



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/046/12529/2023-17
Bietergemeinschaft A.
Ziviltechniker GmbH/B. Ziviltechnikergesellschaft m.b.H.

Wien, 21.11.2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Diem als Vorsitzenden, Mag. Schmied als Berichter und Mag. Schreiner als Beisitzerin über den Antrag der Bietergemeinschaft A. Ziviltechniker GmbH/B. Ziviltechnikergesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte Gesellschaft m.b.H., vom 28.9.2023 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.9.2023 betreffend die Lose ... und ... des Vergabeverfahrens "Hauszustandsfeststellung für das Bauvorhaben U5 - 2. Baustufe", Ausschreibungsnummer ...,

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.9.2023 betreffend die Lose ... und ... des Vergabeverfahrens "Hauszustandsfeststellung für das Bauvorhaben U5 - 2. Baustufe", Ausschreibungsnummer ..., wird gemäß § 23 Abs. 1 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2020 abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat gemäß den §§ 14 und 15 WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von 3.801,-- Euro selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

W e s e n t l i c h e E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Gang des Verfahrens:

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (Auftraggeberin) führen unter der Bezeichnung "Hauszustandsfeststellung für das Bauvorhaben U5 - 2. Baustufe", Ausschreibungsnummer ..., ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Sektorenbereich. Es handelt sich um einen in drei Lose untergliederten Dienstleistungsauftrag. Der geschätzte Auftragswert der beiden gegenständlichen Lose ... und ... liegt in Summe zwar deutlich über dem Schwellenwert, überschreitet diesen jedoch nicht um mehr als das Zehnfache. Die Bietergemeinschaft A. Ziviltechniker GmbH/B. Ziviltechnikergesellschaft m.b.H. hat in den Losen ... und ... fristgerecht ein Angebot gelegt.

Am 19.9.2023 gab die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung bekannt. Sie hat darin für die Zuschlagserteilung in Los ... die Bietergemeinschaft C. ZT GmbH/D. ZT-GmbH, in Los ... die Bietergemeinschaft E. ZT-GmbH/F. Ziviltechniker Ges.m.b.H./G. ZT-GmbH vorgesehen.

Mit Nachprüfungsantrag vom 28.9.2023 begehrte die Bietergemeinschaft A. Ziviltechniker GmbH/B. Ziviltechnikergesellschaft m.b.H. (Antragstellerin) durch ihre anwaltliche Vertretung die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.9.2023, soweit davon die Lose ... und ... betroffen sind.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen als eines von drei Zuschlagskriterien die Vorlage einer Referenzmappe (Qualität Hausgutachten) vorgesehen sei. In diesem Zuschlagskriterium würden 600 Punkte vergeben, zusätzlich würden für den Preis und ein Referenzprojekt noch jeweils 200 Punkte vergeben. Zur Referenzmappe sei in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass nur Leistungen ab 1.1.2013 herangezogen werden dürften und dabei nur Projekte, bei denen zumindest die Begutachtung vollständig (Teil A, Teil B und Teil C) erbracht worden sei. Die Antragstellerin habe als Bestbieterin in vorangegangenen Vergabeverfahren bereits zahlreiche gleichlautende Hauszustands-feststellungen durchgeführt und darunter

142 Hausgutachten/Hauszustands-feststellungen (Gutachten) elektronisch vorgelegt und auf die Server der Auftraggeberin hochgeladen, welche allesamt die Zuschlagskriterien „Referenzmappe“ erfüllen würden. Es sei daher von der Antragstellerin auf diese Gutachten verwiesen worden und habe man angesichts des ungeheuren Datenvolumens von ca. 1 Gigabyte pro Gutachten davon Abstand genommen, die Gutachten für die Referenzmappe hochzuladen. Man habe es aber der Auftraggeberin anheimgestellt, dies über Aufforderung zu tun. Die Auftraggeberin habe jedoch davon nicht Gebrauch gemacht und zu Unrecht das Zuschlagskriterium „Referenzmappe“ mit 0 Punkten bewertet. Hätte die Auftraggeberin die Bewertung korrekt durchgeführt, wäre die Antragstellerin in den gegenständlich bekämpften Losen als Bestbieterin hervorgegangen.

