



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revisionen

1. der E B S GmbH in M, vertreten durch die SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7, und 2. der E EOOD in B (Bulgarien), vertreten durch die Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bauernmarkt 2, jeweils gegen den Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 23. September 2020, Zl. LVwG-VG-8/001-2020, sowie

3. (wiederum) der EVN B S GmbH in M, vertreten durch die SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7, und 4. der P EOOD in P (Bulgarien), vertreten durch Mag. Dimitar Anadoliyski, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Nibelungengasse 13/1, jeweils gegen den Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 23. September 2020, Zl. LVwG-VG-9/002-2020,

betreffend eine vergaberechtliche Nachprüfung, zu Recht erkannt:

Die angefochtenen Beschlüsse werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Das Land Niederösterreich hat der Erstrevisionswerberin (zugleich Drittrevisionswerberin) Aufwendungen in der Höhe von insgesamt € 2.212,80 sowie der Zweitrevisionswerberin und der Viertrevisionswerberin jeweils Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.





Entscheidungsgründe:

I.

1. Den Revisions­sachen liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

- 1 Die EY EAD, eine Aktiengesellschaft nach bulgarischem Recht mit Sitz in Bulgarien, führte im Jahr 2020 als Sektorenauftraggeberin ein näher bezeichnetes Vergabeverfahren (Rahmenvereinbarung insbesondere über die Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten) durch; Leistungsgegenstand des Vergabeverfahrens war ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich, der in 36 Lose unterteilt war; der Leistungsort lag hinsichtlich aller Lose in Bulgarien.
- 2 Die EBS GmbH (Erstrevisionswerberin und zugleich Drittrevi­sionswerberin), eine Gesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Österreich, fungierte in diesem Vergabeverfahren als zentrale Beschaffungsstelle der EY EAD, wobei sie die Leistungen im Namen und auf Rechnung der Auftraggeberin (und somit als deren Stellvertreterin) beschaffen sollte. Nach der Ausschreibung war die EBS GmbH als zentrale Beschaffungsstelle für die Abwicklung und Durchführung der Ausschreibung zuständig, der Vertrag über die Leistungen sollte mit der EY EAD als Sektorenauftraggeberin abgeschlossen werden. Als zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren war in der Ausschreibung das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (im Folgenden LVwG) angegeben; unter dem Punkt „anwendbares Recht“ wurde festgehalten, dass für das „Vergabeverfahren und alle daraus erwachsenen Ansprüche“ österreichisches Recht gelte, für die „Vertragsabwicklung“ bulgarisches Recht.
- 3 Sowohl die EY EAD als auch die EBS GmbH stehen mittelbar zu 100 % im Eigentum der E AG. Das Kapital an der E AG wird wiederum mittelbar mehrheitlich (zu 51 %) vom Land Niederösterreich gehalten.
- 4 Die E EOOD (Zweitrevi­sionswerberin) und die P EOOD (Viertrevi­sionswerberin), zwei bulgarische Unternehmen, legten in diesem Vergabeverfahren jeweils für einzelne Lose ein Angebot. Mit Entscheidungen vom 28. Juli 2020 bzw. vom 30. Juli 2020 wurde der E EOOD und der



P EOOD mitgeteilt, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarungen zu den einzelnen Losen abgeschlossen werden sollten. Die E EOOD und die P EOOD waren in keinem der Lose als Vertragspartner vorgesehen. Sowohl die E EOOD als auch die P EOOD beantragten daraufhin die Nichtigerklärung der jeweils sie (bzw. die Lose, zu denen sie Angebote gelegt hatten) betreffenden Entscheidungen der Auftraggeberin.

