im Büro ist. Der Geschäftsführer der ASt hat sich betreffend die angebotenen Auskünfte jedoch nicht mehr bei Arch. Dipl.-Ing. J gemeldet. Wäre Arch. Dipl.-Ing. J nochmals kontaktiert worden, hätte sie auch Auskunft darüber gegeben, wie die Berechnung des geschätzten Auftragswertes vonstattengegangen ist (Angaben Arch. Dipl.-Ing. J und Ing. S in der VH).

Der Geschäftsführer der ASt telefonierte am 29.12.2022 und danach ein weiteres Mal mit dem Bürgermeister der AG. Das zweite Telefonat fand vermutlich am 30.12.2022 statt, wobei bei diesem der Bürgermeister auch den Preis der Bestbieterin mitteilte (Angaben Bürgermeister und Ing. S in der VH).

Am 12.01.2023 übermittelte die nunmehrige Rechtsvertretung der ASt ein Schreiben an die AG, welches unter anderem folgenden Inhalt aufweist (Schreiben vom 12.01.2023):
„Aufgrund dieser Umstände gehen wir davon aus, dass gegenständlich eine formfrei Direktvergabe gewählt wurde […].
[…]

(1) Sollte es sich nicht um eine Direktvergabe handeln, welche Verfahrensart wurde konkret gewählt?
(2) Welcher Gesamtpreis wurde von der erfolgreichen Bieterin geboten?
(3) Wurde der Auftrag bereits erteilt?"

Mit Schreiben vom 13.01.2023 antwortete der Rechtsvertreter der AG, dass das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gewählt worden wäre. Weiters wurde der Gesamtpreis des Angebots der erfolgreichen Bieterin angeführt und es wurde mitgeteilt, dass der Zuschlag am 11.01.2023 erteilt worden wäre (Schreiben vom 13.01.2023).

Am 11.01.2023 wurde der Zuschlag an die S GmbH erteilt (Schreiben vom 11.01.2023). Bei der gegenständlichen Vergabe handelt es sich um eine Direktvergabe (Vorbringen ASt, vor allem Punkt 7. der Eingabe vom 23.01.2023; Vorbringen AG Punkt 1. der Eingabe vom 30.01.2023; übereinstimmende Angaben der Parteienvertreter in der VH; Angaben Arch. Dipl.-Ing. J in der VH). Mittlerweile wurde der Vertrag zwischen der ASt und der S GmbH aufgelöst (Eingabe der AG vom 02.02.2023).

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den vorliegenden Unterlagen bzw. den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Arch. Dipl.-Ing. J, Ing. S und der Bürgermeister der AG hinterließen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einen seriösen und persönlich glaubwürdigen Eindruck. Die Angaben dieser Personen im Rahmen der Verhandlung stimmen überein und stehen auch mit den schriftlichen Unterlagen nicht im Widerspruch. Es konnten daher auch auf Basis der (mündlichen) Angaben dieser Personen (in der Verhandlung) Feststellungen getroffen werden. Die einzelnen Feststellungen gründen vor allem auf dem jeweils in Klammer Angeführten.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin, der bzw. die ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags hatte, sofern ihm bzw. ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Gemäß § 14 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 ist ein Antrag auf Feststellung gemäß § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 unzulässig, wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können.

Gemäß § 3 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. Nach § 4 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 beträgt bei der Durchführung einer Direktvergabe die Frist 10 Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin bzw. der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

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 Oö. VergRSG 2006 entrichteten Gebühren.

III.2. Bei der vorliegenden Auftragsvergabe handelt es sich (unstrittig [vgl. dazu auch die übereinstimmenden Erklärungen der Parteienvertreter in der Verhandlung]) um eine Direktvergabe. Bei einer Direktvergabe ist die Entscheidung über die Wahl der Verfahrensart „Direktvergabe“ nach § 2 Z 15 lit. a sublit. gg BVergG 2018 gesondert anfechtbar (siehe etwa VwGH 08.02.2023, Ro 2019/04/0230).

Wie sich aus § 14 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 ergibt, ist der Feststellungsantrag nach § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 als subsidiärer Rechtsbehelf konzipiert (so zu vergleichbaren Regelungen etwa Reisner in Gölles/Casati, BVergG 2018 § 354 Rz 25; VwGH 02.02.2012, 2011/04/0017), wobei vom Verwaltungsgerichtshof auf diese Subsidiarität auch bereits in Zusammenhang mit einer Direktvergabe hingewiesen wurde (siehe VwGH 12.11.2021, Ra 2018/04/0099; vgl. in diesem Zusammenhang auch Ziniel in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, § 354 Rz 84 bei FN 222). Ob für eine Antragstellerin die Möglichkeit zur Geltendmachung eines behaupteten Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren bestanden hat, ist im Einzelfall anhand der Umstände des jeweiligen Verfahrens zu beurteilen (vgl. VwGH 12.11.2021, Ra 2018/04/0099; Reisner in Gölles/Casati, BVergG 2018 § 354 Rz 25).

