



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/077/1118/2025/E-2
A. GmbH

Wien, 24.04.2025

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl betreffend die Pauschalgebühren im Zusammenhang mit dem Antrag der A. GmbH, vormals B. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Wahl der Direktvergabe betreffend das Vergabeverfahren "WH Arena - Strategischer Partner", der Wien Holding GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, den

BESCHLUSS

gefasst:

I. Der vom VwGH mit Erkenntnis vom 10.01.2025, Ra 2023/04/0281-12, aufgehobene Punkt II des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Wien vom 11.10.2023, VGW-123/077/9126/2023-32, wird durch folgenden Punkt II ersetzt:

„II. Die Antragstellerin hat binnen 14 Tagen € 49.639,50 an ausständigen Pauschalgebühren an das Verwaltungsgericht Wien bei sonstiger Exekution zu entrichten.“

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Begründung

I. Verfahrensgang

Die Wien Holding GmbH (im Folgenden: Antragsgegnerin) hat ein am 4.2.2023 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichtes Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Ermittlung eines strategischen Partners, welcher partnerschaftlich mit der Antragsgegnerin die auftragsgegenständlichen Veranstaltungshalle plant, errichtet, betreibt und finanziert, geführt.

An dem Vergabeverfahren hat sich - neben anderen Bewerbern bzw. späteren Bietern - eine Bietergemeinschaft, bestehend aus der nunmehrigen A. GmbH, der C. GmbH und der D. Limited beteiligt. Diese Gemeinschaft hat zunächst einen Teilnahmeantrag gestellt, wurde zur Legung des Erstangebots eingeladen und hat sowohl ein Erstangebot als auch ein Zwischenangebot abgegeben.

In der Letztangebotsphase hat die D. Limited ein Letztangebot abgegeben und wurde mit Zuschlagsentscheidung vom 30.06.2023 als präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Die A. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) hat kein Letztangebot abgegeben.

Die Antragstellerin hat gegen die Zuschlagsentscheidung vom 30.06.2023 einen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt sowie in eventu, falls eine Direktvergabe an die präsumtive Zuschlagsempfängerin vorliegen sollte, die Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe beantragt und an Pauschalgebühren insgesamt € 39.339,00 entrichtet.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Beschluss vom 14.07.2023 mit der Begründung abgewiesen, dass der Antragstellerin mangels Abgabe eines Letztangebotes im Vergabeverfahren der Zuschlag nicht erteilt werden kann und ihr insoweit ein Schaden nicht unmittelbar droht bzw. ein allenfalls bereits eingetretener Schaden durch die beantragte einstweilige Verfügung nicht abgewendet werden kann.

Im Juli 2023 wurde für den 31.08.2023 eine mündliche Verhandlung anberaumt.

Die Antragstellerin hat ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 30.08.2023 vor Beginn der mündlichen Verhandlung zurückgezogen.

Das Verwaltungsgericht hat daraufhin mit Beschluss vom 11.10.2023, VGW-123/077/9126/2023-32, das Nachprüfungsverfahren wegen erfolgter Zurückziehung des Nachprüfungsantrags eingestellt, der Antragstellerin die Entrichtung von ausständigen Pauschalgebühren in Höhe von € 49.639,50 (über die von der Antragstellerin bereits entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 39.339,00 hinausgehend) aufgetragen, ausgesprochen, dass die Antragstellerin die von ihr bereits entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen hat, und die ordentliche Revision nicht zugelassen.

Die Antragstellerin hat gegen diesen Beschluss mit Schriftsatz vom 27.11.2023 außerordentliche Revision erhoben und im Wesentlichen ausgeführt, der gegenständliche Auftrag sei als Dienstleistungsauftrag zu beurteilen und der für die Bestimmung der Pauschalgebühren zugrunde gelegte geschätzte Auftragswert sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar.

Der VwGH hat mit Erkenntnis vom 10.1.2025, Ra 2023/04/0281-12, Spruchpunkt II des angefochtenen Beschlusses aufgehoben und die Revision im Übrigen zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen hat der VwGH dazu unter anderem dargelegt, dass dem Beschluss nähere Feststellungen zu den den Leistungsgegenstand prägenden wesentlichen Verpflichtungen bzw. zu dem vom Auftraggeber mit dem Vorhaben zu deckenden Bedarf oder ergänzende Ausführungen fehlen und daher für den VwGH nicht überprüfbar sei, wie das Verwaltungsgericht zu dem Schluss gekommen ist, dass die Bauleistungen den Auftrag als Bauauftrag prägen. Davon ausgehend erübrige es sich, auf das weitere Vorbringen betreffend die Ermittlung des Auftragswertes einzugehen.

Das Verwaltungsgericht hat darauf zunächst mit Schreiben vom 29.01.2025 die Antragsgegnerin aufgefordert, zur Frage der Einordnung des gegenständlichen

Auftrags als Bauauftrag oder als Dienstleistungsauftrag sowie zur Frage des Auftragswerts eine begründete Stellungnahme zu übermitteln.

Die Antragsgegnerin hat dazu mit Schriftsatz vom 26.02.2024 eine Stellungnahme übermittelt. In dieser Stellungnahme hat die Antragsgegnerin - kurz zusammengefasst - Folgendes ausgeführt:

Die Stadt Wien (bzw. die Antragsgegnerin) habe zunächst einen geeigneten Standort für die geplante Errichtung der Veranstaltungshalle gesucht und habe sich der Standort „...“ als am besten geeignet ergeben. In der Folge seien eine technische Machbarkeitsstudie, das Raum- und Funktionsprogramm, eine Mobilitätsstudie und eine städtebauliche Studie jeweils unter Beiziehung von FachexpertInnen erarbeitet worden. Anschließend sei ein Architekturwettbewerb durchgeführt und das Siegerprojekt der im Schriftsatz genannten Architektengemeinschaft gekürt worden.

Anschließend sei das Siegerprojekt im Rahmen der Projektoptimierungs- und Projektkoordinierungsphase nochmals geprüft, optimiert und feingeschliffen worden. Im Zuge der Covid-19 – Pandemie seien die Pläne nochmals überarbeitet und an die veränderten Anforderungen an die Hygiene und Sicherheit angepasst worden.

Danach habe eine Überprüfung der Gesamtkosten des Projekts durch den Stadtrechnungshof die Projektkosten unter Berücksichtigung der Kostengruppen 1 bis 9 der ÖNORM B 1801 bei einer Schwankungsbreite von +/- 30% mit rund € 741 Millionen beziffert.

Auf Grund der Höhe der geschätzten Kosten sei die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis gekommen, dass das Projekt ohne Beiziehung eines strategischen Partners nicht realisierbar sei. Die ursprüngliche Idee, lediglich die Errichtung der Veranstaltungshalle zu beauftragen und diese in der Folge selbst zu betreiben, sei also aus Kostengründen aufgegeben worden. Stattdessen habe die Antragsgegnerin einen strategischen Partner gesucht. Ziel der Ausschreibung sei es daher, unter Einbindung internationaler strategischer Partner das Konsolidierungsprojekt auf seine Marktfähigkeit und Betriebstauglichkeit zu

überprüfen und entsprechend zu optimieren (Die Kosten hätten somit über die Beziehung eines strategischen Partners gesenkt werden sollen).

Die anschließende Ausschreibung habe vorgesehen, dass im Wesentlichen die Errichtung der Veranstaltungshalle und deren anschließender Betrieb anzubieten waren. Die Mindestanforderungen an die Eignung hätten Referenzen sowohl für die Errichtung einer entsprechenden Veranstaltungshalle als auch für den Betrieb einer entsprechenden Veranstaltungshalle umfasst. Die Antragstellerin habe nachweislich kein Letztangebot abgegeben.

Es sei unbestritten, dass die ausgeschriebene Leistung sowohl Elemente eines Bauauftrags (Errichtung der Veranstaltungshalle) als auch eines Dienstleistungsauftrags (anschließender Betrieb) aufweise.