- 5 **2.** Mit den beiden (im Wesentlichen inhaltsgleichen) angefochtenen Beschlüssen vom 23. September 2020 wies das LVwG diese Anträge jeweils wegen Unzuständigkeit zurück.
- 6 Das LVwG hielt zunächst fest, dass seine Zuständigkeit nicht durch Parteienvereinbarung und auch nicht durch eine bestandfeste Festlegung in einer Ausschreibung begründet werden könne. Gemäß § 1 Abs. 1 des Niederösterreichischen Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG) umfasse die Zuständigkeit Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handle, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fielen. Die Zuständigkeit richte sich danach, wer Auftraggeber und damit zivilrechtlicher Vertragspartner sei; dies sei gegenständlich die EY EAD. Das LVwG sei somit zur Entscheidung über die Frage angerufen worden, ob ein bulgarisches Unternehmen mit einem in Bulgarien ansässigen Auftraggeber einen Vertrag abschließen dürfe, der in Bulgarien zu erfüllen und nach bulgarischem Recht abzuwickeln sei. Würde man eine Zuständigkeit des LVwG bejahen, würde dies massiv in die Souveränität Bulgariens eingreifen und stünde in einem Spannungsverhältnis zum völkerrechtlich anerkannten Territorialitätsprinzip. Eine Beherrschung der EY EAD durch das Land Niederösterreich sage nichts über eine Zuständigkeit des LVwG für Auftragsvergaben von Unternehmen im Ausland aus.
- 7 Das Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) enthalte in seinem § 180 Abs. 2 (ebenso wie die Richtlinie 2014/25/EU [Sektorenrichtlinie] in ihrem Art. 57 Abs. 3) eine Regelung betreffend die Beschaffungstätigkeit für einen Sektorenauftraggeber durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU. Daraus ergebe sich aber nur, welches materielle Vergaberecht für das Vergabeverfahren maßgeblich sei, nicht aber, welches



Verfahrensrecht auf das Nachprüfungsverfahren anzuwenden sei. Zwar werde in den Erläuterungen zum BVergG 2018 (RV 69 BlgNR 26. GP 27) diesbezüglich auf das Regelungsregime „im Rechtsschutzbereich“ bzw. im Erwägungsgrund 82 zur Richtlinie 2014/25/EU auf die „anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel“ verwiesen; diese Erwägungen fänden im Gesetzes- bzw. Richtlinien text aber keinen Niederschlag. Vom Wortlaut „zentrale Beschaffung“ sei das Rechtsmittelverfahren nicht erfasst. Das LVwG sei daher für die gegenständlichen Nachprüfungsanträge nicht zuständig.

- 8 Die Zulassung der ordentlichen Revision begründete das LVwG damit, dass es keine abschließenden Regelungen und keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage gebe, welches Vergaberechtsschutzregime anwendbar und welches Gericht für Nachprüfungsverfahren zuständig sei, wenn ein Auftraggeber, der seinen Sitz nicht in Österreich habe, einen Auftrag betreffend in seinem Land zu erbringende Leistungen ausschreibe und sich dabei einer zentralen Beschaffungsstelle aus Österreich bediene.
- 9 **3.1.** Die EBS GmbH erhob gegen beide Beschlüsse Revision (protokolliert zu Ro 2021/04/0001 sowie Ro 2021/04/0003). Die E EOOD und die P EOOD erhoben jeweils gegen den sie betreffenden Beschluss Revision (protokolliert zu Ro 2021/04/0002 bzw. Ro 2021/04/0004).
- 10 Die revisionswerbenden Parteien verweisen zur Zulässigkeit ihrer Revisionen (u.a.) auf die vom LVwG aufgezeigte Rechtsfrage. Begründend wird näher ausgeführt, Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU (und ebenso § 180 Abs. 2 BVergG 2018) sei im Hinblick auf die Zielsetzung, ein einheitliches Regelungsregime für die grenzüberschreitende Beschaffung vorzusehen, dahingehend auszulegen, dass er nicht nur das Beschaffungsverfahren, sondern auch das Nachprüfungsverfahren erfasse. Wenn von einer zentralen Beschaffungsstelle materiell österreichisches Vergaberecht anzuwenden sei, dann sei das Rechtsschutzverfahren vor den österreichischen Nachprüfungsstellen nach österreichischem Verfahrensrecht zu führen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt sei der Sitz der zentralen Beschaffungsstelle.