Zugleich stellte die Bietergemeinschaft A. Ziviltechniker GmbH/B. Ziviltechniker-gesellschaft m.b.H. einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin mit sofortiger Wirkung untersagt werden sollte, im gegenständlichen Vergabeverfahren hinsichtlich der Lose ... und ... den Zuschlag zu erteilen. Diesem Antrag wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 4.10.2023 entsprochen.

Die Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden in ausreichender Höhe entrichtet.

Mit Schriftsatz vom 4.10.2023 übermittelte die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und begehrte die Abweisung des Antrags.

Mit Schriftsatz vom 12.10.2023 übermittelte auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Los ... durch ihre anwaltliche Vertretung eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und begehrte dessen Abweisung.

Mit Schriftsatz vom 25.10.2023 brachte die Antragstellerin eine/n Bekanntgabe/Beweisantrag ein und legte in digitaler Form 10 exemplarische Projekte (Hausgutachten) vor, die dem Vorbringen der Antragstellerin zufolge allesamt aufgrund vorangegangener Leistungserbringung bei der Auftraggeberin bereits in digitaler Form vorhanden und abrufbar waren und den Anforderungen für die Referenzmappe im gegenständlichen Verfahren voll entsprechen.

Am 2.11.2023 führte das Verwaltungsgericht Wien betreffend den Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19.9.2023 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

In der Verhandlung betonte der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin, dass auf Grund des Wording in den Ausschreibungsunterlagen für sie klar gewesen sei, dass in der Referenzmappe mehr als nur ein Gutachten vorzulegen gewesen wäre, weil in Punkt 5.2. [gemeint: Punkt 5.2.2.] der Ausschreibungsunterlagen genauso von „einem Projekt“ die Rede ist, wie in Punkt 5.3. [gemeint: Punkt 5.2.3.] der Ausschreibungsunterlagen, wo ganz eindeutig mehr als nur ein Projekt je Los vorzulegen war. Außerdem könne nicht nachvollzogen werden, inwiefern die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin durch Zeitgewinn verbessert werden könnte, wenn ohnedies über Aufforderung der Auftraggeberin eines der bereits vorgeschlagenen 142 Projekte herausgesucht und als Projekt der Referenzmappe bezeichnet worden wäre.

Der Vertreter der Auftraggeberin hielt dem entgegen, dass es der Auftraggeberin gerade nicht erlaubt gewesen wäre, eines der von der Antragstellerin in den Raum gestellten 142 Projekte auszusuchen und zu bewerten.

In unmittelbarem Anschluss an die mündliche Verhandlung wurde das gegenständliche Erkenntnis samt den wesentlichen Entscheidungsgründen vom Senatsvorsitzenden verkündet.

Fristgerecht beantragte der anwaltliche Vertreter der Antragstellerin in der Folge die volle Ausfertigung des verkündeten Erkenntnisses.

Sachverhalt:

Aufgrund der unstrittigen Aktenlage wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen sehen in Punkt 5. drei Zuschlagskriterien vor. Für das Zuschlagskriterium „Referenzmappe (Qualität Hausgutachten) je Los“ (Punkt 5.2.2. der Ausschreibungsunterlagen) sind für die Angebotsbewertung 600 Punkte, für die beiden übrigen Zuschlagskriterien „Referenzprojekte je Los“ (Punkt 5.2.3. der Ausschreibungsunterlagen) und „Preis“ (Punkt 5.2.4. der Ausschreibungsunterlagen) jeweils 200 Punkte vorgesehen. Das Angebot eines Bieters kann also maximal mit 1000 Punkten bewertet werden. Das Angebot der Antragstellerin wurde im Zuschlagskriterium „Referenzmappe (Qualität Hausgutachten) je Los“ mit 0 Punkten bewertet. Nur diese Bewertung ist strittig.

