



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/072/2085/2015-13
H. GmbH

Wien, 7.4.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.^a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der H. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.2.2015 im Vergabeverfahren ...-Stahlbau der Stadt Wien – K., vergebende Stelle C.-gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwalt, betreffend das Bauvorhaben ...-spital Neubau, Teilprojekt 1, Objekt 6-Infrastruktur,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag, die Ausscheidensentscheidung vom 20.2.2015 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
- II. Das Mehrbegehren auf Nachprüfung der nicht erfolgten Ausscheidung des Angebots der U. GesmbH und der Antrag, hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit der U. GesmbH eine fortgesetzte Angebotsprüfung aufzutragen, werden als unzulässig zurückgewiesen.
- III. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 und 26 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) i.V.m. §§ 2 Z 16 lit.a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 1, 4, 12 Abs. 3, 19, 70 und 74 Abs. 1 und 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006)

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Stadt Wien, K. (in der Folge: Antragsgegnerin) führt im Wege der C.-gesellschaft m.b.H. als vergebende Stelle ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags bezüglich des Gewerks ...-Stahlbau als Teilprojekt des Gesamtprojekts ...-spital Neubau, Teilprojekt 1, Objekt 6-Infrastruktur. Gegenstand des Beschaffungsverfahrens sind Stahlbauarbeiten zur Errichtung einer Hubschrauber-Landeplattform im ...-spital. Der Auftragswert für das gegenständliche Gewerk liegt im Unterschwellenbereich.

Die Ermittlung des erfolgreichsten Angebots erfolgte nach dem Bestbieterprinzip, wobei der Angebotspreis mit 60% und die Qualität mit 40% gewichtet war. Die Ausschreibung wurde bestandsfest.

Es wurden von drei Bietern Angebote gelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 2.9.2014. Die U. GesmbH (in der Folge: Teilnahmeberechtigte) erreichte 76,67 von 100 möglichen Punkten. Die H. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) erreichte 78 Punkte, wobei der niedrigere Preis ausschlaggebend war, und war damit Bestbieterin.

Mit Schreiben vom 20.10.2014 wurde den Bietern die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der nunmehrigen Antragstellerin übermittelt. Dagegen hat die nunmehr Teilnahmeberechtigte beim Verwaltungsgericht Wien rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Sie hat darin einerseits die mangelhafte Begründung der Zuschlagsentscheidung geltend gemacht und andererseits

Zweifel an der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der nunmehrigen Antragstellerin geäußert.

Die Antragsgegnerin hat die Zuschlagsentscheidung daraufhin zurückgenommen und eine fortgesetzte Angebotsprüfung durchgeführt. Im Zuge dieser Prüfung wurde die nunmehrige Antragstellerin aufgefordert, zu den Punkten Referenznachweise, Subunternehmernennung und Umsatzerlöse Aufklärungen abzugeben. Dies erfolgte zur Zufriedenheit der Antragsgegnerin. Aus der Sicht der Antragsgegnerin wurde auch die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der nunmehrigen Antragstellerin ausreichend nachgewiesen.

Mit Schreiben vom 5.12.2014 wurde den Bietern daher eine zweite Zuschlagsentscheidung übermittelt, die im Ergebnis gleichlautend war, wie die erste, jedoch eine ausführlichere Begründung zur Punktebewertung und zur Bestbieterermittlung enthielt. Dagegen richtete sich der Nachprüfungsantrag der nunmehr Teilnehmereberechtigten vom 12.12.2014. Dem gleichzeitig gestellten Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 17.12.2014, Zahl VGW-123/V/072/34496, Folge gegeben und die Zuschlagserteilung untersagt.