Die fachgerechte Planung der Veranstaltungshalle sei unabdingbar, damit das Ziel einer „Must Play-Arena“ überhaupt erreicht werden könne. Ohne das errichtete Gebäude sei schließlich ein Betrieb der Arena gar nicht möglich, während die Errichtung selbstverständlich auch ohne nachgelagerten Betrieb denkbar wäre. Die Expertise der Entwicklung der Arena in Form von Planung und Errichtung sei daher für das gegenständliche Projekt zwingend erforderlich, um den erfolgreichen Betrieb der Arena überhaupt erst zu ermöglichen. So sei schon von Beginn des Vergabeverfahrens an das Hauptaugenmerk im Projekt darauf gelegt worden, eine betriebsfähige Arena errichten zu lassen. Der Hauptgegenstand des Projekts sei die Planung und Errichtung der Arena, welche deren späteren Betrieb überhaupt erst ermögliche.

Auch sei nach der Rechtsprechung des EuGH bei noch zu errichtenden Gebäuden, die im weiteren Verlauf Ausgangsbasis für eine Dienstleistung seien, davon auszugehen, dass der Hauptgegenstand des Vertrags in der Errichtung liege (EuGH 10.07.2014, C-213/13, Impresa Pizzarotti). Ebenso würden nach der Rechtsprechung des EuGH Dienstleistungselemente wie der Erwerb von Grundstücken, die Beschaffung von Finanzmitteln, die Organisation eines Auswahlverfahrens sowie die Vermarktung der Gebäude zur Fertigstellung eines Bauwerks gehören und damit Teil des Bauauftrags seien (EuGH 18.01.2007, C-220/05, Jean Aurox).

Auch aus den Berechnungen zum geschätzten Auftragswert zeige sich, dass die Gesamtinvestitionskosten für Bau, Errichtung und gleichzeitige Planung ein Vielfaches über dem geschätzten Auftragswert der Dienstleistungen liege. Ein derart eindeutiges Überwiegen des Wertes bei der Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungselementen sei nach der österreichischen Rechtsprechung bereits als oft entscheidendes Kriterium angesehen worden (BVA 30.04.2001, F-6/99-41 (ATS 38,6 Mio im Verhältnis zu ATS 14,1 Mio), BVA 20.11.2001, N-122/01-25 (ATS 5,6 Mio zu ATS 1,4 Mio), BVA 26.02.2003, 15N-08/03-11 (unbefristete Vertragsdauer für Wartungsleistungen)).

Hinzu komme, dass auch im Hinblick auf die primär maßgebliche Leistungspflicht der Planung und Errichtung der Arena eine entsprechende Festlegung der dafür maßgeblichen Befugnisse im Rahmen des Vergabeverfahrens erfolgt sei. So sei als maßgebliche Befugnis für das gegenständliche Vergabeverfahren die Baumeisterbefugnis (Befugnis zur Planung der Arena sowie Befugnis zur Errichtung der Arena) festgelegt worden.

Zu beachten sei weiters, dass dem zukünftigen Auftragnehmer nur ein Baurecht eingeräumt werde und das Bauwerk (die Arena) somit nach Ablauf der Dauer des Baurechts in das Eigentum der Auftraggeberin übergehe und noch für Jahrzehnte weiter genutzt werden könne. Auch aus diesem Grund stünden die Bauleistungen jedenfalls im Vordergrund, da ohne entsprechend nachhaltige und langlebige Errichtung die spätere Weiternutzung durch die Auftraggeberin massiv beeinträchtigt bzw. unmöglich wäre.

Nach aktueller, höchstgerichtlicher Rechtsprechung sei ein Vertrag außerdem dann als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren, wenn er die Errichtung eines Bauwerks zum Gegenstand habe und der Auftraggeber Einfluss auf die architektonische Struktur dieses Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände ausübe, gleichgültig, welche Mittel dafür eingesetzt würden (EuGH 17.10.2024, C-28/23, Rn 51,52). Dies liege hier ebenfalls vor, da die Auftraggeberin dem späteren Auftragnehmer sowohl detaillierte Vorgaben zum äußeren Erscheinungsbild der Arena gemacht habe (insbesondere Vorgaben an die

Architektur), als auch zur Kapazität der Arena. Auch aus diesem Grund liege ein Bauauftrag vor.

Auch der Verlauf des Vergabeverfahrens mit einem besonderen Fokus auf die Planung und Errichtung als überwiegendem Teil der Inhalte der Verhandlungen zeige klar den Fokus des Vergabeverfahrens und des künftigen Auftrags als Bauauftrag. So habe die Wesentlichkeit der Errichtung der Arena auch das Vergabeverfahren geprägt. In der Zwischenangebotsphase seien sogar gesonderte Verhandlungsrunden nur zu technischen Themen abgehalten worden, in denen die Errichtung der Arena im Vordergrund gestanden sei. Zusätzlich ergebe sich auch aus dem Partnerschaftsvertrag ebenso eindeutig, dass der künftige strategische Partner die Arena insbesondere planen und errichten solle. Der Hauptteil des Partnerschaftsvertrages betreffend die Planungs- und Errichtungsphase.

Auch aus der Preisbewertung ergebe sich die Wesentlichkeit der Errichtung der Arena im Vergleich zu nachfolgenden Dienstleistungen bzw. Betriebsleistungen. Maßgebliche Größe sei dabei die Bewertung der Höhe der Meilensteinzahlungen der Auftraggeberin gewesen, die sich ausschließlich in „Zuzahlungen“ zu den Errichtungskosten der Arena erschöpfe. Ein finanzieller Beitrag der Auftraggeberin in der Betriebsphase würde nicht erfolgen.

Der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert würde sich aus den Gesamtinvestitionskosten abzüglich dem Wert der Überschüsse und somit potentieller Rückzahlungen durch Betriebsleistungen wie folgt ergeben:

Die Gesamtinvestitionskosten in der im Vergabeakt ausgewiesenen Höhe (Bau, Errichtung, gleichzeitige Planung) sei von drei unterschiedlichen Stellen berechnet worden, wobei diese - im Ergebnis - ähnliche Ergebnisse gezeigt hätten. Neben den Ergebnissen dieser drei Berechnungen sei auch der Rechnungshofbericht November 2021 als Grundlage für die Schätzung des Auftragswertes herangezogen worden.

Die Stellungnahme enthält anschließend detaillierte Angaben zum Gang der Berechnung des geschätzten Auftragswerts, wobei die Betragsangaben als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis der Antragsgegnerin grau hinterlegt und in der

für die Parteien bestimmten Ausfertigung geschwärzt sind. Es sei aber bei der Einleitung des Vergabeverfahrens zu bedenken gewesen, dass die Gesamtinvestitionskosten durch Optimierungen der Bieter reduziert werden könnten, sowie, dass hinsichtlich der Errichtungskosten eine (beträchtliche) Finanzierung durch den strategischen Partner möglich und gewünscht sei, wodurch sich die Höhe des durch die Auftraggeberin in der Errichtungsphase zu zahlenden Betrages verringern würde.

Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes sei berücksichtigt worden, dass in der vertraglichen Betriebsphase der Arena Überschüsse aus dem Betrieb erwirtschaftbar seien. Die Rückflüsse könnten vom städtischen Partner somit an die Auftraggeberin geleistet werden (sofern vom strategischen Partner keine eigene private Finanzierung für einen Teil der Errichtung erfolgen würde).

Zur Einschätzung dieser möglichen Rückflüsse seien die vermuteten Umsatzerlöse und die vermuteten Aufwände für ein Jahr des Betriebes errechnet und dann auf einen Betrachtungszeitraum von 30 Jahren hochgerechnet worden. Hintergrund dieses Zeitraumes sei gewesen, dass die Dauer der Betriebseinräumung zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens offen und auch Teil der Verhandlungen mit den Bietern in der 2. Stufe des Verfahrens gewesen sei, wobei die Auftraggeberin anfangs von einer Betriebseinräumung von 20 bis 40 Jahren ausgegangen sei, weshalb der angeführte Jahreswert mit dem Mittelwert von 30 Jahren multipliziert worden sei. Die Angabe in der Bekanntmachung (20 bis 60 Jahre) sei vorsichtshalber erfolgt, um die Flexibilität für Verhandlungen in der 2. Stufe des Verfahrens zu wahren.