- 11 Die P EOOD bringt darüber hinaus vor, dass die EY EAD der Kontrolle des österreichischen Rechnungshofes unterliege und keine völkerrechtlichen Bedenken dagegen bestünden, dass die Rechtmäßigkeit der Beschaffung eines von einer österreichischen Gebietskörperschaft beherrschten Unternehmens, für die aufgrund der Einschaltung einer zentralen Beschaffungsstelle mit Sitz in Österreich österreichisches materielles Vergaberecht maßgeblich sei, von österreichischen Nachprüfungsstellen nach österreichischem Verfahrensrecht kontrolliert werde, auch wenn das Unternehmen seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU habe. Die Richtlinie 2014/25/EU knüpfe bei der Definition der öffentlichen Unternehmen nicht daran an, in welchem Mitgliedstaat das Unternehmen seinen Sitz habe, sondern lediglich an die Beherrschung durch einen öffentlichen Auftraggeber.
- 12 Die EBS GmbH erstattete in den zu Ro 2021/04/0002 und Ro 2021/04/0004 protokollierten Revisionen jeweils eine Revisionsbeantwortung, die E EOOD erstattete im Verfahren zu Ro 2021/04/0001 eine Revisionsbeantwortung, wobei darin allerdings jeweils beantragt wurde, die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben (vgl. dazu, dass das VwGG keinen Eintritt als mitbeteiligte Partei auf Seiten der revisionswerbenden Partei kennt, etwa VwGH 26.9.2022, Ro 2020/04/0034, Rn. 38, mwN). Vorgelegt wurde im Revisionsverfahren zudem eine beglaubigte Übersetzung einer Entscheidung des Obersten Verwaltungsgerichtes der Republik Bulgarien, mit der die Entscheidung der bulgarischen Vergabekontrollbehörde über ihre Unzuständigkeit in der gegenständlichen Vergabesache bestätigt worden ist.
- 13 **3.2.** Die EBS GmbH erhob gegen beide angefochtenen Beschlüsse zudem Beschwerde gemäß Art. 144 B-VG. Der Verfassungsgerichtshof lehnte die Behandlung dieser Beschwerden mit Beschlüssen vom 23. Februar 2021, E 3834/2020 und E 3835/2020, ab.





II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

14 **1.** Die Revisionen erweisen sich im Hinblick auf die oben dargestellte vom
LVwG aufgezeigte Rechtsfrage als zulässig. Sie sind aus den nachstehenden
Erwägungen auch berechtigt.

15 **2.1.** § 1 Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetzes (NÖ VNG),
LGBL 7200-3 in der Fassung LGBL Nr. 54/2019, lautet auszugsweise:

„§ 1 Geltungsbereich

(1) Dieses Gesetz regelt den Rechtsschutz in Angelegenheiten des öffentlichen
Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b
Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

[...]“

16 **2.2.** Art. 14b B-VG, BGBl. Nr. 1/1930 in der Fassung BGBl. I Nr. 51/2012,
lautet auszugsweise:

„**Artikel 14b.** (1) Bundessache ist die Gesetzgebung in den Angelegenheiten
des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Abs. 3 fallen.

(2) Die Vollziehung in den Angelegenheiten des Abs. 1 ist

[...]

2. Landessache hinsichtlich

[...]

- c) der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des
Art. 126b Abs. 2, soweit sie nicht unter Z 1 lit. c fällt, sowie der
Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127
Abs. 3 und des Art. 127a Abs. 3 und 8;

[...]

(3) Landessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in den
Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen
durch Auftraggeber im Sinne des Abs. 2 Z 2.

[...]“



17

2.3. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018), BGBl. I Nr. 65, lauten auszugsweise:

„Begriffsbestimmungen

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

[...]

47. Zentrale Beschaffungsstelle ist ein Auftraggeber gemäß den §§ 4 Abs. 1 bzw. 167 bis 169 oder ein Auftraggeber gemäß Art. 2 Abs. 1 Z 1 der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 65, bzw. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 243, mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder mit Sitz in einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens, der eine zentrale Beschaffungstätigkeit, gegebenenfalls zusammen mit einer Nebenbeschaffungstätigkeit, ausübt.
48. Zentrale Beschaffungstätigkeiten sind folgende auf Dauer für Auftraggeber gemäß den §§ 4 Abs. 1 bzw. 167 bis 169 oder für Auftraggeber gemäß Art. 2 Abs. 1 Z 1 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder mit Sitz in einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens durchgeführte Tätigkeiten:
- a) der Erwerb von Waren oder Dienstleistungen oder
 - b) die Vergabe von Aufträgen oder der Abschluss von Rahmenvereinbarungen.