Die nunmehr Teilnehmereberechtigte brachte in ihrem Nachprüfungsantrag vor, in den Ausschreibungsunterlagen sei unter Punkt 15.4 „Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ festgelegt, dass der Bieter finanziell und wirtschaftlich geeignet sei, wenn er u.a. für die Geschäftsjahre 2010, 2011 und 2012 bzw. 2011, 2012 und 2013 als Mindestumsatz „einen Gesamtumsatz für den Tätigkeitsbereich“ von zumindest 4 Mio Euro je Geschäftsjahr nachweise. Die nunmehrige Antragstellerin habe diese Leistungsfähigkeit nicht, da sie laut Bekanntgabe des Kreditschutzverbandes im Jahr 2011 keinen Gesamtumsatz von 4 Mio Euro aufweise.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 29.1.2015, Zahl VGW-123/072/34495/2014, wurde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 05.12.2014 für nichtig erklärt. Dieses Erkenntnis wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Antragstellerin für das Geschäftsjahr 2011 den geforderten

Gesamtumsatz von zumindest 4 Mio Euro nicht aufwies. Sie hatte damit die in der Ausschreibung geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit für das Jahr 2011 nicht und wäre auszuschneiden gewesen. In diesem Verfahren hatte die nunmehrige Antragstellerin als präsumtive Zuschlagsempfängerin Parteistellung, sie erhielt daher auch eine Ausfertigung des Erkenntnisses vom 29.1.2015.

Mit Schreiben vom 10.2.2015 gab die Antragsgegnerin im Wege der vergebenden Stelle der Antragstellerin unter Hinweis auf das o.a. Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien das Ausscheiden ihres Angebots bekannt. Die Antragstellerin bekämpft nunmehr mit Schriftsatz vom 20.2.2015, und damit rechtzeitig, diese Ausscheidensentscheidung. Gemeinsam mit dieser gesondert anfechtbaren Entscheidung ficht die Antragstellerin das nicht erfolgte Ausscheiden des Angebots der nunmehr Teilnahmeberechtigten als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung mit der Begründung an, dass diese die geforderten Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht erbracht habe. Sie begehrt weiters, das Verwaltungsgericht Wien möge der Antragsgegnerin eine fortgesetzte Angebotsprüfung betreffend den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten zum Referenzprojekt 1 (Errichtung eines vergleichbaren Zivilluftlandeplatzes in mindestens 20 m Höhe mit einem Auftragswert von mindestens 700.000,-- Euro) auftragen.

Der gleichzeitig gestellte Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung, mit welcher der Antragsgegnerin im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens längstens aber bis zwei Monate ab Antragstellung die Erteilung des Zuschlags untersagt werden sollte, wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 27.2.2015, Zahl VGW-123/V/072/2086/2015-2, abgewiesen.

Die Antragstellerin brachte in ihrem Nachprüfungsantrag vor, sie habe ihr Interesse an der Erteilung des Auftrags durch Teilnahme am Vergabeverfahren und Abgabe ihres Angebots unter Beweis gestellt. Dieser Bauauftrag betreffe den ausschließlichen Tätigkeitsbereich der Antragstellerin und würde im Vertragsfall ein wichtiges Referenzprojekt für die Antragstellerin darstellen. Bei Zuschlag des

gegenständlichen Auftrags hätte dies auch Marketingwirkungen für andere Dienststellen auf Bundes- und Landesebene.

Durch die Nichterteilung des Auftrags entgehe der Antragstellerin der veranschlagte Gewinn. Weiters wären die im Zuge der Vorbereitung des Angebots getätigten Arbeiten und Aufwendungen frustriert. Der drohende Schaden liege weiters in der fehlenden Möglichkeit zur Personalauslastung und im Verlust eines Prestigeprojekts.

Gemäß § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 könne der Auftraggeber seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit insbesondere durch eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe falle, nachweisen. Gemäß § 74 Abs. 2 BVergG 2006 könne ein Unternehmer seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen, wenn er aus einem von ihm glaubhaft zu machenden Grund die vom Auftraggeber gemäß § 74 Abs. 1 BVergG 2006 geforderten Nachweise nicht beibringen könne.

In der angefochtenen Entscheidung begründe die Antragsgegnerin das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin damit, dass für die Beurteilung des Gesamtumsatzes nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 29.1.2015, Zahl VGW-123/072/34495/2014, ausschließlich die Umsatzerlöse gemäß § 232 Unternehmensgesetzbuch (UGB) heranzuziehen seien.