Die Antragsgegnerin sei auf der Grundlage des erarbeiteten Businessplanes zu näher bezifferten jährlichen Aufwendungen und Erträgen gekommen, woraus sich ein näher bezifferter jährlicher Überschuss ergeben würde.

Aus den angeführten Berechnungen hätte sich ergeben, dass die Gesamtinvestitionskosten für Bau, Errichtung und gleichzeitige Planung deutlich über dem Wert der Dienstleistungen liegen würden. Es sei daher im Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens zu erwarten gewesen, dass von der Auftraggeberin ein Anteil an den Errichtungskosten in der bezifferten Höhe zu

tragen wäre, wobei dieser Wert im Vergabeakt als geschätzter Auftragswert ausgewiesen sei.

Das Verwaltungsgericht hat diese Stellungnahme der Antragstellerin sowie der D. Limited als mitbeteiligte Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens im Rahmen des Parteiengehörs übermittelt.

Die D. Limited hat dazu mit Schreiben vom 18.03.2025 mitgeteilt, dass sie keine inhaltliche Stellungnahme zur Stellungnahme der Auftraggeberin erstattet.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 18.03.2025 mitgeteilt, dass sie ihren Firmennamen in A. GmbH geändert hat, und folgende inhaltliche Stellungnahme erstattet:

Die Antragsgegnerin versuche eine zweigliedrige Argumentation zur Darlegung ihres Standpunktes. Einerseits versuche sie mit einer „ideellen“ Argumentation darzulegen, dass das Hauptanliegen der ausgeschriebenen Leistung in den mitausgeschriebenen Bauleistungen liege. Da sich die Auftraggeberin wohl der Schwäche dieser Argumentation vor dem Hintergrund der Entscheidung des VwGH bewusst sei, schiebe sie sicherheitshalber eine zweite Argumentation nach. Sie versuche anhand diverser Berechnungen darzulegen, dass von einem wertmäßigen Überwiegen der von ihr als Bauleistungen eingeordneten Leistungen auszugehen sei.

Die „ideelle“ Argumentation würde ins Leere gehen. Weder die Chronologie noch die inneren Beweggründe der Auftraggeberin seien nach der Judikatur für die Beantwortung der Frage des Hauptgegenstandes relevant. Dies ergebe sich bereits aus dem aufhebenden Beschluss des VwGH vom 10.01.2025, Ra 2023/04/0281-12, RZ 20. Dort habe der VwGH auf eine „objektive Prüfung des Gesamtvorhabens“ abgestellt, um den Hauptgegenstand des Auftrags zu bestimmen. Die diesbezüglichen Ausführungen des VwGH würden die ständige Rechtsprechung des EuGH wiedergeben (vgl. EuGH 22.04.2021, C-537/19, RZ 46, und die dort angeführte Rechtsprechung).

Im Widerspruch dazu würde die Antragsgegnerin darauf abstellen, welche Leistungen chronologisch zuerst anfallen bzw. welche Leistungen aus ihrer (subjektiven) Sicht im Vordergrund stünden. Auf den Zeitpunkt der Leistung könne es aber schon deshalb nicht ankommen, da andernfalls in jedem Fall die chronologische Erstleistung den Auftragsgegenstand definieren würde. Dies wäre zwar für die Antragstellerin im Ergebnis günstig, weil im gegenständlichen Fall die Planung und damit eine Dienstleistung zuerst anfallt, könne aber im Sinne der zitierten Judikatur nicht haltbar sein. Auch auf eine subjektive Sichtweise der Auftraggeberin könne es nicht ankommen, da die Auftraggeberin andernfalls willkürlich (und sogar im Nachhinein) die Auftragsart bestimmen könne. Es müsse - im Sinne der Judikatur - stattdessen auf objektive Kriterien ankommen, die im Übrigen für die Antragstellerin auch erkennbar sein müssten.

Der Vollständigkeit halber werde darauf hingewiesen, dass die bloße Bezeichnung als Bauauftrag oder Bauvorhaben in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht zur Präklusion hinsichtlich der tatsächlichen Auftragsart führen könne (VwGH 12.12.2007, 2007/04/0167). Auch könne eine Präklusion nicht aus dem bloßen Umstand abgeleitet werden, dass die Auftraggeberin als maßgebliche Befugnis in den Ausschreibungsunterlagen die Baumeisterbefugnis festgelegt habe.

Die Auftraggeberin führe zum Hauptgegenstand des Auftrags aus, dass es sich aus dem Partnerschaftsvertrag ergebe, dass der *„künftige strategische Partner die Arena insbesondere planen und errichten“* solle. Dabei übergehe die Auftraggeberin allerdings, dass neben den Planungsleistungen eben auch der Betrieb ausgeschrieben worden sei bzw. dem Auftragnehmer die Betriebsrechte im Ausmaß von 20 bis 60 Jahren eingeräumt würden.

Darüber hinaus sei in den Ausschreibungsunterlagen im Abschnitt II.2.4 der Bekanntmachung unter Punkt *„Beschreibung der Beschaffung“* Folgendes festgehalten:

„(...) Die Leistungsteile des strategischen Partners umfassend die (Organisation der) Planung (Vertiefung bzw. Fortführung der bestehenden Planung und Projektgrundlagen bzw. Neuplanung auf Basis nachvollziehbarer und begründeter

Notwendigkeiten), die (Organisation der) Errichtung, den Betrieb und die allfällige Finanzierung der WH Arena über eine noch festzulegende Vertragslaufzeit. (...)“.

Zudem befänden sich im Partnerschaftsvertrag zahlreiche Festlegungen, die die genaue Erbringung der Betriebsleistungen der errichteten Arena für den Zeitraum von mindestens 30 Jahren regeln. Daraus ergebe sich, dass der Hauptbedarf der Auftraggeberin eben nicht in der Errichtung und Planung der Arena, sondern im späteren Betrieb liege.

Dass die Auftraggeberin in der Bekanntmachung (und in den darin angegebenen CPV-Codes) fälschlicherweise vom Bauauftrag als Hauptgegenstand der Ausschreibung ausgegangen sei, ändere auf Basis der vorstehend zitierten Judikatur zur Präklusion an dieser Beurteilung nichts. Diese Auffassung würden auch die vorangegangenen Zitate der Antragstellerin aus der Bekanntmachung belegen, wonach tatsächlich zahlreiche Dienstleistungen, wie die Betriebseinräumung, Finanzierung etc., mindestens über einen Zeitraum von 30 Jahren zu erbringen seien und den Hauptgegenstand bilden würden. Bei einer derart langen Dauer der Leistungserbringung sei es geradezu denkunmöglich, dass nicht diese jahrzehntelang zu erbringenden Dienstleistungen, sondern die nur am Beginn des Projekts einmalig zu erbringenden Bauleistungen den Hauptgegenstand der Leistung darstellen würden.

Wenn man der Auftraggeberin nicht unterstellen möchte, durch das gegenständliche Projekt bloß ein großes Baukonjunkturprogramm zu verwirklichen, dann könne man nur davon ausgehen, dass der spätere (jahrzehntelange) Betrieb und nicht die bloße Errichtung einer ansonsten „zwecklosen“ Arena das Hauptziel der Auftraggeberin sei.

Zum Auftragswert führte die Antragstellerin zunächst aus, dass die Antragsgegnerin weitreichende Schwärzungen vorgenommen habe (Anmerkung des Verwaltungsgerichtes: Von der Antragsgegnerin geschwärzt wurden im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Schätzung des Auftragswertes die jeweiligen Beträge). In diesem Zusammenhang werde jedenfalls insbesondere an die Entscheidung des VwGH vom 22.11.2017, Ra 2017/19/0421, erinnert, wonach Schwärzungen, die der Antragstellerin jede Möglichkeit nehmen, sich substantiell

mit den geschwärzten - potentiell entscheidungsrelevanten - Ausführungen auseinanderzusetzen, nicht zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts herangezogen bzw. nicht in die rechtliche Würdigung einbezogen werden dürfen.