[...]

Öffentliche Auftraggeber und sonstige zur Anwendung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verpflichtete Auftraggeber

§ 4. (1) Dieses Bundesgesetz gilt mit Ausnahme seines 3. Teiles für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder
2. Einrichtungen, die

[...]



- c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, oder

[...]

3. Teil Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber

[...]

Öffentliche Auftraggeber als Sektorenauftraggeber

§ 167. Soweit ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 eine Sektorentätigkeit (§§ 170 bis 175) ausübt, ist er Sektorenauftraggeber (öffentlicher Sektorenauftraggeber).

Öffentliche Unternehmen als Sektorenauftraggeber

§ 168. (1) Soweit öffentliche Unternehmen eine Sektorentätigkeit (§§ 170 bis 175) ausüben, sind sie Sektorenauftraggeber.

(2) Ein öffentliches Unternehmen gemäß Abs. 1 ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 oder ein öffentlicher Sektorenauftraggeber aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Die Ausübung eines beherrschenden Einflusses wird vermutet, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 oder ein öffentlicher Sektorenauftraggeber unmittelbar oder mittelbar

1. die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält oder
2. über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder
3. mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

[...]

Gemeinsame grenzüberschreitende Auftragsvergabe mehrerer Sektorenauftraggeber

§ 180. [...]

(2) Wird eine zentrale Beschaffungstätigkeit für einen Sektorenauftraggeber durch eine zentrale Beschaffungsstelle gemäß Art. 2 Z 12 der Richtlinie



2014/25/EU mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder mit Sitz in einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens durchgeführt, so unterliegt

1. die Durchführung des Vergabeverfahrens,

[...]

den Regelungen des Sitzstaates der zentralen Beschaffungsstelle.

[...]“

18 **2.4.** Die maßgeblichen Erwägungsgründe sowie Bestimmungen der Richtlinie 2014/25/EU lauten auszugsweise:

„[Erwägungsgrund] (78) [...]

Außerdem sollten die jeweiligen Zuständigkeiten der zentralen Beschaffungsstelle und der Auftraggeber, die ihre Beschaffungen über die zentrale Beschaffungsstelle abwickeln, für die Einhaltung der aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen, auch im Falle von Rechtsmitteln, durch geeignete Vorschriften geregelt werden. Obliegt die Durchführung der Vergabeverfahren allein der zentralen Beschaffungsstelle, so sollte diese auch die alleinige und unmittelbare Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Verfahren tragen. [...]

[...]

(82) [...] Daher sollten neue Vorschriften für die grenzüberschreitende gemeinsame Beschaffung festgelegt werden, um die Zusammenarbeit zwischen Auftraggebern zu erleichtern und die Vorteile des Binnenmarkts durch die Schaffung grenzüberschreitender Geschäftsmöglichkeiten für Lieferanten und Diensteanbieter zu erhöhen. Mit diesen Vorschriften sollten die Bedingungen für die grenzüberschreitende Nutzung zentraler Beschaffungsstellen festgelegt und das in grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffungsverfahren anwendbare Recht für die öffentliche Auftragsvergabe, einschließlich der anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel, bestimmt werden, ergänzend zu den Kollisionsnormen der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates.

[...]

Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

[...]





12. ‚zentrale Beschaffungsstelle‘ einen Auftraggeber im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der vorliegenden Richtlinie oder einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Nummer 1 der Richtlinie 2014/24/EU, der zentrale Beschaffungstätigkeiten und eventuell Nebenbeschaffungstätigkeiten ausübt.

[...]