Von der Antragstellerin seien als Nachweis ihrer finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit neben den reinen Umsatzerlösen für das Jahr 2011 noch nicht abrechenbare Leistungen berücksichtigt worden. Dabei handle es sich nach Auskunft der externen Buchhalterin der Antragstellerin um Leistungen, die im Jahr 2011 erbracht, aber erst im Jänner 2012 verrechnet worden seien. Diese im Jänner 2012 fakturierten Leistungen seien dann in der Bilanz 2012 bei dem Betrag für die noch nicht abrechenbaren Leistungen abgezogen und damit berücksichtigt worden. Damit in den Jahresbilanzen der Wert der Leistung nicht doppelt aufscheine, sei in der Position „nicht abrechenbare Leistungen“ nur die Änderung der Position gegenüber dem Vorjahr saldiert worden.

Das Verwaltungsgericht Wien sei in seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass für den Gesamtumsatz nur der Umsatzerlös im Sinne des § 232 UGB relevant sei, nicht aber die bei der Gewinn- und Verlustrechnung gemäß § 231 Abs. 2 Z 1 UGB ebenfalls einzubeziehenden Positionen zu berücksichtigen seien, obwohl die externe Buchhalterin bestätigt habe, dass auch die noch nicht abrechenbaren Leistungen in die Gewinn- und Verlustrechnung aufgenommen worden seien und damit in der Bilanz aufschienen.

Dieser Umstand stelle einen berechtigten Grund gemäß § 74 Abs. 2 BVergG 2006 dar, dass zwar der Nachweis eines reinen Umsatzerlöses gemäß § 231 UGB in der Höhe von 4 Mio Euro für das Jahr 2011 nicht beigebracht werden könne, aufgrund der ebenfalls zu berücksichtigenden noch nicht abrechenbaren Leistungen dennoch die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin gegeben sei, insbesondere, weil für die Jahre 2012 bis 2014 auch der Umsatzerlös gemäß UGB die Schwelle von 4 Mio Euro deutlich übersteige.

Im UGB sei zwingend vorgesehen, dass die Bestandsveränderung der fertigen und unfertigen Erzeugnisse und die noch nicht abrechenbaren, jedoch bereits erbrachten Leistungen in der Gewinn- und Verlustrechnung und in der Bilanz (als Aktiva) auszuweisen seien. Für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin sei neben den Umsatzerlösen gemäß § 232 Abs. 1 UGB aus dem Jahr 2011 auch die noch nicht abrechenbaren Leistungen relevant, da diese Leistungen im Jahr 2011 erbracht worden seien. Der Grund für diese „Verschiebung“ der „reinen“ Umsatzerlöse liege darin, dass gerade im Baugewerbe oft Leistungen über längere Zeiträume erbracht würden, die dann erst in einem folgenden Jahr fakturiert werden dürften, womit die reinen Umsatzerlöse von der Fälligkeit der Aufträge und nicht von der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens abhingen.

Durch die Bestätigungen der externen Buchhalterin habe die Antragstellerin den Nachweis ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in geeigneter anderer Weise erbracht. Der bekannt gegebene Wert der noch nicht abrechenbaren Leistungen, die dann im Jahr 2012 im Umsatz enthalten seien, stellten für das Jahr 2011 einen gleichwertigen geeigneten Nachweis für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin dar. Für die

Jahre 2012 und 2013 sei der Umsatzerlös ohnedies unbestritten höher als 4 Mio Euro.

Die Antragsgegnerin habe die vorgelegten Nachweise ursprünglich als für den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit als ausreichend angesehen. Lediglich aufgrund der mit dem o.a. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien erfolgten Interpretation der Umsatzerlöse, jedoch ohne Beachtung und Prüfung des Umstandes, ob andere geeignete Nachweise für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Antragstellerin erbracht worden seien, werde von der Antragsgegnerin nunmehr ausschließlich auf Umsatzerlöse gemäß § 232 Abs. 1 UGB abgestellt.

Im Übrigen müssten die aktuellen Umsätze eine wesentlich höhere Aussagekraft haben, als frühere Umsätze, da die Antragstellerin ein junges Unternehmen sei, das erst 2009 gegründet worden sei. Dies ergebe sich auch aus der KSV-Auskunft. Dazu komme noch die Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter, die gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 ein geeigneter Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sei.

Zur Anfechtung des Nichtausscheidens der Teilnahmeberechtigten führt die Antragstellerin zunächst aus, dass es sich dabei um eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin handle. Der Auftraggeber könne zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die in § 75 BVergG 2006 geregelten Nachweise verlangen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren hätten die Bieter gemäß Punkt 15.5.1 des der Ausschreibung beiliegenden Angebotsschreibens eine Referenz zur Errichtung eines vergleichbaren zivilen Landflugplatzes, mindestens 20 m über Terrain (keine Bodenlandeplätze) mit einer Auftragssumme von mindestens 700.000,-- Euro vorzuweisen gehabt.