Soweit aus den nicht geschwärzten Passagen erkennbar sei, gehe die Argumentation der Antragsgegnerin ohnedies ins Leere. Sie würde vielmehr die Richtigkeit der Ausführungen der Antragstellerin bekräftigen, wonach der tatsächliche Betrieb (allenfalls gemeinsam mit weiteren Dienstleistungen) den Hauptgegenstand der gegenständlichen Ausschreibung bilden würde.

Zunächst würde die Antragsgegnerin suggerieren, dass diverse eindeutig als Dienstleistungen einzuordnende Leistungen (zum Beispiel Planungsleistungen) als Bauleistungen einzuordnen seien.

Die Antragsgegnerin lasse bei ihrer Argumentation zudem den klaren Gesetzeswortlaut des § 13 Abs. 1 BVergG außer Acht, wonach die Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts des gegenständlichen Auftrags der Gesamtwert (exklusive Umsatzsteuer) sei, der von der öffentlichen Auftraggeberin voraussichtlich zu zahlen sei. Da die von der Auftraggeberin ins Treffen geführten Gesamtinvestitionskosten aber im gegenständlichen Fall gerade nicht nur von der Auftraggeberin zu bezahlen seien, seien diese schon deshalb nicht ausschlaggebend.

Die Antragsgegnerin bringe zudem vor, dass bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes (auch) die Überschüsse aus dem Arena-Betrieb berücksichtigt worden seien, die an die Auftraggeberin geleistet werden könnten. Auf Basis ihrer Berechnungen habe sich gezeigt, dass die *„vermuteten Umsatzerlöse die vermuteten Aufwände für den Betrieb (...) pro Jahr übersteigen.“* Diese Überschüsse seien gemäß den Vorgaben des Partnerschaftsvertrages an die Auftraggeberin zu zahlen.

Auch mit diesem Argument sei für den Standpunkt der Antragsgegnerin nichts gewonnen. Selbst wenn das Verwaltungsgericht gegenständlich von einem Bauauftrag ausgehen sollte, wären vor diesem Hintergrund für die Bemessung des maßgeblichen Auftragswertes in jedem Fall nur jene Zahlungen, die die Auftraggeberin (und allenfalls die Stadt Wien) an die Auftragnehmer im

Auftragsfall entrichten würde, bei der Berechnung der Pauschalgebühren heranzuziehen (EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05; RZ 57; EB RV 69 BlgNR XXVI GP 49). Die in diesem Sinn zu zahlenden Beträge würden den zum Zeitpunkt der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens geltenden Schwellenwert für Bauaufträge im Oberschwellenbereich diesfalls aber gerade nicht um mehr als das Vierzigfache übersteigen. Pauschalgebühren wären diesfalls vielmehr mit dem Sechsfachen der Pauschalgebühren für Bauaufträge im Oberschwellenbereich zu bemessen. Wie sich das aus der kürzlich veröffentlichten ex ante-Transparenz Bekanntmachung vom 30.10.2024 ergebe (abrufbar unter eProcurement – Ausschreibungsliste – eProcurement – Ausschreibungsdetails – WH Arena – Strategischer Partner), betrage die (potentielle) Meilensteinzahlung der Antragsgegnerin an den (neuen) Auftragnehmer € 152.811.749,38. Bei dieser Berechnung wären - im Sinne der eigenen Argumentation der Antragsgegnerin - zudem noch die offenbar ermittelten (der Antragstellerin nicht bekannten) Überschüsse aus dem Betrieb der Arena (über die gesamte Vertragslaufzeit), die an die Antragsgegnerin (potentiell) zu zahlen sind, abzuziehen.

Selbst wenn das Verwaltungsgericht im gegenständlichen Fall von einem Bauauftrag ausgehen sollte, wäre eine solche Einordnung für die Antragstellerin keinesfalls vorhersehbar. Dies zeige sich schon dadurch, dass die Antragsgegnerin diese offenbar nur durch mehrere, komplexe und größtenteils erst nach Verfahrensbekanntmachung durchgeführte bzw. durchführbare Berechnungen, die in wesentlichen Aspekten als vertraulich eingestuft worden seien, darlegen könne. Vor diesem Hintergrund sei offensichtlich, dass ein Antragsteller im Zeitpunkt der Einbringung des Nachprüfungsantrags niemals wissen könne, wie die Pauschalgebühren zu bemessen wären. Diese Informationen seien aber für den effektiven Rechtsschutz relevant. Diese Informationen dürften aus unionsrechtlicher Sicht nicht zum Nachteil der Rechtsschutzsuchenden verwendet werden bzw. könnten nach der Judikatur des EuGH keine Grundlage für die Leistung der (erhöhten) Gebühren darstellen (vgl. EuGH 14.07.2022, C-274/21 und C-275/21, RZ 97).

Die Antragstellerin beantrage daher, mit Beschluss die von der Antragstellerin zu tragenden Pauschalgebühren in gesetzmäßiger Höhe festzusetzen und zu veranlassen, dass der darüber hinaus entrichtete Betrag der Antragstellerin zu

Handen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin zurückerstattet werde, sowie, Akteneinsicht im größtmöglichen Umfang zu gewähren.

Das Verwaltungsgericht hat diese Replik der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19.03.2025 zur Kenntnis gebracht und eine Stellungnahmefrist von 2 Wochen eingeräumt sowie beauftragt, innerhalb dieser Frist eine um allfällige Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geschwärzte Fassung des Aktenvermerks vom 31.02.2022 über die Dokumentation aller wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge gemäß § 49 Abs. 1 BVergG 2018 zwecks beantragter Akteneinsicht durch die Antragstellerin zu übermitteln.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 02.04.2025 eine geschwärzte Fassung des Aktenvermerks vom 31.01.2022 vorgelegt und im Schriftsatz detailliert begründet, warum die geschwärzten Teile Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin darstellen. Weiters war in diesem Schriftsatz dargelegt, was abstrakt Inhalt der geschwärzten Teile ist, und wurden die Schwärzungen im Aktenvermerk durch das Belassen allgemeiner (z.B. einleitender) Ausführungen so vorgenommen, dass erkennbar blieb, wovon im geschwärzten Teil jeweils die Rede ist.

Die Antragstellerin hat dazu mit Schriftsatz vom 22.4.2025 im Wesentlichen mitgeteilt, dass sie ihre bisherigen Ausführungen vollinhaltlich aufrechterhalte und ihr bisheriges Vorbringen durch die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 2.4.2025 nicht entkräftet worden sei. Die im übermittelten Aktenvermerk vom 31.1.2022 geschwärzten Teile dürften, weil sie von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin ausgenommen worden seien, nicht zur Begründung der Entscheidung herangezogen werden. Der Aktenvermerk würde im Übrigen im Wesentlichen aus Nacherzählungen der internen Überlegungen der Auftraggeberin bestehen und somit keine objektive Grundlage für die Einstufung des Auftrags als Bauauftrag oder als Dienstleistungsauftrag darstellen.

II. Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Im November 2018 hat die Stadt Wien bekannt gegeben, dass sie eine neue Multifunktionsarena für Konzerte, Shows, Entertainment und Sport für rund

20.000 Menschen realisieren wird. Die Antragsgegnerin wurde von der Stadt Wien mit der Aufgabe betraut, die Konzeption, die Planung, den Bau und den Betrieb der neuen Multifunktionsarena vorzubereiten. Um die Standortfrage zu klären, wurde eine detaillierte Standortanalyse durchgeführt, aus der das Areal in ... aus insgesamt zehn potentiellen Standorten als der am besten geeignete Standort hervorgegangen ist.

Dabei war zunächst angedacht, dass die Antragsgegnerin lediglich die Errichtung der Veranstaltungshalle als Fremdleistung vergibt und den nachfolgenden Betrieb der Veranstaltungshalle selbst übernimmt.

In der Folge wurde eine technische Machbarkeitsstudie, das Raum- und Funktionsprogramm, eine Mobilitätsstudie und eine städtebauliche Studie erarbeitet und ein Architekturwettbewerb durchgeführt.

