



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-123/072/7698/2023-17
A. B.

Wien, 13.7.2023

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. Ooppel über den Antrag des Herrn A. B., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigerklärung der Mitteilung über die Entscheidung zur Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren vom 21.05.2023, betreffend das Vergabeverfahren „Einstufiger, geladener Realisierungswettbewerb zur Erlangung eines Entwurfs für eine künstlerische Kontextualisierung des C.-Denkmals“ in Wien, der Auftraggeberinnen „D. GmbH“ und Stadt Wien, MA 7, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung über die Nichtzulassung zum anschließenden Verhandlungsverfahren vom 07.06.2023 wird als verspätet und unzulässig zurückgewiesen.

II. Dem Antragsteller sind vom Verwaltungsgericht Wien € 1.267,- an zu viel entrichteten Pauschalgebühren zurückzuzahlen. Im Übrigen hat der Antragsteller die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die D. GmbH und die Stadt Wien, MA 7, in der Folge kurz Auftraggeberinnen, haben eine Auslobung in Form eines einstufigen, geladenen Realisierungswettbewerbs im Oberschwellenbereich mit einem im Anschluss beabsichtigten Verhandlungsverfahren (Auftragswert 500.000,-- Euro Preisgeld) eingeleitet. Gegenstand dieses Realisierungswettbewerbs ist die Erlangung eines Entwurfs für eine künstlerische Kontextualisierung des C. – Denkmals auf einer ausgewiesenen Fläche am C.-Platz im ... Wiener Gemeindebezirk.

Der Realisierungswettbewerb endete mit einer Mitteilung über den Siegerentwurf am 31.5.2023.

Aktenkundig ist ein rechtzeitig eingereichter Beitrag der „Künstler:innengruppe E. A. B., F. G., H. K., L. M., N. P.“. Die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren betreffend diesen Beitrag wurde der Künstler:innengruppe E. in einem an den Antragsteller gerichteten E-Mail vom 21.5.2023 per E-Mail bekannt gegeben. Die Begründung lautete, dass sich die Jury nach intensiven Diskussionen für einen anderen Beitrag entschieden habe. Es wurde auch mitgeteilt, dass eine 10-tägige Stillhaltefrist bis zur Verlautbarung des Ergebnisses am 31.5.2023 vorgesehen sei. Eine weiterführende Begründung enthielt die Entscheidung nicht.

Diese Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren wird vom Antragsteller mit dem verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag angefochten. Er führt darin zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien, zu dem ihm drohenden Schaden, zu seinem Interesse am Vertragsabschluss und zur Entrichtung der Pauschalgebühr aus. Nachdem der Antragsteller davon ausging, dass die gegenständliche Vergabe im Oberschwellenbereich erfolgte, hat er 2.534,-- Euro an Pauschalgebühren entrichtet.

Zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags verweist der Antragsteller auf § 19 WVRG 2020, wonach ein Antrag auf Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg binnen 10 Tagen einzubringen sei. Die Entscheidung über die Nicht-Zulassung des Wettbewerbsbeitrags sei dem Antragsteller am 21.05.2023

mitgeteilt worden. Die Gründe für die Nicht-Zulassung des Wettbewerbsbeitrags des Antragstellers seien ihm trotz Nachfrage mit E-Mail vom 25.5.2023 nicht genannt worden. Auch ein nachfolgendes Telefongespräch mit Frau R. S. hätte keine neuen Erkenntnisse für den Antragsteller gebracht.

Im Hinblick auf die in § 163 BVerfG 2018 festgeschriebenen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbs sei eine effektive Rechtsverfolgung unterliegender Wettbewerbsteilnehmer nur dann möglich, wenn die Gründe für gesondert anfechtbare Entscheidungen der Auftraggeberinnen und insbesondere die Angebotsbewertung nachvollziehbar dokumentiert würden. Das Transparenzgebot werde im Rahmen der Angebotsbewertung auch als „Gebot der objektiven Nachvollziehbarkeit der Bewertung bezeichnet“.