Die Teilnahmeberechtigte habe sich in diesem Zusammenhang auf den Hubschrauberlandeplatz für das M. Spital berufen. Dieser Hubschrauberlandeplatz sei nicht mit dem ausgeschriebenen Landeplatz vergleichbar, da beim Hubschrauberlandeplatz in M. die Landefläche nicht als Stahlkonstruktion, sondern als Betondecke ausgeführt worden sei. Er sei am 13.2.2014 eingestürzt, dabei seien vier Arbeiter verletzt worden. Dieser

eingestürzte Landeplatz könne kein Nachweis für eine technische Leistungsfähigkeit sein. Die Antragsgegnerin habe weiters nicht geprüft, ob dieses Referenzprojekt mit dem vergabegegenständlichen Gewerk vergleichbar sei. Diese Vergleichbarkeit sei aufgrund des unterschiedlichen Materials nicht gegeben. Im Übrigen sei der Hubschrauberlandeplatz im Hinblick auf den Einsturz nicht fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt worden.

Für den Fall, dass das Angebot der U. GmbH richtigerweise ausgeschieden würde, verbliebe kein Bieter mehr im Vergabeverfahren, dieses sei dann zwingend zu widerrufen. Selbst wenn das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei, komme ihr Antragslegitimation zu, da auch alle anderen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter auszuscheiden seien und das Verfahren daher zwingend zu widerrufen sei.

Mit Schriftsatz vom 6.3.2015 erhob die Teilnahmeberechtigte begründete Einwendungen und ersuchte um Zuerkennung der Parteistellung und Übermittlung des Nachprüfungsantrags. Sie verwies zum Antragsvorbringen auf das rechtskräftige Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 29.1.2015, Zahl VGW-123/072/34495/2014. Weiters beantragte die Teilnahmeberechtigte die Zurück- bzw. Abweisung des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin hat zum Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 10.3.2015 eine Stellungnahme abgegeben und den ergänzenden Vergabeakt vorgelegt. Sie führt in ihrem Schriftsatz nach Darstellung des bisherigen Verfahrensablaufs des Vergabeverfahrens bzw. der Vorverfahren beim Verwaltungsgericht Wien aus, dass für die Zulässigkeit der Erbringung eines Ersatznachweises gemäß § 74 Abs. 2 BVergG 2006 nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshof ein objektiver Maßstab heranzuziehen sei, subjektives Unvermögen vermöge die Vorlage anderer Nachweise nicht zu rechtfertigen (VwGH 17.9.2014, 2013/04/0056).

§ 74 Abs. 2 BVergG 2006 regle Situationen, in denen ein Bieter über eine bestimmte Nachweisart nicht verfüge (z.B. keine Bilanzen mangels Bilanzierungspflicht als Einzelunternehmer, etc.). Im vorliegenden Fall verfüge die Antragstellerin jedoch über die geforderte Nachweisart (Nachweis des Gesamtumsatzes). Jedoch sei der belegte Gesamtumsatz für das Jahr 2011 zu

niedrig gewesen. In diesem Fall wäre die Antragsgegnerin nicht berechtigt gewesen, Ersatznachweise zu verlangen oder solche zu akzeptieren.

Ebenso wenig sei die Bestimmung des § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 anzuwenden, wonach statt den letzten drei Geschäftsjahren ein kürzerer Beurteilungszeitraum festgelegt werden könne, wenn ein Unternehmen sich noch nicht drei Jahre lang auf dem Markt befinde. Das Unternehmen der Antragstellerin bestehe bereits seit 2009, weshalb ihr die Vorlage der Nachweise für die Geschäftsjahre 2011 bis 2013 möglich gewesen sei. Die Vorlage von Nachweisen bezüglich des Geschäftsjahres 2014 sei hingegen überflüssig, da die letzten drei Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist beurteilungsrelevant seien.