In diesem Architekturwettbewerb wurde der Entwurf der Wiener Teilnehmergeinschaft Architekt E. F., Architekt G. H. und Architekt I. J. zum Siegerprojekt gekürt. Bewertet wurden neben der städtebaulichen Qualität die Funktionalität, die baukünstlerische Lösung, die Nachhaltigkeit und Energieeffizienz sowie die Wirtschaftlichkeit in der Errichtung, im Betrieb und in der Erhaltung.

Im Rahmen der Projektoptimierungs- und Projektkonsolidierungsphase im Jahr 2021 wurde das Siegerprojekt nochmals geprüft, optimiert und feingeschliffen, und zwar in enger Zusammenarbeit mit dem Architektenteam und Expertinnen und Experten aus unterschiedlichen Bereichen. Im Zentrum standen dabei die Erlebnisqualität, die Funktionalität, die Nachhaltigkeit des Gebäudes und die Flexibilität, sowohl was das Bauwerk selbst betrifft, als auch seine (technische) Ausstattung und die Infrastruktur im Inneren des Gebäudes. Vor dem Hintergrund der Covid-19 - Pandemie wurden die Pläne für die neue Multifunktionshalle auch nochmals in Kontext auf die veränderten Anforderungen an die Gesundheit und die Sicherheit gesetzt.

Im Zuge der Projektoptimierungs- und Projektkonsolidierungsphase wurde auch eine Kostenermittlung durchgeführt. Mangels Vorliegens einer Vorentwurfsplanung

konnte die Genauigkeit der Kostenermittlung mit einer Schwankungsbreite von rund 15 % ermittelt werden. Bei der Schätzung des Auftragswerts wurden zunächst die Baukosten gemäß Ö-Norm B 1801 in den Kostengruppen 1 bis 6 geschätzt und die Kostengruppen 7 bis 9 (Honorare, Nebenkosten, Reserven) sowie Reserven der Auftraggeberin hinzugerechnet. Die Kostenermittlung der Projektkonsolidierung erfolgt auf der Preisbasis Mai 2021.

Die Kosten wurden auch durch den Stadtrechnungshof Wien überprüft. Der Stadtrechnungshof Wien gelangte dazu unter Berücksichtigung der prognostizierten Valorisierung bis Ende 2026 und einer Schwankungsbreite von plus/minus 30 % unter Berücksichtigung der Kostengruppen 1 bis 9 gemäß Ö-Norm B 1802 zu geschätzten Kosten von rund € 741 Millionen.

Parallel hierzu erfolgte noch die Kostenermittlung durch andere sachverständige Institutionen mit jeweils ähnlichen betragsmäßigen Ergebnissen und Schwankungsbreiten. Da diese Kostenermittlungen jedoch den von der Stadt Wien avisierten Kostenrahmen (deutlich) überstiegen, wurde beschlossen, das Bauvorhaben nicht - wie ursprünglich vorgesehen - als auf die Planung und Errichtung eingeschränktes Projekt zu realisieren, sondern für das Projekt einen strategischen Partner zu suchen.

Im Zusammenhang mit den voraussichtlichen Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle und dem Erfordernis, diese Kosten zu finanzieren, wurde das Vorhaben dahingehend weiterentwickelt, dass anstatt eines Auftragnehmers, der die Veranstaltungshalle lediglich plant und errichtet, ein strategischer Partner gesucht wurde, der das Projekt auch finanziert und die Veranstaltungshalle anschließend betreibt. Dieser anschließende Betrieb soll dabei dem strategischen Partner eine Möglichkeit eröffnen, Überschüsse zu erwirtschaften und damit einen aus der Sicht zum Zeitpunkt der Schätzung des Auftragswertes lediglich untergeordneten Teil der Errichtungskosten zu refinanzieren.

Im Vergabeakt ist dies im Ordner 1 im Aktenvermerk vom 31.01.2022 über die Dokumentation aller wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge gemäß § 49 Abs. 1 BVergG 2018 festgehalten und dokumentiert.

Die Schätzung des Auftragswerts ist ebenfalls in dem zitierten Aktenvermerk ab Seite 17 enthalten. Dabei erfolgten parallele Schätzungen durch drei externe Experten. Gegenstand der Schätzung waren jeweils die Kosten für die Errichtung der geplanten Multifunktionshalle.

Die Antragsgegnerin hat schließlich die Schätzung des Auftragswerts so vorgenommen, dass sie die Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle unter Berücksichtigung der vorliegenden drei Berechnungen durch unterschiedliche externe Expertinnen und Experten sowie des vorliegenden Rechnungshofberichtes betreffend die zu erwartenden Investitionskosten für die Errichtung geschätzt hat. Diese Berechnungen sowie der Rechnungshofbericht und die Schätzung dieser Kosten durch die Auftraggeberin lagen dabei nahe beieinander. Die Höhe der jeweils berechneten Kosten und die Unterschiede zueinander waren dabei so beschaffen, dass für die Antragstellerin hinsichtlich der Bemessung der Pauschalgebühren auch dann nichts zu gewinnen gewesen wäre, wenn die Antragsgegnerin die Berechnung mit den niedrigsten Kosten herangezogen hätte.

Zu den erwartenden Überschüssen aus dem Betrieb der Veranstaltungshalle lag der Antragsgegnerin ein Businessplan vor, der von Expertinnen und Experten ausgearbeitet worden ist und eine sorgfältige Abschätzung der voraussichtlich erforderlichen jährlichen Aufwände sowie der voraussichtlich jährlich erzielbaren Erträge und damit des voraussichtlich erzielbaren jährlichen Überschusses beinhaltet hat. Die Veränderungen des Geldwertes über die Jahre wurde berücksichtigt.

Zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens erschien der Antragsgegnerin eine Dauer des Betriebs von 20 bis 40 Jahren wahrscheinlich, weshalb die Antragsgegnerin rechnerisch den Mittelwert von 30 Jahren als voraussichtliche Betriebsdauer angesetzt hat. Auf dieser Grundlage hat die Antragsgegnerin die erwarteten Überschüsse aus einer 30-jährigen Betriebsdauer von den voraussichtlichen Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle abgezogen und das rechnerische Ergebnis daraus (voraussichtliche Errichtungskosten minus voraussichtliche Überschüsse aus einem 30-jährigen Betrieb) als geschätzten Auftragswert dokumentiert.

Die bei der Bemessung der Pauschalgebühren herangezogene Schwelle des 40-fachen der Oberschwelle für Bauaufträge liegt bei etwas unterhalb von 222 Millionen Euro. Sämtliche Kostenschätzungen gelangen zu geschätzten Auftragswerten, die die Schwelle von etwa 222 Millionen Euro um ein Mehrfaches überschreiten. Dabei wurde der Wert des Baugrundstückes aus dem geschätzten Auftragswert herausgerechnet.

Die Bauleistung betrifft die Errichtung einer Veranstaltungshalle auf einem etwa 40.000 m² großen Bauplatz und sind die geschätzten Kosten der Bauleistung im Aktenvermerk vom 31.01.2022 über die Dokumentation aller wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge gemäß § 49 Abs. 1 BVergG 2018, Seite 17 bis 23, ausgewiesen.

Für den anschließenden Betrieb der Veranstaltungshalle wurde von der Antragsgegnerin ermittelt, dass ein Überschuss der Einnahmen durch den Betrieb über die Ausgaben durch den Betrieb zu erwarten ist. Dieser wurde mit dem aus dem Aktenvermerk vom 31.01.2022 über die Dokumentation aller wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge gemäß § 49 Abs. 1 BVergG 2018, Seite 17 bis 23, ersichtlichen Betrag pro Jahr ermittelt. Der erwartete jährliche Überschuss wurde für 30 Jahre berechnet und von den Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle abgezogen.

Der sich nach Abzug der für 30 Jahre geschätzten Einnahmen aus dem Betrieb ergebende Wert der nicht refinanzierten Errichtungskosten übersteigt die Schwelle von etwa 222 Millionen Euro um mehr als das Doppelte.

Aus den Beträgen, die in dem zitierten Aktenvermerk ausgewiesen sind, geht hervor, dass die Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle nach der Schätzung der Antragsgegnerin zum weitaus überwiegenden Teil nicht durch Überschüsse aus dem nachfolgenden Betrieb der Veranstaltungshalle refinanziert werden können. Der Kostenschätzung der Antragsgegnerin zu Folge war lediglich zu erwarten, dass die Errichtungskosten innerhalb von 30 Jahren zu einem geringen Teil durch Überschüsse aus dem Betrieb der Veranstaltungshalle refinanziert werden können.