Die Bekanntgabe der notwendigen Informationen zur Nachvollziehbarkeit der Nicht-Zulassung sei eine Bringschuld des Auftraggebers und habe zu Beginn der Stillhaltefrist zu erfolgen. Ein nachgereihter Bieter müsse die volle Stillhaltefrist zur Vorbereitung des Nachprüfungsantrags nutzen können und daher bereits zu Beginn der ohnehin kurzen Stillhaltefrist über alle Informationen verfügen, die ihn in die Lage versetzten einen begründeten Nachprüfungsantrag einzubringen.

In diesem Zusammenhang sei auf die Erläuterungen zu § 321 BVerfG 2018 und die Judikatur des EuGH zu verweisen, wonach es für die Auslösung des Fristenlaufes nicht genüge, dass ein Bewerber oder Bieter erfahre, dass seine Bewerbung oder sein Angebot zurückgewiesen worden sei. Solche Informationen genügten für einen Bewerber oder Bieter nicht, um gegebenenfalls einen anfechtbaren Rechtsverstoß erkennen zu können. Ein betroffener Bewerber oder Bieter könne sich erst dann darüber klarwerden, ob etwa ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliege und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angebracht sei, nachdem er von den Gründen in Kenntnis gesetzt worden sei, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot in dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages abgelehnt wurde. Im Übrigen beginne die Frist erst zu laufen, wenn der Bekanntmachungsverpflichtung entsprochen worden sei und der Bieter die Entscheidung zumindest zur Kenntnis nehmen hätte können.

Es reiche jedenfalls nicht aus, wenn sich der nachgereichte Bieter die Informationen über die Bewertung seines Angebots im Wege der Akteneinsicht oder erst im Nachprüfungsverfahren beschaffen könne.

Im vorliegenden Fall sei dem Antragsteller der Wettbewerbsgewinner nicht mitgeteilt worden. Es sei ihm daher nicht möglich gewesen, die Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Auftraggeberinnen vorzubringen. Er habe von der Entscheidung erst durch eine Pressemeldung erfahren. Mangels Kenntnis der Entscheidung über den obsiegenden Wettbewerbsbeitrag habe er auch keine Möglichkeit gehabt, zu überprüfen, ob dieser Entwurf den Wettbewerbsbedingungen entspreche bzw. ob Gründe für einen Nachprüfungsantrag vorlägen.

Aus den angeführten Gründen sei im vorliegenden Fall die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags nicht ausgelöst worden.

Der Antragsteller erachtet sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Zulassung seines Wettbewerbsbeitrages und Berücksichtigung in der Bewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Wettbewerbsbeitrags und auf Zulassung zum anschließenden Verhandlungsverfahren zu seinen Gunsten verletzt. Ferner erachtet er sich in seinem Recht auf Durchführung eines transparenten und dem fairen und lauterem Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens und im Recht auf Gleichbehandlung aller Wettbewerbsteilnehmerinnen als verletzt.

Der Nachprüfungsantrag sei berechtigt, da der präsumtive siegreiche Wettbewerbsbeitrag „Schieflage“ des Wettbewerbsteilnehmers T. U. den Rahmenbedingungen der Auslobung widerspreche. So sei in der Auslobung in Punkt B 3.1.2 „Denkmal unter Schutz“ festgelegt:

„Das C.-Denkmal steht nach § 2a Denkmalschutzgesetz (DMSG) wegen seiner „geschichtlichen, künstlerischen und sonstigen kultureller Bedeutung“ (DMSG § 1) unter Denkmalschutz. Es ist ein historisches Dokument, das, wie jede andere Bild- und/oder Schriftquelle, authentisch, also unverfälscht zu erhalten ist. Dieser Ansatz gilt generell für Denkmalpflege in Theorie sowie Praxis und folgt allgemein gültigen wissenschafts-methodischen Grundsätzen, die u.a. in den Historisch-Kulturwissenschaftlichen Disziplinen Anwendung finden.

Jegliche Veränderung des mit dem C.-Denkmal überlieferten historischen Erscheinungsbildes durch substanzielle Eingriffe ist daher nicht möglich."