Die Antragstellerin bemängle ferner das Nichtausscheiden der Teilnahmeberechtigten mangels technischer Leistungsfähigkeit. Sie bringe vor, dass der Zivilluftlandeplatz am LKH M. keine geeignete Referenz sei, da er mit dem gegenständlich ausgeschriebenen Landeplatz nicht vergleichbar sei. Weiters sei dieser Auftrag nicht als Referenz verwertbar, da der Zivilluftlandeplatz M. eingestürzt sei.

Dem sei entgegen zu halten, dass die Projekte sehr wohl vergleichbar seien. Beide Landeplätze seien gemäß § 80b LFG zu bewilligen. Der Zivilluftlandeplatz M. befinde sich 20 m über Bodenniveau. Der Auftragswert habe in diesem Fall 775.000,-- Euro betragen. Damit erfülle dieses Projekt die Anforderungen der gegenständlichen Ausschreibung an die nachzuweisende Referenz.

Der Umstand, dass die Oberfläche des Landeplatzes in M. als Betondecke ausgeführt worden sei, ändere an der Vergleichbarkeit nichts, zumal es sich dabei lediglich um die oberste Schicht des Landeplatzes handle, deren Kosten nur 10% des Gesamtauftragswerts betragen.

Es treffe zu, dass der Zivilluftlandeplatz M. in der Bauphase eingestürzt sei. Die Antragsgegnerin habe daher ein diesbezügliches Aufklärungersuchen an die Teilnahmeberechtigten gestellt und Erkundigungen beim Referenzbeauftragten eingeholt. Diese hätten ergeben, dass das Verschulden für den Einsturz nicht bei der Teilnahmeberechtigten gelegen sei. Dafür lägen mehrere

Sachverständigengutachten vor. Das Projekt sei von der Teilnahmeberechtigten am 6.8.2014 fertiggestellt worden, seit 7.8.2014 werde der Landeplatz bestimmungsgemäß genutzt. Auch der Referenzbeauftragter habe die Fertigstellung der Leistungen und die ordnungsgemäße Ausführung bestätigt. Ausführungsschwierigkeiten dürften in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden.

Die Antragsgegnerin beantragt folglich die Ab- bzw. Zurückweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (richtig wohl: Ausscheidensentscheidung) und die Ab- bzw. Zurückweisung des Antrags auf Kostenersatz.

Dieser Schriftsatz der Antragsgegnerin wurde der Antragstellerin und der Teilnahmeberechtigten zur Stellungnahme übermittelt. Mit Schriftsatz vom 17.3.2015 verwies die Teilnahmeberechtigte, soweit hier entscheidungswesentlich, auf die Bindungswirkung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes Wien vom 29.1.2015, Zahl VGW-123/072/34495/2014, mit dem (mit näherer Begründung) ausgesprochen worden sei, dass die nunmehrige Antragstellerin für das Geschäftsjahr 2011 die in der Ausschreibung geforderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in Form eines Gesamtumsatzes von zumindest 4 Mio Euro nicht aufgewiesen habe und daher auszuschneiden gewesen wäre. Dieses Erkenntnis sei für die Auftraggeberin ebenso wie für das Verwaltungsgericht Wien bindend. Der gegenständliche Antrag sei daher zurückzuweisen.

Die Antragstellerin erstattete den Schriftsatz vom 19.3.2015, in dem sie zunächst ihr Vorbringen aus dem Nachprüfungsantrag hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zusammengefasst wiederholt. In der Folge stellt sie detailliert dar, aus welchen Gründen die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Referenz zum Hubschrauberlandeplatz M. ihrer Meinung nach kein geeigneter Nachweis für die im gegenständlichen Vergabeverfahren geforderte technische Leistungsfähigkeit sei.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Das Verwaltungsgericht Wien hat gemäß § 11 WVRG 2014 auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Die Verhandlung kann entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder, dass er abzuweisen ist, oder das Verwaltungsgericht Wien einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu erlassen hat.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigerklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. b BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigerklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 ist eine Entscheidung im Sinne dieses Gesetzes jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren. Im offenen Verfahren sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen gesondert anfechtbar: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen sind gemäß § 2 Z 16 lit b BVergG 2006 alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehenden Entscheidungen.

Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 kann der Auftraggeber gemäß § 74 Abs. 1 leg. cit. insbesondere verlangen:

1. eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft),

2. einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung,
3. die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist,
4. eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt,
5. eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. kann ein Unternehmer, der aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß Abs. 1 geforderten Nachweise nicht beibringen kann, den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Als geeignete Nachweise sind jedenfalls anzusehen:

1. Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer;
2. Angaben über Unternehmensbeteiligungen;
3. Angaben über Kapitalausstattung, Anlagevermögen, Grundbesitz.

Aufgrund des unbestrittenen Akteninhalts und der von den Parteien übermittelten Schriftsätzen werden folgende Feststellungen getroffen:

Bei der Antragsgegnerin, Stadt Wien – K. handelt es sich unbestritten um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Der verfahrensgegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.2.2015 ist rechtzeitig. Er richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Er enthält die gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Antragstellerin hat die Bezahlung der Pauschalgebühren gemäß § 15 WVRG 2014 nachgewiesen.

Das Unternehmen der Antragstellerin besteht nach den Angaben auf ihrer Homepage und nach ihrem Vorbringen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bereits seit 2009.

Die Antragstellerin hat ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im gegenständlichen Vergabeverfahren durch eine Umsatzbestätigung ihrer externen Buchhalterin für die Jahre 2011, 2012 und 2013 in dem dort bestätigten Umfang nachgewiesen. Sie ist bei dem von ihrer Buchhalterin bekanntgegebenen Gesamtumsatz vom Umsatzerlös des jeweiligen Jahres ausgegangen, wie er in der Bilanz aufscheint, und hat die „Bestandsveränderungen Waren und noch nicht abrechenbare Leistungen“ dazugerechnet. In der Ausschreibung ist für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit u.a. der Nachweis eines „Gesamtumsatzes für den Tätigkeitsbereich“ verlangt, wobei auf die Tabelle „Spartenspezifischer Umsatz“ verwiesen wurde, in der die Begriffe „Gesamtumsatz – Umsatz in Mio Euro“, „Stahlbau – Umsatz in Mio Euro“ und „TGA – Umsatz in Mio Euro“ enthalten sind.

Im Erkenntnis vom 29.1.2015, Zahl VGW-123/072/34495/2014-24, hielt das Verwaltungsgericht Wien zunächst fest, dass von den Bietern im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Unternehmensgesamtumsatz von 4 Mio Euro für jedes der in der Ausschreibung festgehaltenen Jahre nachzuweisen war. Weiters hielt das Gericht in diesem Erkenntnis fest, dass sich das Verständnis des Begriffes „Gesamtumsatz“ in § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 an dem im UGB verwendeten Begriff „Umsatzerlös“ zu orientieren hat und das Hinzurechnen von Bestandsveränderungen zum Umsatzerlös für die Zwecke der Bekanntgabe des Gesamtumsatzes gemäß § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 durch die Teilnahmeberechtigte unzulässig war. Der Umsatzerlös der Antragstellerin für das Jahr 2011 lag unbestritten unter der 4 Mio. Euro-Grenze, die in der Ausschreibung vorgesehen ist.

Nach der im o.a. Erkenntnis zum Ausdruck gebrachten Ansicht des Senates ergibt sich aus der Formulierung der Ausschreibung in Punkt 15.4.2 (arg.: „je Geschäftsjahr“) weiters eindeutig, dass die Gesamterlöse für die einzelnen Jahre 2011, 2012 und 2013 (bzw. 2010, 2011 und 2012) anzugeben waren und nicht ein durchschnittlicher Umsatz dieser Jahre bzw. die Umsatzentwicklung der letzten Jahre gefragt war. Eben so wenig war der Gesamtumsatz des Jahres 2014 gefragt. Da das Unternehmen der Antragstellerin bereits länger, als 3 Jahre besteht, nämlich seit 2009, liegen die Voraussetzungen des § 74 Abs. 1 Z 5 letzter Halbsatz BVergG 2006 im gegenständlichen Fall nicht vor.

Im o.a. Erkenntnis wurde aufgrund dieser Erwägungen begründend ausgesprochen, dass die Antragstellerin den geforderten Gesamtumsatz von zumindest 4 Mio Euro für das Geschäftsjahr 2011 nicht aufwies, damit die in der Ausschreibung geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit für das Jahr 2011 nicht hatte und aus diesem Grund auszuschneiden gewesen wäre. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung wurde daher für nichtig erklärt.