Im nachfolgenden Vergabeverfahren wurden Angebote gelegt, die zum Teil deutlich niedriger waren als der eingangs von der Antragsgegnerin geschätzte

Auftragswert. Die Tatsache, dass diese Angebote deutlich niedriger ausgefallen sind als der geschätzte Auftragswert, geht maßgeblich auf folgende zwei Umstände zurück:

1. Die Bieter haben ihre Angebote zum Teil so ausgearbeitet, dass sie die Räumlichkeiten der Veranstaltungshalle, die nicht für die Gäste, sondern für Regie und Technik vorgesehen waren, im Vergleich zur ursprünglichen Planung der Antragsgegnerin deutlich reduzierten und so die Baukosten deutlich senken konnten. Die angebotene Errichtung der Veranstaltungshalle wurde also in der 2. Phase des Vergabeverfahrens von den Bietern so optimiert, dass die voraussichtlichen Errichtungskosten im Vergleich zur Kostenschätzung zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens deutlich abgesenkt werden konnten. Dabei wurde nicht „billiger gebaut“, sondern die Veranstaltungshalle im Detail so modifiziert, dass auf Teile des Gebäudes verzichtet werden konnte, wodurch sich die Kosten um die auf diese Teile entfallenden Kosten reduzierten.

2. Die Bieter haben zum Teil mit deutlich höheren Einnahmen durch den Betrieb der Veranstaltungshalle gerechnet und somit von den durch Modifikation des Bauvorhabens bereits reduzierten Kosten für die Errichtung einen höheren Betrag an Einnahmen in Abzug bringen können. Dabei wurde in der Verhandlungsphase auch die Betriebsdauer auf 50 Jahre verlängert. Im Ergebnis konnten somit pro Jahr höhere Überschüsse aus dem Betrieb über einen längeren Zeitraum von den voraussichtlichen Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle in Abzug gebracht werden, wodurch sich der von der Antragsgegnerin zu bezahlende Anteil an den Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle noch einmal verringert hat.

Die von der Antragsgegnerin durchgeführte Kostenschätzung ist als konventionell und vorsichtig einzuschätzen. Die sich im Zuge des späteren Vergabeverfahrens herauskristallisierenden Möglichkeiten, das Bauwerk in den für Regie und Technik vorgesehenen Gebäudeteilen zu reduzieren und höhere jährliche Einnahmen über einen längeren Betriebszeitraum zu erzielen, konnten bei der Kostenschätzung aus ex-ante-Sicht nicht zu Grunde gelegt werden. Aus ex-ante-Sicht mag gegebenenfalls eine gewisse Hoffnung bestanden haben, dass sich im weiteren Verlauf Möglichkeiten für solche Kostensenkungen bzw. Ertragserhöhungen ergeben könnten. Bei ex-ante-Betrachtung wäre eine Berücksichtigung derartiger

damals allenfalls erhoffbarer Kostenoptimierungen jedoch spekulativ und mit den Grundsätzen einer vorsichtigen und verlässlichen Kostenschätzung nicht vereinbar gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Kostenschätzung diese – aus ex-ante-Sicht noch spekulativen -Möglichkeiten der Reduktion der Kosten hätte vorhersehen müssen, sind nicht zu erkennen, zumal der Auftragswert von drei Experten jeweils unabhängig voneinander geschätzt wurde und keine dieser Schätzungen diese Kostenreduktion vorhergesehen hat.

Die Teilnahmeunterlage (Vergabeakt Ordner 1) weist als Beschaffungsziel und Leistungsbild umfangreiche Funktionen des geplanten Bauwerks aus. So sollen am Gesamtkomplex der Arena auch Nebenflächen eingeplant werden, welche beispielsweise für VIP-Empfänge, als zusätzliche Ausstellungsfläche, für Sportveranstaltungen und Ähnliches verwendet werden können. Beispielsweise sind in der Teilnahmeunterlage ein Platzplateau, ein Platzhain, Wasser- und Nebenelemente, Gründächer und grüne Freitreppen vorgesehen und wird auch der architektonischen Erscheinung der Veranstaltungshalle im örtlichen Stadtbild maßgebliche Bedeutung zugemessen.

Die Zuschlagskriterien bestehen im Preis und Qualität. Bei den qualitativen Zuschlagskriterien bilden das Realisierungskonzept (angesprochen ist damit die Planung und Realisierung des Bauvorhabens), das Betriebs- und Organisationskonzept (angesprochen ist damit der nachfolgende Betrieb), das Umfeldentwicklungs- und Nachhaltigkeitskonzept (angesprochen sind damit weitgehend Eigenschaften des Bauwerks sowie dessen Nachhaltigkeit), das Veranstaltungs- Marketing- und Governancekonzept (dies betrifft im Wesentlichen den nachfolgenden Betrieb) und das Finanzierungskonzept mit dem Businessplan (dies betrifft den nachfolgenden Betrieb) jeweils mit 80 Punkten Subkriterien.

Das Baugrundstück befindet sich im Eigentum der Stadt Wien. Für den Auftragnehmer ist lediglich die Einräumung eines vertraglichen Baurechtes vorgesehen. Die zu errichtende Veranstaltungshalle geht nach Ablauf des Baurechtes in das Eigentum und die Verfügbarkeit der Stadt Wien über. Die voraussichtliche Bestandsdauer der Veranstaltungshalle übersteigt die Dauer des Betriebs durch die Auftragnehmerin sowie die Dauer des vorgesehenen Baurechtes.

Die frühere B. GmbH hat ihren Firmennamen mit Generalversammlungsbeschluss vom 7.1.2025 auf A. GmbH geändert. Die Identität dieser Gesellschaft blieb dabei unverändert. Die Änderung des Firmennamens auf A. GmbH wurde am 14.1.2025 in das Firmenbuch zu FN ... eingetragen.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Der oben festgestellte wesentliche Sachverhalt geht aus dem Vergabeakt hervor. Darüber hinaus wurden die Schriftsätze der Verfahrensparteien berücksichtigt und die darin enthaltenen Ausführungen anhand des Vergabeaktes verifiziert. Die erfolgte Änderung des Firmennamens der früheren B. GmbH auf A. GmbH geht aus dem Firmenbuchauszug hervor, den die genannte Gesellschaft ihrer Stellungnahme vom 18.3.2025 angeschlossen hat.

In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Gegenständlich war zum Zwecke der Bemessung der Pauschalgebühren zunächst rechtlich zu beurteilen, ob der ausgeschriebene Auftrag als Bauauftrag oder als Dienstleistungsauftrag zu beurteilen ist. Dabei enthält der Auftrag mit dem Leistungsteil der Errichtung der Veranstaltungshalle eine Bauleistung und mit dem Leistungsteil des nachfolgenden Betriebs der Veranstaltungshalle eine Dienstleistung.

Gemäß § 8 Abs. 1 BVergG 2018 sind Aufträge, die mehr als eine Art von Leistung gemäß den §§ 5 bis 7 (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) umfassen, nach den Regelungen jener Leistungsart zu vergeben, die den Hauptgegenstand des Auftrags bildet.

Dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 10.01.2025, Ra 2023/04/0281-12, zu Folge ist für die Bestimmung des Hauptgegenstands der Bedarf festzustellen, den der Auftraggeber mit der Auftragsvergabe in erster Linie decken möchte.

Dazu geht aus den obigen Sachverhaltsfeststellungen hervor, dass die Antragsgegnerin zunächst lediglich die Errichtung der Veranstaltungshalle als

Bauftrag vergeben und die Veranstaltungshalle selbst betreiben wollte. Die Dienstleistung des Betriebs der Veranstaltungshalle wurde schließlich in den Leistungsgegenstand aufgenommen, um die Kosten für die Antragsgegnerin zu senken.