Das Siegerprojekt sehe aber, entgegen dieser Festlegung, vor, das Denkmal um 3,5° zu neigen. Damit werde das historische Erscheinungsbild verändert. Diese Lösung sei im Jahr 2010 auch schon vom Bundesdenkmalamt negativ beurteilt worden und es sei festgehalten worden, dass das C.-Denkmal dadurch nachhaltig beeinträchtigt würde. Daran würde auch der Umstand, dass die Neigung durch Maßnahmen an der Sockelbasis und nicht am Denkmal selbst bewirkt würde, nichts ändern, da nicht nur das Denkmal selbst unter Schutz stehe. Vielmehr laute die Auslobung in Punkt B 3.1.2 „C.-Statue mit Sockel-Podest-Zone und 3 kreisförmigen Stufen“. Im Übrigen betreffe die Maßnahme natürlich auch das Denkmal selbst, das ebenfalls geneigt werde.

In der Folge führt der Antragsteller die Personen an, aus denen sich die Jury, die über die eingereichten Beiträge entschieden hat, zusammensetzt. Er bringt vor, dass die in § 165 Abs. 6 BVergG 2018 normierte Anonymität der zu beurteilenden Beiträge hinsichtlich des Siegerentwurfes nicht eingehalten worden sei, da die Vorsitzende der Jury gleichzeitig die Funktion Vizerektorin für Ausstellungen und Wissenstransfer an der Universität für angewandte Kunst Wien innehabe. Es habe bereits einmal (2009/2010) ein Wettbewerb zur Kontextualisierung des C.-Denkmals stattgefunden, bei dem der auch jetzt siegreiche Entwurf als Sieger ausgewählt worden sei.

Der nun präsumtiv siegreiche Beitrag sei somit von ehemaligen Studenten der Universität für angewandte Kunst erbracht und bereits in den vergangenen Jahren gekürt worden. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Vizerektorin der Universität für angewandte Kunst die Funktion des Vorsitzes des Beurteilungsgremiums innehabe, bestehe ein Interessenkonflikt und könne auch die Anonymität der Wettbewerbsarbeit, die der Unvoreingenommenheit bei der Beurteilung dient, nicht gewahrt worden sein.

Nach § 26 Abs. 2 BVergG 2018 liege ein Interessenkonflikt jedenfalls dann vor, wenn Mitarbeiter eines öffentlichen Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt seien oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen könnten, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse hätten, das ihre

Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.

An die Beurteilung der Unparteilichkeit sei ein strenger Maßstab anzulegen, da bereits eine potentielle Beeinträchtigung der Unparteilichkeit ausreichend sei. Nach Judikatur und Lehre reiche bereits der äußere Anschein aus, um die Unparteilichkeit zu beeinträchtigen. Es soll jedenfalls verhindert werden, dass die Entscheidung der Jury durch unsachliche Einflüsse, wie z.B. die Kenntnis des Künstlers, beeinflusst würde.

Die Auftraggeberin ist verpflichtet, von sich aus zu prüfen, ob Interessenskonflikte bestehen und Personen, auf die das zutrifft, aus dem Vergabeverfahren zu entfernen bzw. deren Einflussnahme zu unterbinden. Unbeachtlich seien die subjektiven Absichten der betroffenen Person.

Beantragt werde daher die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der am 21.5.2023 mitgeteilten Entscheidung über die Nicht-Zulassung zum anschließenden Verhandlungsverfahren des Wettbewerbsbeitrags des Antragstellers, die Akteneinsicht in den gesamten Vergabeakt und der Ersatz der vom Antragsteller entrichteten Pauschalgebühr.

Der Nachprüfungsantrag wurde der Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr die Möglichkeit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Die AG legte den Vergabeakt vor und brachte mit Schriftsatz vom 21.6.2023 Folgendes vor:

Der geschätzte Auftragswert dürfe sich nicht am Gesamtbudget für die Umsetzung des Projektes von 450.000,- Euro orientieren. Vielmehr ergebe sich dieser aus dem geschätzten Auftragswert des Dienstleistungsauftrags (nämlich an den "siegreichen Künstler") unter Berücksichtigung etwaiger Preisgelder und Zahlungen an Teilnehmer. Der geschätzte Auftragswert betrage folglich 190.000,- Euro (inkl. 50.000,- Euro Künstlerhonorar).