In den Ausschreibungsunterlagen ist hinsichtlich des Bewertungskriteriums „Referenzmappe (Qualität Hausgutachten) je Los“ unter Punkt 5.2 „Referenzen“ unstrittig Folgendes festgelegt:

„5.2.1. Allgemeine Mindestanforderungen an alle Referenzen in allen Kategorien

Die referenzgegenständlichen Leistungen werden frühestens ab 01.01.2013 (frühester Zeitpunkt der Auftragserteilung Hauszustandsfeststellungen) gewertet. Bei noch nicht abgeschlossenen Referenzprojekten können nur Flächen (Objekte) gewertet werden, bei denen die Begutachtung vollständig (Teil A, Teil B, Teil C) erbracht wurde.

5.2.2. Referenzmappe (Qualität Hausgutachten) je Los

Der Bieter hat eine Referenzmappe (eines bereits ausgeführten Projektes) je Los gemäß nachfolgender Aufzählung dem Angebot in digitaler Form beizulegen. Diese hat insbesondere zu enthalten:

Teil A (Konstruktiver Teil) Inhalt gemäß Leistungsbeschreibung [max. 250 Bewertungspunkte je Projekt]

- a) Statisches Grundkonzept des Objektes*
- b) Art der Gründung mit abgeschätzten Fundamentlasten (mit Skizzen)*
- c) Beschreibung des Objektes mit Plänen, baugeschichtlichen Daten und Altbeständen, Beurteilung von Bauschäden und baulicher Besonderheiten.*
- d) Bauzustand und Erhaltungszustand*
- e) Kurze Zusammenfassung*

Teil B (Beweissicherung) [max. 200 Bewertungspunkte je Projekt]

- a) *Beschreibung des Objektes mit Plänen, baugeschichtlichen Daten und Dokumentationen.*
- b) *Bauzustand und Erhaltungszustand*
- c) *Beurteilung von Bauschäden und baulichen Besonderheiten, wie Risse, Schäden, etc.*
- d) *Kurze Zusammenfassung der Hauszustandsfeststellungen Teil A bzw. B*

Teil C (Geotechnischer Teil) [max. 150 Bewertungspunkte pro Projekt]

- a) *Beschreibung der Untergrundverhältnisse und Einarbeitung von bodenphysikalischen Untersuchungen, soweit welche hausspezifisch vorliegen.*
- b) *Ermittlung der vorhandenen Bodenpressungen für die wichtigsten Hauptmauern*
- c) *Untersuchung der Standsicherheit und Abschätzung von zulässigen Setzungen und Setzungsunterschieden.*

Die Referenzmappe wird anhand der in diesem Punkt angeführten Anforderungen bewertet, wobei pro fehlender Anforderung 50 Bewertungspunkte in Abzug gebracht werden. Aus dieser Bewertung ergibt sich die Gesamtbewertung (Punktemaximum 600 Pkt.).

5.2.2.1. Nachweiserbringung Referenzmappe

Der Nachweis erfolgt durch Einreichung mit dem Angebot je Los."

Die Antragstellerin hat als „Referenzmappe“ folgendes Schreiben vorgelegt:

„Nachweis der Qualität der Hauszustandsfeststellungen für die Lose ..., ... und ...

Die bereits zur Zufriedenheit des AG und der Planer auftragsgemäß abgearbeiteten Projekte der Hauszustandsfeststellungen sowohl für die U1-Verlängerung nach H. als auch für die, aktuell als Referenzprojekt angeführte, Erstellung der Hauszustandsfeststellungen für die U2-Verlängerung bis I.-Platz für die Teilbereiche ... zeigen eindeutig, dass unser Büro eine große Erfahrung und Kompetenz in der Erstellung der Hausgutachten für den Wiener U-Bahn Bau besitzt und wir die Durchführung der Arbeiten in enger Zusammenarbeit mit dem AG, den Planern, Prüfügenieuren und sonstigen Beteiligten erfolgreich absolviert haben bzw. auch weiterhin absolvieren werden.

Alleine bei der U2-Verlängerung bis I.-Platz haben wir 315 Gebäude entlang der Trasse untersucht und davon haben wir bereits für alle Gebäude die statischen und geotechnischen Grundlagen (Teil A und C) erstellt und auftragsgemäß, termingerecht und vollumfänglich geliefert. Bei davon in Summe von 142 Gebäuden wurde bereits auch schon, entsprechend dem Terminplan der Bauarbeiten eine Beweissicherung (Teil B) vollumfänglich und auftragsgemäß durchgeführt.