Bereits aus diesem Sachverhalt ergeben sich deutliche Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin in erster Linie die Errichtung der Halle vergeben wollte, es der Antragsgegnerin somit vor allem auf die Beschaffung der Bauleistung als Hauptgegenstand des Auftrags angekommen ist. Die Dienstleistung des nachfolgenden Betriebs der Veranstaltungshalle wurde in den Leistungsgegenstand vor allem zu dem Zweck aufgenommen, die Kosten für die Antragsgegnerin zu senken.

Daraus ist zu schließen, dass der Bedarf, den die Antragsgegnerin primär decken wollte, in der Bauleistung bestanden hat. An der Dienstleistung des Betriebs der Veranstaltungshalle hatte die Antragsgegnerin zunächst gar keinen Bedarf, sondern wollte die Veranstaltungshalle zunächst selbst nach ihren Vorstellungen betreiben. Allerdings hatte die Antragsgegnerin auch einen Bedarf, ihre Kosten im Vergleich zu einem reinen Bauauftrag zu senken, woraus sich mittelbar auch ein Bedarf der Antragsgegnerin nach der Dienstleistung des Betriebs der Veranstaltungshalle ergeben hat, um auf diese Weise ihre Kosten senken zu können.

Wenn die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 18.03.2025 einwendet, es könne weder auf die subjektive Absicht der Auftraggeberin noch auf die Chronologie der Ausschreibung ankommen, sondern es sei vielmehr eine objektive Prüfung des Gesamtvorhabens maßgebend, dann ist ihr Folgendes entgegenzuhalten:

Dem Beschluss des VwGH vom 10.01.2025, Ra 2023/04/0281, Randzahl 22, zu Folge ist für die Bestimmung des Hauptgegenstandes der Bedarf festzustellen, den der Auftraggeber mit der Auftragsvergabe in erster Linie decken möchte.

Bereits aus dieser Formulierung geht unzweifelhaft hervor, dass der erkennbaren Absicht des Auftraggebers maßgebliche Bedeutung für die Bestimmung des

Hauptgegenstandes zukommt. Die Chronologie der Ausschreibung stellt ein objektives Kriterium dar, festzustellen, welchen Bedarf der Auftraggeber mit der Ausschreibung in erster Linie decken wollte. Wenn sich daher aus der Chronologie ergibt, dass der Auftraggeber zunächst lediglich seinen Bedarf an der Errichtung der Veranstaltungshalle decken wollte, in der Folge aber nach einem Weg gesucht hat, die Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle zu verringern, und aus diesem Grund heraus auch den nachfolgenden Betrieb der Veranstaltungshalle in der Ausschreibung inkludiert hat, dann ergibt sich gerade aus dieser Chronologie, dass der Auftraggeber in erster Linie seinen Bedarf an der Errichtung der Veranstaltungshalle decken wollte, und die Bauleistung dieser Errichtung damit den Hauptgegenstand des Auftrags bildet.

Wenn die Antragstellerin darauf hinweist, dass die Dauer des Betriebs der Veranstaltungshalle als Dienstleistungskomponente des Gesamtauftrags die Dauer der Errichtung um ein Vielfaches überwiegt, so zeigt sie damit lediglich einen Umstand auf, der typischerweise auf jede Baukonzession zutrifft. Baukonzessionen bestehen typischerweise darin, dass ein Bauwerk in wenigen Jahren (oder in noch kürzerer Zeit) errichtet und anschließend über Jahrzehnte wirtschaftlich genutzt wird. An dieser Nutzung hat der Auftraggeber typischerweise auch selbst ein wirtschaftliches Interesse und besteht insoweit für den Konzessionsnehmer typischerweise Betriebspflicht. Dennoch bildet regelmäßig der pflichtgemäße Betrieb durch den Konzessionsnehmer nicht den Hauptgegenstand der Konzession und liegt demnach eine Baukonzession und nicht etwa eine Dienstleistungskonzession vor (zum Beispiel Errichtung einer Mautstraße mit anschließendem Betrieb über Jahrzehnte).

Im Anlassfall hat die Schätzung durch die Auftraggeberin jedoch ergeben, dass die Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle durch den nachfolgenden Betrieb - aus ex-ante Sicht - zum überwiegenden Teil nicht refinanziert werden können und der nachfolgende Betrieb durch den Auftragnehmer lediglich eine Dämpfung der Kosten für die Errichtung erwarten lässt. Das Ausmaß der erwarteten Kostendämpfung durch den nachfolgenden Betrieb war demnach mit deutlich weniger als 50 % zu gering, um den Auftrag als Baukonzession werten zu können. Da somit die Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle der ex-ante-Schätzung der Antragsgegnerin zu Folge zum überwiegenden Teil von der

Antragsgegnerin zu bezahlen wären, wurde der Auftrag von der Antragsgegnerin nicht als Baukonzession, sondern als Bauauftrag eingestuft.

Die bloße Tatsache, dass die erwarteten Einnahmen aus dem nachfolgenden Betrieb der Veranstaltungshalle nicht groß genug erschienen, um den Auftrag als Baukonzession einstufen zu können, bewirkt jedoch nicht, dass der Auftrag deshalb als Dienstleistungsauftrag einzustufen wäre. Die Bauleistung der Errichtung der Veranstaltungshalle bildet vielmehr auch dann, wenn die erwarteten Einnahmen aus dem nachfolgenden Betrieb für eine Einstufung als Baukonzession nicht ausreichen, weiterhin den Hauptgegenstand des Auftrags. Die lange Dauer des nachfolgenden Betriebs der Veranstaltungshalle reicht somit nicht aus, um zu bewirken, dass der Betrieb der Veranstaltungshalle den Hauptgegenstand des Auftrags bilden würde.

Bei den inhaltlichen Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen nehmen die Anforderungen an die zu erbringende Bauleistung (Errichtung der Veranstaltungshalle) eine zentrale Stellung ein, obgleich auch die Anforderungen an die zu erbringende Dienstleistung (Betrieb der Veranstaltungshalle) umfassend ausgearbeitet sind. Dabei war jedoch zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin den Betrieb der Veranstaltungshalle ursprünglich selbst übernehmen wollte, schließlich aber in den Leistungsgegenstand aufgenommen hat, um Kosten zu sparen. Aus diesem Grund kann aus den detaillierten Anforderungen an die zu erbringende Dienstleistung (Betrieb der Veranstaltungshalle) nicht abgeleitet werden, dass für die Antragsgegnerin die Beschaffung dieser Dienstleistung im Vordergrund gestanden wäre.

Aus diesen Erwägungen folgt, dass die Antragsgegnerin mit dem gegenständlichen Auftrag primär ihren Bedarf an der Bauleistung decken wollte. Den Hauptgegenstand des Auftrags bildet damit die Bauleistung.

Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Auftragnehmerin durch den nachfolgenden Betrieb der Veranstaltungshalle einen jährlichen Überschuss erwirtschaften soll, ist noch kurz auf die Frage der Abgrenzung zwischen Bauauftrag und Baukonzession einzugehen.

Gemäß § 5 Abs. 1 BVergG Konzessionen 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.

Dazu hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass für das Einräumen einer Baukonzession die Einräumung eines Rechtes zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks als Entgelt im Vordergrund stehen müsste. Im Anlassfall ist die Vergabe des Leistungsteils „Betrieb der Veranstaltungshalle“ nicht als Einräumung eines Rechtes mit Entgeltscharakter, sondern als Pflicht zur Erbringung einer Dienstleistung an die Antragsgegnerin konzipiert. Darüber hinaus erreichen die von der Antragsgegnerin geschätzten Überschüsse aus dem Betrieb der Veranstaltungshalle – aus der gebotenen ex-ante-Betrachtung - nicht ein Ausmaß, welches eine Refinanzierung zumindest des überwiegenden Teils der Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle erwarten ließe. Die nach der Schätzung der Antragsgegnerin zu erwartenden Überschüsse aus dem Betrieb der Veranstaltungshalle haben daher nicht den Charakter eines Entgelts für die Erbringung der Bauleistung, sondern lediglich den Effekt einer gewissen Dämpfung der Kosten um einen Anteil, der deutlich unter der Hälfte der Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle liegt.

Der Auftrag war daher nicht als Baukonzession im Sinne des § 5 BVergG Konzessionen 2018 einzustufen. Es lag daher ein Bauauftrag vor.