Der Nachprüfungsantrag sei nicht rechtzeitig, da dem Antragsteller die Entscheidung über die Nichtzulassung unbestritten am 21.5.2023 mitgeteilt worden sei. Zum Vorbringen, dass dieser Entscheidung keine Gründe für die Nichtzulassung zu entnehmen seien, sei auf die bestandsfeste Festlegung in Punkt A.9.2. der Auslobung zu verweisen, wonach die Beurteilung subjektiv-autonom

und ohne verbale Begründung erfolge. Trotzdem sei dem Antragsteller in einem Telefongespräch dargelegt worden, aus welchen Gründen sein Beitrag nicht zugelassen worden sei. Der Umstand, dass dem Antragsteller der Name des siegreichen Künstlers nicht mitgeteilt worden sei, hätte an seiner Möglichkeit, einen begründeten Nachprüfungsantrag zu stellen, nichts geändert.

Dem Antragsteller würde weiters die Antragslegitimation fehlen, da nicht er, sondern eine Künstlergemeinschaft, zu der auch er gehört habe, die Unterlagen eingereicht habe. Dabei habe es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehandelt. Ein Mitglied dieser Gesellschaft habe sich nach Befragung ausdrücklich gegen den Nachprüfungsantrag ausgesprochen. Der Antragsteller habe den Antrag aber im eigenen Namen und nicht im Namen der Künstlergemeinschaft gestellt.

Es handle sich in diesem Fall um einen Realisierungswettbewerb iSd § 32 BVergG 2018. Gemäß § 163 BVergG 2018 sei für die Durchführung von Wettbewerben § 21 BVergG 2018 anzuwenden. In § 21 Abs. 2 Satz 5 BVergG 2018 sei festgelegt, dass Bietergemeinschaften zur Geltendmachung der ihnen durch das BVergG 2018 eingeräumten Rechte Parteifähigkeit zukomme. Die Bestimmung räume somit einer Bietergemeinschaft eine selbständige, von ihren einzelnen Mitgliedern losgelöste materielle Rechtsstellung ein. Auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts könnten sich sohin als einheitlicher Bieter am Vergabeverfahren beteiligen.

Da die Bietergemeinschaft zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags parteifähig sei, könne der Antragsteller als einzelnes Mitglied nicht wirksam für die Bietergemeinschaft einen Antrag stellen, zumal sich ein Mitglied der Bietergemeinschaft ausdrücklich dagegen ausgesprochen habe. Der Antragsteller sei nicht zur Vertretung der GesBR befugt und habe zu seiner Vertretungsbefugnis auch keine Ausführungen gemacht. Es fehle ihm das Interesse am Abschluss des Vertrages und die Parteifähigkeit.

Im Übrigen entspreche das Siegerprojekt den Rahmenbedingungen der Auslobung. Wenn der Antragsteller auf das Verbot hinweist, das Denkmal zu verändern, erwähne er zu Unrecht nicht, dass der Begriff „substantieller Eingriff“ vom BDA mit E-Mail vom 20.12.2022 näher definiert worden sei und auch eine Verlegung des Denkmals als zulässig erachtet worden sei. Im Übrigen stehe nicht das Siegerprojekt, sondern das Projekt der Bietergemeinschaft, an der sich der Antragsteller beteiligt habe, im Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen,

da darin die Entfernung des Denkmals für ein Jahr und die Aufstellung im Volkskundemuseum geplant sei. Dies sei vom Bundesdenkmalamt, wie aus dem Protokoll der Jury-Sitzung hervorgehe, als unzulässig beurteilt worden.

Die Jury-Beratung habe auch ergeben, dass das Projekt der Bietergemeinschaft, an der der Antragsteller beteiligt gewesen sei, keine Chance auf den Sieg gehabt hätte. Auch aus diesem Grund fehle dem Antragsteller jegliches Rechtsschutzinteresse, da ihm kein Schaden gedroht habe.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei die Vorsitzende der Jury nicht befangen gewesen. Sie sei erst seit dem Wintersemester 2013/2014 an der Universität für angewandte Kunst tätig. Der Künstler des Siegesprojektes habe sein Studium 2010 dort abgeschlossen. Es könne daher der open call aus dem Jahr 2009/2020 nicht relevant sein.