Artikel 57

Auftragsvergabe durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten

(1) Unbeschadet der Artikel 28 bis 31 können Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten bei der Vergabe von Aufträgen gemeinsam vorgehen, indem sie auf eines der in diesem Artikel vorgesehenen Mittel zurückgreifen. Die Auftraggeber dürfen die in diesem Artikel vorgesehenen Mittel nicht dazu verwenden, die Anwendung von im Einklang mit dem Unionsrecht stehenden verbindlichen Bestimmungen des öffentlichen Rechts zu umgehen, denen sie in ihrem Mitgliedstaat unterliegen.

(2) Ein Mitgliedstaat untersagt seinen Auftraggebern nicht, zentrale Beschaffungstätigkeiten in Anspruch zu nehmen, die von zentralen Beschaffungsstellen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat angeboten werden. In Bezug auf zentrale Beschaffungstätigkeiten, die durch eine zentrale Beschaffungsstelle angeboten werden, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als der Auftraggeber hat, haben die Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, festzulegen, dass ihre Auftraggeber nur von den zentralen Beschaffungstätigkeiten im Sinne des Artikels 2 Nummer 10 Buchstabe a oder b Gebrauch machen dürfen.

(3) Die zentrale Beschaffung durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat [zu ergänzen entsprechend der gleichlautenden Bestimmung in Art. 39 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. der englischen Sprachfassung: erfolgt] gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat.

Die nationalen Vorschriften des Mitgliedstaats, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat, gelten auch für Folgendes:

[...]“

- 19 **2.5.** Artikel 1 der Richtlinie 92/13/EWG lautet auszugsweise:

„Artikel 1

Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren

(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 18 bis 24, 27 bis 30, 34 oder 55 jener Richtlinie ausgeschlossen sind.



[...]

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/25/EU beziehungsweise der Richtlinie 2014/23/EU fallenden Aufträge oder Konzessionen die Entscheidungen der Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

[...]“

20

3. Der Verwaltungsgerichtshof hat aus Anlass der vorliegenden Revisionsachen mit Beschluss vom 23. Juni 2022, EU 2022/0012 bis 0015, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) folgende Fragen gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1. Ist Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG dahingehend auszulegen, dass eine zentrale Beschaffung durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz ‚in einem anderen Mitgliedstaat‘ dann vorliegt, wenn der Auftraggeber unabhängig von der Frage der Zurechnung der Beherrschung dieses Auftraggebers seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als die zentrale Beschaffungsstelle hat?

2. Falls Frage 1 bejaht wird:

Erfasst die Kollisionsnorm des Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU, wonach die ‚zentrale Beschaffung‘ durch eine zentrale Beschaffungsstelle mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats erfolgt, in dem die zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat, auch die Rechtsvorschriften für Nachprüfungsverfahren und die Zuständigkeit der Nachprüfungsstelle im Sinn der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor?

3. Falls Frage 1 oder Frage 2 verneint wird:

[...]“





21 **4.** Mit Urteil vom 23. November 2023 in der Rechtssache C-480/22, *EVN Business Service*, beantwortete der EuGH diese Fragen wie folgt.

„1. Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG

ist dahin auszulegen, dass

eine zentrale Beschaffung im Rahmen der gemeinsamen Auftragsvergabe durch Auftraggeber aus verschiedenen Mitgliedstaaten von einer zentralen Beschaffungsstelle ‚mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat‘ durchgeführt wird, wenn der Auftraggeber seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Sitzes der zentralen Beschaffungsstelle hat, gegebenenfalls auch unabhängig vom Sitz einer dritten Stelle, die den Auftraggeber oder die zentrale Beschaffungsstelle beherrscht.

2. Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25 ist im Licht der Erwägungsgründe 78 und 82 dieser Richtlinie

dahin auszulegen, dass

sich die in dieser Bestimmung verankerte Kollisionsnorm, wonach die zentralen Beschaffungstätigkeiten einer zentralen Beschaffungsstelle gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats, in dem diese zentrale Beschaffungsstelle ihren Sitz hat, erfolgen, auf Nachprüfungsverfahren im Sinne der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor in der Fassung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe erstreckt, die diese Tätigkeiten betreffen, soweit diese zentrale Beschaffungsstelle das Vergabeverfahren durchgeführt hat.“

Ausgehend davon musste die dritte vom Verwaltungsgerichtshof gestellte Vorlagefrage nicht mehr beantwortet werden (vgl. Rn. 49 des Urteils).