Im gegenständlichen Fall hat der Senat Folgendes erwogen:

In ihrem Nachprüfungsantrag bringt die Antragstellerin zunächst vor, dass sie zwar den Umsatzerlös von 4 Mio Euro in dem im Erkenntnis des Verwaltungsgericht Wien vom 29.1.2015, Zahl VGW-123/072/34495/2014-24, dargestellten Begriffsverständnis nicht habe nachweisen können; sie habe ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit jedoch durch die Geltendmachung der ebenfalls zu berücksichtigenden aber noch nicht abrechenbaren Leistungen, die im Jahr 2011 erbracht worden seien, im Sinne des § 74 Abs. 2 BVergG 2006 nachgewiesen.

Dieser Argumentation ist zunächst entgegenzuhalten, dass in der gegenständlichen Ausschreibung für den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit u.a. der Nachweis eines „Gesamtumsatzes für den Tätigkeitsbereich“ gefordert war. Das Verständnis des Begriffes „Gesamtumsatz“ in § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 hat sich aus den im o.a. Erkenntnis dargestellten Erwägungen an dem im UGB verwendeten Begriff „Umsatzerlös“ zu orientieren. Bestandsveränderungen und noch nicht abrechenbare Leistungen sind zwar, neben dem Umsatzerlös, in die Gewinn- und Verlustrechnung einzubeziehen, aber nicht unter den Begriff „Umsatzerlös“ bzw. „Gesamtumsatz“ zu subsumieren.

Bereits in der Begründung des o.a. Erkenntnisses wurde daher Folgendes festgehalten: „Die Teilnahmeberechtigte weist für das Geschäftsjahr 2011, wie oben dargestellt, den geforderten Gesamtumsatz von zumindest 4 Mio Euro nicht auf. Sie hat damit die in der Ausschreibung geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit für das Jahr 2011 nicht und wäre auszuschneiden gewesen.“

Eine neuerliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Heranziehung von Bestandsveränderungen und noch nicht abrechenbaren Leistungen für den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit zulässig war bzw. ob der Gesamtumsatz für jedes Jahr nachzuweisen war, hat somit im Hinblick auf das rechtskräftige Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 29.1.2015, Zahl VGW-123/072/34495/2014-24, zu unterbleiben.

Im Übrigen regelt § 74 Abs. 2 BVergG 2006 den Fall, dass ein Bieter den vom Auftraggeber geforderten Nachweis der (grundsätzlich vorhandenen) finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit aus einem berechtigten Grund nicht erbringen kann, und diesen durch einen anderen Nachweis ersetzen bzw. ergänzen muss. Diese Konstellation ist vom gegenständlichen Fall, in dem die Antragstellerin den in der Ausschreibung geforderten Nachweis (nämlich die Bekanntgabe des Gesamtumsatzes für das Jahr 2011) formal durchaus erbringen konnte, dieser jedoch inhaltlich, und zwar der Höhe nach, nicht ausreichte, da der Gesamtumsatz der Antragstellerin im Jahr 2011 die geforderte Grenze von 4 Mio nicht erreichte, zu unterscheiden.

Weder die Geltendmachung von Bestandsveränderungen und noch nicht abrechenbaren Leistungen, noch der Nachweis der im Unternehmen der Antragstellerin beschäftigten Mitarbeiter konnten daher das Nichtvorliegen des erforderlichen Gesamtumsatzes und damit der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin für das Jahr 2011 kompensieren.

Der Argumentation der Antragstellerin zum Nachweis ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit war daher nicht zu folgen, zumal von der Antragstellerin im o.a. Nachprüfungsverfahren betreffend die Zuschlagsentscheidung vom 5.12.2014 weder vorgebracht wurde, dass die Heranziehung der Bestandsveränderungen und noch nicht abrechenbaren Leistungen im Zusammenhang mit dem Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit im Sinne des § 74 Abs. 2 BVergG 2006 erfolgt sei (die Antragstellerin argumentierte damals in der Rolle der Teilnahmeberechtigten vielmehr, Bestandsveränderungen und noch nicht abrechenbare Leistungen seien unter den Begriff „Gesamtumsatz“ zu subsumieren), noch ein stichhaltiger Grund

für das Nichtbeibringen des Nachweises des Gesamtumsatzes für 2011 behauptet wurde.