III.3.1. Im vorliegenden Fall wurde die ASt bereits im Oktober 2022 zur Angebotslegung eingeladen, wobei der ASt mehrere Unterlagen übermittelt wurden, aus welchen sich unter anderem die geschätzten Baukosten bzw. Errichtungskosten ergeben. Weiters wurde in der E-Mail betreffend die Einladung zur Angebotslegung ausgeführt, dass die Leistungen der örtlichen Bauaufsicht nach Vorgabe vom Land nach dem Oö. Gemeindevertrag angeboten werden müssen, wobei dieser beigefügt wurde und in diesem Vertrag eine Honorartafel vorhanden ist. Zudem enthielt diese E-Mail als Anlage Pläne und eine Projektbeschreibung. Die ASt legte in weiterer Folge auch selbst ein Angebot. Die ASt hatte daher jedenfalls Kenntnis von den auftragsgegenständlichen Leistungen.

Mit Schreiben vom 22.12.2022, welches die ASt tatsächlich am 29.12.2022 erhalten hat, wurde der ASt von der AG mitgeteilt, dass beschlossen wurde, den verfahrensgegenständlichen Auftrag an die S GmbH zu vergeben. Am 29.12.2022 fand ein Telefonat statt, in welchem dem Geschäftsführer der ASt ausdrücklich mitgeteilt wurde, dass es sich bei der gegenständlichen Auftragsvergabe um eine Direktvergabe handelt. Selbst wenn man daher davon ausgeht, dass die ASt nicht bereits aufgrund der E-Mail vom Oktober 2022 Kenntnis von der Verfahrenswahl hatte (vgl. zur Kenntnis bei Einholung eines Angebots etwa Helmreich in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, § 343 Rz 24), so hatte die ASt jedenfalls aufgrund der diesbezüglichen ausdrücklichen Mitteilung ab 29.12.2022 Kenntnis von der gewählten Verfahrensart „Direktvergabe“.

Da im vorliegenden Fall die Zuschlagserteilung erst am 11.01.2023 erfolgte, hatte die ASt sohin jedenfalls bereits mehr als 10 Tage (vgl. § 4 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006) vor der Erteilung des Zuschlags Kenntnis von der Wahl der Verfahrensart „Direktvergabe“ und vom Leistungsinhalt dieser Auftragsvergabe. Die ASt hätte daher den behaupteten Verstoß bereits im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend machen können, sodass der gegenständliche Feststellungsantrag gemäß § 14 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 unzulässig ist.

III.3.2. An diesem Ergebnis ändert auch das Vorbringen der ASt nichts:

Die ASt führt zwar mit Recht aus (vgl. etwa Punkt 3. der Eingabe vom 14.02.2023), dass ihr gegenüber unterschiedliche Verfahrensarten bekannt gegeben worden wären, nämlich zunächst, dass eine Direktvergabe erfolge (Telefonat am 29.12.2022) und dann in weiterer Folge, dass es sich um ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung handle (Schreiben vom 13.01.2023). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die unrichtige Mitteilung (Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung) erst mit Schreiben vom 13.01.2023, sohin nach Erteilung des Zuschlags, erfolgt ist. Diese (unrichtige) Mitteilung vom 13.01.2023 konnte daher die Möglichkeit zur Geltendmachung des behaupteten Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren nicht (mehr) beeinflussen. Die richtige Mitteilung über die erfolgte Wahl der Verfahrensart „Direktvergabe“ erfolgte hingegen bereits im Telefonat vom 29.12.2022 (also vor Zuschlagserteilung) und ermöglichte der ASt daher die Bekämpfung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens.

Soweit die ASt vorbringt, dass im Zuge einer Direktvergabe keine gesondert anfechtbare Entscheidung, welche im Wege eines Nachprüfungsverfahrens bekämpft werden könne, gesetzt werde (Punkt 6. der Eingabe vom 23.01.2023), ist darauf hinzuweisen, dass - entgegen der Rechtsansicht der ASt - bei einer Direktvergabe die Entscheidung über die Wahl der Verfahrensart „Direktvergabe“

nach § 2 Z 15 lit. a sublit. gg BVergG 2018 gesondert anfechtbar ist (vgl. etwa VwGH 08.02.2023, Ro 2019/04/0230).