22 In seinen Entscheidungsgründen legte der EuGH wie folgt dar:

„**Zur ersten Frage**

[...]

28 Ungeachtet des Umstands, dass die Richtlinie 2014/25 somit zur Feststellung, welchem Mitgliedstaat ein Auftraggeber zuzuordnen ist,



teilweise unterschiedliche Ausdrücke verwendet, auch in ihren verschiedenen Sprachfassungen, lassen diese Ausdrücke gleichwohl erkennen, dass das vom Unionsgesetzgeber gewählte Anknüpfungskriterium territorialen Charakter hat, was im Übrigen der allgemeinen Regel entspricht, die sich im Wesentlichen aus Art. 57 Abs. 1 Unterabs. 2 dieser Richtlinie ergibt, wonach jeder Auftraggeber die Vorschriften einhalten muss, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem er ansässig ist.

- 29 Daher ist in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens, in dem sich die zentrale Beschaffungsstelle und der Auftraggeber in verschiedenen Mitgliedstaaten befinden, davon auszugehen, dass es sich um die Vergabe eines grenzüberschreitenden Auftrags handelt, die von einer zentralen Beschaffungsstelle durchgeführt wird.
- 30 Hierzu ist festzustellen, dass dieser Richtlinie und insbesondere ihrem Art. 57 nicht zu entnehmen ist, dass ein relevantes Anknüpfungskriterium für einen Auftraggeber darin bestünde, ob eine regionale Gebietskörperschaft oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts, die diesen Auftraggeber beherrscht, zu einem bestimmten Mitgliedstaat gehört. Wenn der Unionsgesetzgeber das Kriterium, mit dem auf eine Verbindung zwischen einem Auftraggeber und einer anderen Stelle abgestellt wird, verwenden wollte, hat er es ausdrücklich verwendet, wie in Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie.

[...]

Zur zweiten Frage

[...]

- 35 Zwar scheint sich Art. 57 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25 auf der Basis einer wörtlichen Auslegung nur auf das materielle Vergaberecht zu beziehen, doch schließt sein Wortlaut nicht aus, dass sich diese Bestimmung sowohl auf die Rechtsvorschriften im Bereich der Nachprüfungsverfahren als auch auf die Zuständigkeit der Nachprüfungsstelle im Sinne der Richtlinie 92/13 erstreckt.
- 36 Unter diesen Umständen sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Kontext und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden (Urteil vom 29. Juni 2023, Interfel, C-501/22 bis C-504/22, EU:C:2023:531, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 37 Ferner ist nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung bei mehreren möglichen Auslegungen einer Vorschrift des Unionsrechts derjenigen der Vorzug zu geben, die die praktische Wirksamkeit der Vorschrift zu wahren



geeignet ist (Urteil vom 29 Juni 2023, Interfel, C-501/22 bis C-504/22, EU:C:2023:531, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 38 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach dem 78. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/25 die jeweiligen Zuständigkeiten der zentralen Beschaffungsstelle und der Auftraggeber, die ihre Beschaffungen über die zentrale Beschaffungsstelle abwickeln, für die Einhaltung der aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen, auch im Fall von Rechtsmitteln, durch geeignete Vorschriften geregelt werden sollten.

[...]