Auf das Vorbringen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin zur Frage, ob die in der Ausschreibung geforderte technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten durch den Nachweis einer Referenz zum Zivilluftlandeplatz M. korrekt nachgewiesen wurde, war aus den folgenden Erwägungen nicht näher einzugehen:

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. b BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden.

Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ist das Ausscheiden der Antragstellerin mit Ausscheidensentscheidung vom 10.2.2015 verfahrensgegenständlich. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist damit Hauptfrage des Vergabenachprüfungsverfahrens alleine die Frage, ob die Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wurde (VwGH 25.3.2014, Ra 2014/04/0001 m.w.N.). Wie die Antragsgegnerin im gegenständlichen Fall nach der Entscheidung des Gerichtes im gegenständlichen Vergabeverfahren weiter vorgehen wird, ist von der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren (gegenständlich: Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung) nicht unmittelbar abhängig. Der Antragsgegnerin steht die Möglichkeit offen, eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten zu treffen, falls sie davon ausgeht, dass diese geeignet ist und ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben hat. Sie hätte aber auch die Möglichkeit, das Vergabeverfahren zu widerrufen, da nur ein Angebot im Vergabeverfahren verblieben ist. Sollte die Antragsgegnerin im Rahmen der Angebotsprüfung zu

dem Ergebnis kommen, dass die Teilnahmeberechtigte die Voraussetzungen für die Zuschlagserteilung nicht erfüllt und ebenfalls auszuschneiden ist, wäre sie sogar verpflichtet, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Diese Entscheidung wird die Antragsgegnerin im Anschluss an die gegenständliche Gerichtsentscheidung zu treffen haben.

Aus diesem Grund kann aber der Antragstellerin durch das bisherige Nichtausscheiden der Teilnahmeberechtigten im gegenständlichen Verfahrensstadium des Vergabeverfahrens noch kein Schaden entstehen. In diesem Sinne bestimmt § 20 Abs. 1 vorletzter Satz WVRG 2014, dass nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen erst mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden können. Das wäre im vorliegenden Fall eine allfällige Zuschlags- oder Widerrufentscheidung.

Ein näheres Eingehen auf die Frage, ob die Teilnahmeberechtigte ihre technische Leistungsfähigkeit in ausreichendem Maß nachgewiesen hat, war somit nicht erforderlich.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hinsichtlich der Ausscheidensentscheidung wurde vom Gericht als zulässig erachtet. Die im Urteil des EuGH vom 4.7.2013, Rs C-100/12, Fastweb SpA behandelte Problematik liegt daher gegenständlich nicht vor (VwGH vom 25.3.2015, Ra 2014/04/0001-4).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 10.2.2015 aus den oben dargestellten Erwägungen abzuweisen war. Eine Zurückweisung wegen entschiedener Sache hatte im Hinblick darauf, dass das Beschwerdevorbringen in seiner Argumentation zu § 74 Abs. 2 BVergG 2006 vom Verfahrensgegenstand des Vorverfahrens abwich, und eine andere gesondert anfechtbare Entscheidung betraf, nicht zu erfolgen. Der Antrag auf Nachprüfung der nicht erfolgten Ausscheidung des Angebots der U. GesmbH war zurückzuweisen, da eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 erst gemeinsam mit der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden kann. Der Antrag, der Antragsgegnerin eine fortgesetzte

Angebotsprüfung hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit der U. GesmbH aufzutragen, war zurückzuweisen, da das Verwaltungsgericht Wien gemäß § 26 WVRG 2014 im Nachprüfungsverfahren vor der Zuschlagserteilung nur die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers aussprechen kann. Für den beantragten Ausspruch fehlt eine gesetzliche Grundlage.

Die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren waren von dieser selbst zu tragen, da ein Gebührenersatz gemäß § 16 WVRG 2014 nur dann stattzufinden hat, wenn die Antragstellerin zumindest teilweise obsiegt.

Da im vorliegenden Fall der Sachverhalt im Wesentlichen unbestritten ist und bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der verfahrenseinleitende Antrag abzuweisen ist, konnte eine mündliche Verhandlung gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 entfallen.

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.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis 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 des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin 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 Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Mag.^a Mandl