Die bei der Referenzmappe geforderten Inhalte:

Teil A (Konstruktiver Teil) Inhalt gemäß Leistungsbeschreibung [max. 250 Bewertungspunkte je Projekt]

- a) Statisches Grundkonzept des Objektes
- b) Art der Gründung mit abgeschätzten Fundamentlasten (mit Skizzen)
- c) Beschreibung des Objektes mit Plänen, baugeschichtlichen Daten und Altbeständen, Beurteilung von Bauschäden und baulicher Besonderheiten.
- d) Bauzustand und Erhaltungszustand
- e) Kurze Zusammenfassung

Teil B (Beweissicherung) [max. 200 Bewertungspunkte je Projekt]

- a) Beschreibung des Objektes mit Plänen, baugeschichtlichen Daten und Dokumentationen.
- b) Bauzustand und Erhaltungszustand
- c) Beurteilung von Bauschäden und baulichen Besonderheiten, wie Risse, Schäden, etc.
- d) Kurze Zusammenfassung der Hauszustandsfeststellungen Teil A bzw. B

Teil C (Geotechnischer Teil) [max. 150 Bewertungspunkte pro Projekt]

- a) Beschreibung der Untergrundverhältnisse und Einarbeitung von bodenphysikalischen Untersuchungen, soweit welche hausspezifisch vorliegen.
- b) Ermittlung der vorhandenen Bodenpressungen für die wichtigsten Hauptmauern.
- c) Untersuchung der Standsicherheit und Abschätzung von zulässigen Setzungen und Setzungsunterschieden.

entsprechen exakt den auftragsgegenständlichen Inhalten der von uns in der Vergangenheit gelieferten Hausgutachten für das Projekt U1-Verlängerung bis H. und dem aktuell laufenden Projekt U2-Verlängerung bis I.-Platz.

Bei der Erstellung der Hausgutachten für die U2-Verlängerung bis I.-Platz wurde im Vorfeld der Aufbau und die Strukturierung der Gutachten mit dem AG abgestimmt.

Aufgrund der großen Datenmenge von jedem Gutachten haben wir von einer Beilage Abstand genommen, da alle von uns vollständig und ident gemäß der Beauftragung aufgebauten Gutachten beim Auftraggeber (=Ausschreibender) aufliegen und jederzeit auf den Servern der einzelnen Teilbereiche eingesehen werden können bzw. bei Bedarf auch gerne noch gesondert von uns nachgereicht werden.“

Die Auftraggeberin hat dieses Schreiben nicht als Referenzmappe gewertet und das Angebot der Antragstellerin im Zuschlagskriterium „Referenzmappe“ mit 0 Punkten bewertet. Ein Projekt (Hausgutachten) wurde mit dem Angebot der Antragstellerin nicht vorgelegt. Andere Bieter haben zum Zuschlagskriterium

„Referenzmappe“ jeweils ein konkretes Projekt (Hausgutachten) in elektronischer Form vorgelegt.

Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin nicht zur Verbesserung ihres Angebots im Hinblick auf das Zuschlagskriterium „Referenzmappe“ bzw. zur Nachreichung eines Projekts aufgefordert.

Im Nachprüfungsverfahren hat die Antragstellerin mit Beweisantrag vom 25.10.2023 von sich aus zehn exemplarische Hausgutachten elektronisch hochgeladen und dem Verwaltungsgericht vorgelegt.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 193 Abs. 1 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren im Sektorenbereich nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 299 Abs. 2 BVergG 2018 erfolgt die Prüfung der Angebote im Sektorenbereich in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

Gemäß § 299 Abs. 3 BVergG 2018 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen:

1. ob den in § 193 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe der §§ 248, 251 bis 253, 255, 257 und 258 die Eignung des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer hinsichtlich des diese betreffenden Auftragsteiles;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Rechtliche Beurteilung:

Nach den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen haben Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren „eine Referenzmappe (eines bereits ausgeführten Projektes) je Los gemäß nachfolgender Aufzählung dem Angebot in digitaler Form“ beizulegen. Der objektive Erklärungswert dieser Festlegung kann nicht anders verstanden werden, als dass der Bieter pro Los ein bestimmtes Projekt, das er bereits abgeschlossen hat, auswählen und vorlegen muss, damit die Auftraggeberin in die Lage versetzt wird, dieses Projekt entsprechend den in Punkt 5.2.2 genannten Kriterien qualitativ bewerten und bis zu 600 Punkte vergeben kann.

Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung betont hat, sie habe die Ausschreibungsunterlagen aufgrund der Textierung der Punkte 5.2.2. (Referenzmappe (Qualität Hausgutachten) je Los“ und 5.2.3. (Referenzprojekte je Los) dahingehend verstanden, dass als Referenzmappe mehr als nur ein Projekt (Hausgutachten) dem Angebot beizulegen gewesen wäre, verkennt sie, dass gerade dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen ist, dass die gemäß Punkt 5.2.2. vorzulegende Referenzmappe je Los „ein bereits ausgeführtes Projekt“ beinhalten sollte, während zum davon zu unterscheidenden, in Punkt 5.2.3. festgelegten Zuschlagskriterium „Referenzprojekt“ je Los „3 Referenzprojekte“ bekanntzugeben waren.

Gegenständlich hat die Antragstellerin für ihre Referenzmappe (Punkt 5.2.2. der Ausschreibungsunterlagen) kein konkretes, von ihr bereits abgeschlossenes Projekt ausgewählt und dem Angebot in digitaler Form beigelegt. Der bloße Hinweis darauf, dass die Antragstellerin in der Vergangenheit bereits 315 Projekte für die Auftraggeberin abgewickelt habe, von denen 142 die Qualitätskriterien des Punkte 5.2.2. der Ausschreibungsunterlagen in vollem Umfang erfüllen würden, vermag die Auswahl und digitale Vorlage eines konkreten Projekts nicht zu ersetzen, ist doch die Auswahl des einer Qualitätsprüfung und -bepunktung zu unterziehenden Projekts den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen zufolge Aufgabe des Bieters und nicht Aufgabe des Auftraggebers. Auch eine Zuordnung je Los wurde von der Antragstellerin nicht vorgenommen. Der Auftraggeberin wäre es gegenständlich sogar verwehrt gewesen, anstelle der Antragstellerin ein bestimmtes Projekt

pro Los für die Referenzmappe auszuwählen, hätte es doch damit die Auftraggeberin letztlich in der Hand gehabt, ein aus ihrer Sicht möglichst hoch zu bewertendes oder ein aus ihrer Sicht weniger hoch zu bewertendes Projekt auszuwählen.

Dass es im Hinblick auf die hochzuladenden Datenvolumina der Antragstellerin in technischer Hinsicht sehr wohl möglich gewesen wäre, ein konkretes Projekt je Los hochzuladen und der Auftraggeberin zur Verfügung zu stellen, zeigt sich daran, dass je Los nur ein einzelnes Projekt in digitaler Form vorzulegen gewesen wäre. Dass dies aus technischen Gründen nicht möglich gewesen wäre, hat die Antragstellerin nicht behauptet und eine solche Annahme stünde auch im Widerspruch zur Aktenlage, der zu entnehmen ist, dass Mitbewerber sehr wohl je Los ein Projekt für die Referenzmappe digital hochgeladen haben.