Zum geschätzten Auftragswert hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Gemäß § 13 Abs. 1 BVergG 2018 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrags der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist.

Gemäß § 13 Abs. 3 BVergG 2018 ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom öffentlichen Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den öffentlichen Auftraggeber.

Darüber hinaus enthalten die §§ 13 und 14 BVergG 2018 detaillierte Regelungen für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts im Allgemeinen (§ 13 BVergG 2018) und im Speziellen bei Bauaufträgen (§ 14 BVergG 2018), auf die im gegebenen Zusammenhang zu verweisen ist.

Im Anlassfall hat die Antragsgegnerin sorgfältige Berechnungen der voraussichtlichen Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle und für mögliche Überschüsse durch den nachträglichen Betrieb der Veranstaltungshalle durchgeführt und sich dabei der Expertise externer Sachverständiger bedient.

Aus § 13 Abs. 3 BVergG 2018 folgt, dass für den geschätzten Auftragswert eine Ex-ante-Betrachtung aus der Perspektive des Zeitpunktes der Einleitung des Vergabeverfahrens maßgeblich ist.

Wenn daher im Zuge des Vergabeverfahrens, und zwar in der zweiten Stufe der Angebotsphase, einzelne Bieter Möglichkeiten finden, die Errichtungskosten der Veranstaltungshalle auf einen Betrag unter der Schätzung der Antragsgegnerin abzusenken und die Überschüsse aus dem Betrieb der Veranstaltungshalle auf einen Betrag über der Schätzung der Antragsgegnerin zu erhöhen, so betrifft dies Entwicklungen, die allenfalls bei einer Ex-post-Betrachtung Bedeutung haben könnten, bei einer Ex-ante-Betrachtung jedoch unberücksichtigt bleiben müssen.

Aus § 13 Abs. 1 BVergG 2018 folgt weiters, dass der geschätzte Auftragswert der Gesamtwert ohne Umsatzsteuer ist, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist. Dies bedeutet, dass das geschätzte Entgelt für die Errichtung der Veranstaltungshalle und das geschätzte Entgelt für den späteren Betrieb der Veranstaltungshalle zusammenzurechnen sind. Im gegenständlichen Fall sind für den Auftragnehmer Überschüsse aus dem Betrieb der Veranstaltungshalle zu erwarten und waren daher die geschätzten Überschüsse von den Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle abzuziehen (Addition eines negativen Betrags).

Der Abzug der geschätzten Einnahmen der Auftragnehmerin aus dem Betrieb der Veranstaltungshalle von den geschätzten Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle ändert im Anlassfall jedoch nichts daran, dass die geschätzten Gesamtkosten des Auftrags im Sinne des § 13 Abs. 1 erster Satz BVergG 2018 die Schwelle von etwa 222 Millionen Euro um mehr als das Doppelte überschreiten.

Im Ergebnis ist daher bei der gebotenen Ex-ante-Betrachtung die im Vergabeakt ausgewiesene Schätzung des Auftragswertes nicht zu beanstanden. Die Überschreitung der für die Gebührenbestimmung maßgeblichen Wertschwelle von etwa 222 Millionen Euro ist darüber hinaus mit einer Überschreitung um mehr als das Doppelte so signifikant, dass eine allfällige vertiefte Prüfung dieser Schätzung für die Gebührenbestimmung keine Relevanz entfalten könnte. Sollte eine allfällige Detailprüfung zum Beispiel ergeben, dass der Auftragswert um einige hunderttausend Euro niedriger anzusetzen gewesen wäre, so wäre dies im Hinblick auf die in der Kostenschätzung der Antragsgegnerin ausgewiesenen Beträge für die Gebührenbemessung schlicht nicht ergebnisrelevant.

Wenn die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 18.03.2025 vorbringt, der von der Antragsgegnerin geschätzte Auftragswert sei für sie nicht erkennbar gewesen, so ist ihr zunächst entgegenzuhalten, dass der Stadtrechnungshof Wien bereits vor der Einleitung des Vergabeverfahrens einen Prüfbericht über die voraussichtlichen Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle veröffentlicht hat. Allein aufgrund der erfolgten Veröffentlichung dieses Berichts musste der Antragstellerin die Dimension der Kosten der Errichtung der Veranstaltungshalle bekannt gewesen sein. Die Tatsache, dass die von der Antragsgegnerin geschätzten Kosten für die Errichtung der Veranstaltungshalle in ähnlicher Dimension wie die Kostenschätzung des Stadtrechnungshofes ausgefallen sind und durch das Hinzutreten der Dienstleistung des nachfolgenden Betriebs nicht entscheidend verringert wurden, konnte somit für die Antragstellerin nicht außerhalb der Lebenserfahrung liegen. Darüber hinaus ist es für das Entstehen der Gebührenschild rechtlich nicht erforderlich, dass der Antragstellerin die Höhe des geschätzten Auftragswerts erkennbar gewesen sein muss. Der Einwand der Antragstellerin, dass für sie die Höhe des geschätzten Auftragswerts nicht erkennbar gewesen wäre, wäre daher auch dann rechtlich unbegründet, wenn die genannte Veröffentlichung des Stadtrechnungshofs nicht erfolgt wäre und die

Antragstellerin somit keine Anhaltspunkte für die Höhe des geschätzten Auftragswerts gehabt hätte.

Zur Höhe der Pauschalgebühren ist auszuführen:

Gemäß § 2 Abs. 3 Wiener Pauschalgebührenverordnung 2020 beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr des Neunfachen der jeweils gemäß § 1 festgesetzten Gebühr, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert gemäß gegenständlich § 12 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 um mehr als das vierzigfache übersteigt.

Demnach bemessen sich die zu entrichtenden Pauschalgebühren zunächst gemäß § 2 Abs. 3 Wiener Pauschalgebührenverordnung 2020 mit dem Neunfachen der Pauschalgebühren für Bauaufträge im Oberschwellenbereich.

Gemäß § 14 Abs. 8 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 verringert sich die Gebühr für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung durch die erfolgte Antragsrückziehung um 20 %, zumal diese Zurückziehung erst nach der Anberaumung, aber vor Beginn der mündlichen Verhandlung erfolgt ist. Das ergibt € 54.756,00 an Pauschalgebühren für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

Gemäß § 14 Abs. 4 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 beträgt die Gebühr für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung die Hälfte des ausgewiesenen Gebührenansatzes. Das ergibt € 34.222,50 an Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Die von der Antragstellerin insgesamt zu entrichtenden Pauschalgebühren betragen somit € 88.978,50, von denen die Antragstellerin € 39.339,00 bereits entrichtet hat. Dies ergibt einen ausständigen Teil von € 49.639,50 an noch zu entrichtenden Pauschalgebühren.

Der Nachprüfungsantrag richtete sich gegen die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 30.06.2023, wobei bei der Antragstellerin der Zweifel bestand, ob diese Zuschlagsentscheidung allenfalls als eine Direktvergabe zu

werten ist, weshalb sie einen auf eine unzulässige Direktvergabe abzielenden Eventualantrag stellte. Dieser Eventualantrag ist gegen die gleiche Entscheidung der Antragsgegnerin gerichtet und löst deshalb keine zusätzliche Gebührenpflicht aus.

Das Erkenntnis des VwGH vom 10.01.2025, Ra 2023/04/0281-12, hat die Punkte I., III. und IV des Beschlusses des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.10.2023, VGW-123/077/9126/2023-32, in Kraft gelassen. Unverändert gültig ist daher auch die Begründung dieser Spruchpunkte. Die Begründung des Ersatzbeschlusses hatte sich daher auf die Begründung des vom Verwaltungsgerichtshof behobenen Punktes II des Beschlusses des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.10.2023, VGW-123/077/9126/2023-32, zu beschränken.

Die mit Generalversammlungsbeschluss vom 7.1.2025 erfolgte und am 14.1.2025 in das Firmenbuch eingetragene Änderung des Firmennamens von B. GmbH auf A. GmbH war zu berücksichtigen und die genannte Partei mit ihrem aktuellen Firmennamen zu bezeichnen.

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. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim

Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

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.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.