Im Übrigen hätte der Antragsteller seine Bedenken bereits gegen die Auslobung einwenden müssen, da dort die Zusammensetzung der Jury mitgeteilt worden sei. Die Auslobung sei als Wettbewerbsunterlage eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit mm BVergG. Mangels Anfechtung sei diese gesondert anfechtbare Entscheidung jedoch bestandfest; das Vorbringen des Antragstellers sei präkludiert.

Der Antragsteller bemängle weiters die Wahrung der Anonymität der Wettbewerbsbeiträge. Dazu sei Folgendes festzuhalten:

Im Punkt A.5.9 der Auslobung sei eine persönliche Präsentation der Projekte vor dem Beurteilungsgremium festgelegt worden. Auch seien die Wettbewerbsunterlagen gemäß Punkt A.7.1 der Auslobung mit dem Namen des Verfassers zu versehen gewesen. Punkt A.11 der Auslobung habe bestimmt, dass alle Unterlagen mit dem Namen des Verfassers zu versehen seien und eine Biographie der Teilnehmer als Unterlage hinzugefügt werden soll. Aus diesem Grund sei das Verfahren schon vom Anfang an nicht anonym durchgeführt worden.

Auch dies hätte der Antragsteller gegebenenfalls bereits gegen die Auslobung einwenden müssen, sein Vorbringen im aktuellen Stand des Verfahrens sei präkludiert.

Dasselbe gelte für das Vorbringen des Antragstellers, dass eine weiterführende, nachvollziehbare verbale Begründung iSd Transparenzgrundsatzes über die Nicht-

Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren nicht vorgelegen wäre. Die Nicht-Zulassung sei – wie bei jedem anderen Teilnehmer - dadurch begründet worden, dass sich die Jury "nach intensiven Diskussionen für einen anderen Beitrag entschieden (hat)".

Abgesehen davon, dass, wie bereits oben ausgeführt, dem Antragsteller telefonisch nähere Informationen gegeben worden seien, sei diesbezüglich auf Punkt A.9.2 der Auslobung zu verweisen, wonach das Beurteilungsgremium subjektiv-autonom und nach bestem Wissen und Gewissen die Prämierung des Siegerprojektes vornehmen werde und keine Erwägungen mitgeteilt würden, die zur Entscheidung geführt haben. Der*die Einsender*in habe keinen Rechtsanspruch auf Auskunftserteilung und unterwerfe sich voll der freien Entscheidung der Jury. Jeder Rechtsweg gegen die Entscheidung des Gutachtergremiums sei ausgeschlossen.

Dieser Festlegung habe die Vorgangsweise der Auftraggeberinnen entsprochen. Wenn der Antragsteller die Festlegung als rechtswidrig erachtet hätte, hätte er dies bereits gegen die Auslobung einwenden müssen. Das Vorbringen sei im derzeitigen Verfahrensstand präkludiert.

Im Übrigen sei es dem Antragsteller offenbar durchaus möglich gewesen, einen ausführlich begründeten Nachprüfungsantrag zu stellen.

Beantragt werde, den Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation des Antragstellers und Verspätung zurückzuweisen, in eventu nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückzuweisen, soweit Präklusion eingetreten sei, ansonsten abzuweisen, in eventu nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Entscheidung über die Nicht-Zulassung zum anschließenden Verhandlungsverfahren abzuweisen und den Antrag des Antragstellers auf „Entrichtung“ der Pauschalgebühr abzuweisen.

Mit Replik vom 7.7.2023 führte der Antragsteller zum geschätzten Auftragswert aus, dass er die für den Oberschwellenbereich vorgesehene Pauschalgebühr entrichtet habe. Nach den Ausführungen der Auftraggeberinnen liege der Auftragswert aber im Unterschwellenbereich, weshalb dem Antragsteller die Differenz rück zu erstatten sei.

Zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags werde auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen. Erst mit der Veröffentlichung der Pressemitteilung vom 31.5.2023 sei für den Antragsteller der Widerspruch des erfolgreichen Wettbewerbsbeitrags zu den Ausschreibungsbedingungen erkennbar gewesen. Die Anfechtungsfrist habe daher frühestens zu diesem Zeitpunkt ausgelöst werden können.