Die ASt führt zudem aus, dass die aufgezeigte Rechtswidrigkeit, nämlich die Zuschlagserteilung unter Missachtung des zulässigen Schwellenwertes, erst durch die Zuschlagserteilung eingetreten sei bzw., dass die ASt erst nach der Zuschlagserteilung vom vergebenen Auftragswert Kenntnis erhalten habe (siehe Punkt 3. der Eingabe vom 14.02.2023). Dazu ist zunächst auszuführen, dass für die Zulässigkeit der (Wahl des Vergabeverfahrens) „Direktvergabe“ der geschätzte Auftragswert maßgeblich ist (vgl. etwa Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, § 46 Rz 2 und Rz 19 ff; Diem/Ziniel in Gölles, BVergG 2018 § 46 Rz 10), im Übrigen wurde dem Geschäftsführer der ASt vom Bürgermeister der AG auch bereits telefonisch der Preis der Bestbieterin mitgeteilt. Da die ASt im vorliegenden Fall bereits mehr als 10 Tage vor der Zuschlagserteilung Kenntnis von den konkreten auftragsgegenständlichen Leistungen inklusive des Oö. Gemeindevertrags und sogar selbst ein Angebot abgegeben hatte, hätte die ASt die behauptete (potenzielle) Rechtswidrigkeit, nämlich die Durchführung eines Vergabeverfahrens in Form einer Direktvergabe, auch bereits in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen können. Dass dies für die ASt auf Basis der ihr vor Zuschlagserteilung vorgelegenen Informationen tatsächlich möglich war, zeigt sich im vorliegenden Fall konkret auch daran, dass die ASt in der verfahrenseinleitenden Eingabe vom 23.01.2023 auf Basis der ihr im Oktober 2022 übermittelten Unterlagen ein substantiiertes Vorbringen dahingehend erstatten konnte, dass die Auftraggeberseite „jedenfalls davon ausgehen [musste], dass der geschätzte Auftragswert die Grenze gemäß § 46 Abs. 2 BVerG überschreiten wird“ (siehe Punkte 8.1 bis 8.4 der Eingabe vom 23.01.2023).

Im Übrigen wurde dem Geschäftsführer der ASt in einem Telefonat am 29.12.2022 auch angeboten, dass weitere Auskünfte erteilt werden, wobei auch eine Auskunft gegeben worden wäre, wie die Berechnung des geschätzten Auftragswertes vonstattengegangen ist. Der Geschäftsführer der ASt hat sich trotz der angebotenen Auskünfte (in der Folge) aber nicht mehr gemeldet.

III.3.3. Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch erwähnt, dass vom Geschäftsführer der ASt die wahrscheinliche Beeinspruchung bereits in einem Telefonat am 29.12.2022 angesprochen wurde. Tatsächlich wurde in der Folge allerdings die Einbringung eines Nachprüfungsantrages bis zur Zuschlagserteilung unterlassen und es wurde erst am 23.01.2023 ein Feststellungsantrag eingebracht.

III.3.4. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die ASt jedenfalls bereits mehr als 10 Tage vor der Erteilung des Zuschlags Kenntnis vom gewählten Vergabeverfahren hatte und auch den behaupteten Verstoß bereits im Rahmen eines

Nachprüfungsverfahrens geltend machen hätte können, sodass der gegenständliche Feststellungsantrag gemäß § 14 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 unzulässig und zurückzuweisen ist.

III.3.5. 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 Oö. VergRSG 2006 entrichteten Gebühren. Da die ASt nicht obsiegte, ist der Antrag auf Gebührenersatz als unbegründet abzuweisen.

III.3.6. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision: Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt. Dass (aufgrund der Regelung § 14 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006) der Feststellungsantrag nach § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 (auch bei einer Direktvergabe) als subsidiärer Rechtsbehelf konzipiert ist, entspricht der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu vergleichbaren Bestimmungen (vgl. vor allem VwGH 12.11.2021, Ra 2018/04/0099). Ob im gegenständlichen Verfahren die Möglichkeit zur Geltendmachung des behaupteten Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren bestanden hat, war anhand der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls zu beurteilen, sodass dem Ergebnis dieser einzelfallbezogenen Beurteilung keine Bedeutung über diesen Fall hinaus zukommt.

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. Wiesinger