- 40 Außerdem heißt es im 82. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/25, dass neue Vorschriften für die grenzüberschreitende gemeinsame Beschaffung festgelegt werden sollten und dass mit diesen Vorschriften die Bedingungen für die grenzüberschreitende Nutzung zentraler Beschaffungsstellen festgelegt und das in grenzüberschreitenden gemeinsamen Beschaffungsverfahren anwendbare Recht für die öffentliche Auftragsvergabe, einschließlich der anwendbaren Rechtsvorschriften für Rechtsmittel, bestimmt werden sollen.
- 41 Aus diesen Erwägungsgründen geht hervor, dass der Unionsgesetzgeber nicht nur das materielle Recht festlegen wollte, das für grenzüberschreitende Aufträge und zentrale Beschaffungsstellen gilt, sondern auch das Recht in Bezug auf die Nachprüfungsverfahren, zu denen diese Aufträge und diese Tätigkeiten führen können.
- 42 Folglich ist einer Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie 2014/25, die solche Aufträge und Tätigkeiten regeln, der Vorzug zu geben, wonach sich sowohl das materielle Recht als auch das Recht in Bezug auf Nachprüfungsverfahren erfassen lässt.
- 43 Somit ist davon auszugehen, dass die Richtlinie 2014/25 auf das Recht der Mitgliedstaaten nicht nur hinsichtlich der Bestimmungen dieses Rechts verweist, die den Ablauf des Verfahrens zur Vergabe grenzüberschreitender Aufträge regeln, sondern auch hinsichtlich derjenigen Bestimmungen, die die Nachprüfungsverfahren einschließlich der gerichtlichen Nachprüfungsverfahren regeln, die im Anschluss an ein solches Vergabeverfahren möglicherweise durchgeführt werden.
- 44 Eine solche Auslegung steht zudem im Einklang mit dem Ziel der Richtlinie 2014/25, eine einheitliche Regelung für grenzüberschreitende zentrale Beschaffungen einzuführen. Da eine zentrale Beschaffungsstelle ihre zentralen Beschaffungstätigkeiten gemäß den nationalen Bestimmungen des Mitgliedstaats, in dem sie ihren Sitz hat, durchzuführen hat, ist es nämlich offensichtlich konsequent, das möglicherweise eingeleitete Nachprüfungsverfahren nach dem Recht dieses Mitgliedstaats



durchzuführen und die Zuständigkeit der betreffenden Nachprüfungsstelle nach eben diesem Recht bestimmen zu lassen.“

23 **5.** Die Regelung des § 180 BVergG 2018 setzt Art. 57 der Richtlinie 2014/25/EU um (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP 177). Unstrittig ist, dass im vorliegenden Fall eine zentrale Beschaffungstätigkeit für einen Sektorenauftraggeber (EY EAD) mit Sitz in Bulgarien durch eine zentrale Beschaffungsstelle gemäß Art. 2 Z 12 der Richtlinie 2014/25/EU (EBS GmbH) mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat (nämlich Österreich) durchgeführt wurde. Ausgehend von den oben wiedergegebenen Ausführungen des EuGH zur ersten Vorlagefrage in der Rechtssache C-480/22 sind die Voraussetzungen des Einleitungssatzes des § 180 Abs. 2 BVergG 2018 somit gegeben und die Kollisionsnorm dem Grunde nach anwendbar.

24 Im Hinblick auf die Ausführungen des EuGH im zitierten Urteil zur zweiten Vorlagefrage erstreckt sich diese Kollisionsnorm auch auf die Regelungen des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Regelungen zur Zuständigkeit der Nachprüfungsstelle. Daher richtet sich die Beurteilung der zugrundeliegenden Nachprüfungsanträge der E EOOD und der P EOOD nicht nur in materieller, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nach dem Recht des Sitzstaates der zentralen Beschaffungsstelle, somit nach österreichischem Recht. Bezogen auf den vorliegenden Fall resultiert daraus im Hinblick darauf, dass sowohl die Sektorenauftraggeberin als auch die zentrale Beschaffungsstelle (zumindest mittelbar) vom Land Niederösterreich finanziell beherrscht werden, hinsichtlich der maßgeblichen Regelungen für die Nachprüfung von Auftraggeberentscheidungen die Anwendbarkeit des NÖ VNG. Das LVwG hat somit seine Zuständigkeit zur Entscheidung über die zugrundeliegenden Nachprüfungsanträge der E EOOD und der PEOOD zu Unrecht verneint und die Anträge unzutreffender Weise zurückgewiesen.

25 **6.** Die angefochtenen Beschlüsse waren daher wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

26 Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte - auch im Hinblick auf die erfolgte Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH - gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden.



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

W i e n , am 21. Dezember 2023