Soweit die Antragstellerin vermeint, die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, ihr die Verbesserung ihres Angebots zu ermöglichen, etwa indem die Auftraggeberin – wie von der Antragstellerin angeboten – die Antragstellerin aufgefordert hätte, ein konkretes Projekt für die Referenzmappe hochzuladen (vorzulegen), verkennt sie, dass betreffend die Zuschlagskriterien eine Verbesserung des Angebots aus folgenden Gründen nicht zulässig ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind Mängel als unbehebbar zu qualifizieren, die nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen können (VwGH 26.2.2003, 2001/04/0037). Hinsichtlich behebbaren bzw. unbehebbarer Mängel ist somit zu unterscheiden, ob im maßgeblichen Zeitpunkt der nachzuweisende Umstand fehlt (diesfalls liegt ein unbehebbarer Mangel vor) oder ob es bloß am Nachweis des bereits bestehenden Umstandes mangelt (im letztgenannten Fall ist der Mangel behebbar; VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0015). Der Verwaltungsgerichtshof zieht die Grenze zwischen behebbaren und unbehebbarer Mängeln bei der materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung, die auch in einem längeren Zeitraum zur Erstellung des Angebots bestehen kann (VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186). Maßgeblich für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, ob die nachträgliche Änderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt.

Dies würde den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und den Transparenzgrundsatz verletzen (vgl. dazu VwGH 2003/04/0186 und EuGH RS C-87/94, Rz 56).

Wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 4.10.2023 zutreffend ausführt, sind fehlerhafte Angaben im Angebot (Mängel), die unmittelbar Auswirkungen auf die Angebotsbewertung haben, per se einer Verbesserung nicht zugänglich, weil dies zwangsläufig mit einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung verbunden wäre. Anders als etwa bei Angaben, welche die Erfüllung von Mindestkriterien betreffen, und deren Behebung nach Ablauf der Angebotsfrist lediglich das Nichtausscheiden des Angebots, aber keine Änderung von dessen Bewertung und daher keine Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters zur Folge hat, hätte die Aufforderung an die Antragstellerin, je Los eines der von ihr angesprochenen 142 Projekte (Hausgutachten) konkret für die Referenzmappe zu benennen, unmittelbar eine höhere Punktebewertung des Angebots der Antragstellerin zur Folge gehabt und damit ihre Wettbewerbsstellung verbessert. Außerdem wäre der Antragstellerin unter Annahme der Verbesserungsfähigkeit ihres Angebots ein längerer Zeitraum für die Auswahl und Vorlage eines konkreten Projekts für ihre Referenzmappe zugestanden und allein schon dadurch ihre Wettbewerbsstellung verbessert sowie der vergaberechtliche Grundsatz der Bietergleichbehandlung missachtet worden. Schließlich hat es nicht nur am Nachweis eines bestehenden Umstandes gefehlt. Weil die Antragstellerin nicht einmal eine Auswahl aus den von ihr genannten 142 Projekten getroffen – es war ein Projekt in digitaler Form vorzulegen – und auch keine Zuordnung je Los vorgenommen hat, hat es vielmehr am nachzuweisenden Umstand im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gefehlt. Auch darin zeigt sich, dass es sich um einen unbehebaren Mangel gehandelt hat, der bei Einräumung einer Verbesserungsmöglichkeit zu einer Verletzung der genannten Grundsätze geführt hätte.

Der Auftraggeberin kann somit nicht entgegengetreten werden, wenn sie das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf das Zuschlagskriterium „Referenzmappe“ als nicht vollständig bzw. nicht formrichtig im Sinne des § 299 Abs. 3 Z 5 BVergG 2018 qualifiziert und in diesem Zuschlagskriterium mit 0 Punkten bewertet hat.

Der Nachprüfungsantrag war daher spruchgemäß abzuweisen.

Pauschalgebühren:

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2020 hat die vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 14 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 14 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 15 Abs. 2 WVRG 2020 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nichtigerklärungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird oder wenn die Antragstellerin während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird und
2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung stattzugeben gewesen wäre oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde oder im Falle der Klaglosstellung abzuweisen gewesen wäre.

Da dem Nachprüfungsantrag gegenständlich kein Erfolg beschieden war und auch keine Klaglosstellung durch die Auftraggeberin erfolgt ist, hat die Antragstellerin die von ihr in ausreichender Höhe entrichteten Pauschalgebühren sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung selbst zu tragen.

Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen, in der Entscheidung zitierten 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. Im Übrigen ist auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hinzuweisen, wonach die Auslegung von Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen einer ordentlichen Revision nicht zugänglich ist.

B e l e h r u n g

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 der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und 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. Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Diem
(Senatsvorsitzender)