Entgegen der Ansicht der Auftraggeberinnen sei er alleiniger Wettbewerbsteilnehmer. Es treffe zwar zu, dass er den Wettbewerbsbeitrag unter der Bezeichnung „Künstler:innengruppe E.“ eingereicht habe, in der weitere Personen, die am Wettbewerbsbeitrag mitgearbeitet hätten, genannt seien. Dies sei gemäß Punkt A.6.3. der Auslobung auch zulässig gewesen. Keinesfalls liege eine Arbeits- oder Bietergemeinschaft vor. Dies lasse sich auch nicht aus dem Wettbewerbsbeitrag ablesen.

Die Künstler:innengruppe E. sei nicht aus Anlass der Auslobung ins Leben gerufen worden, sondern agiere bereits seit Jahren in unterschiedlicher Zusammensetzung und beschäftige sich mit dem C.-Denkmal. Die anderen Mitglieder der Gruppe seien einverstanden gewesen, dass sich der Antragsteller unter diesem Namen am Wettbewerb beteiligt habe.

Auch die Vereinbarung über die Aufwandsentschädigung vom 28.11.2022 sei alleine vom Antragsteller unterfertigt worden. Aus der Formulierung dieses Schreibens (arg.: Der Künstler...) gehe eindeutig hervor, dass auch die Auftraggeberinnen nicht vom Vorliegen einer Bietergemeinschaft ausgegangen seien.

Der Antragsteller sei daher zur Einbringung des verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrags legitimiert gewesen. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn ein Mitglied der Gruppe mit der Einbringung nicht einverstanden sei.

Das Siegerprojekt widerspreche den Auslobungsbedingungen. Es beinhalte eine klare Veränderung gegenüber dem Bestand. Bereits in der Beurteilung des Vorprojektes aus dem Jahr 2010 habe das BDA eine negative Stellungnahme dazu abgegeben, in der zum Ausdruck gebracht worden sei, dass das Erscheinungsbild des C.-Denkmals durch das Kippen nachhaltig beeinträchtigt würde.

Die Einschätzung der Auftraggeberinnen, dass auch das Projekt des Antragstellers den Auslobungsbestimmungen widersprechen würde, weil darin ein Abbau des Denkmals und ein Wiederaufbau vorgesehen werde, sei unzutreffend, da der Wiederaufbau genau nach dem derzeitigen Bestand erfolgen würde. Auch die Umsetzung des Siegerprojektes käme nicht ohne Abbau des Denkmals und Verbringung in eine Werkstatt während der Bauphase aus. Allerdings würde die Wiederaufstellung nicht mehr dem historischen Erscheinungsbild entsprechen.

Zur Frage der behaupteten Interessenkollision sei festzuhalten, dass nie behauptet worden sei, dass Frau Mag. V. bereits im Jahr 2009/10 Vizerektorin des MAK gewesen sei. Es sei vielmehr ein Interesse der Universität als Institution an der Umsetzung des Projektes angesprochen worden. Von einer Unparteilichkeit könne im Hinblick auf die Funktion der Frau Mag. V. als Mitglied und Vorsitzende des Beurteilungsgremiums nicht ausgegangen werden. Auch diese Interessenkollision sei dem Antragsteller erst mit der Vorstellung des Projektes am 31.5.2023 bekannt geworden, weshalb diesbezüglich keine Präklusion eingetreten sein könne.

Soweit die Auftraggeberinnen auf Punkt A.9.2. der Auslobung verwiesen, wonach kein Anspruch auf Auskunft bestehen solle, sei festzuhalten, dass diese Festlegung die Auftraggeberinnen nicht von der Verpflichtung zur Information der Wettbewerbsteilnehmer entbinden könne. Diesbezüglich bestehe eine Bringschuld der Auftraggeberinnen.

Der Ausschluss des Rechtsweges sei unwirksam, da die gesetzlichen Nachprüfungsmöglichkeiten nicht abbedungen werden könnten. Der Antrag auf Nichtigerklärung werde daher aufrechterhalten.

Mit der Replik wurde das Schreiben vom 5.7.2023 mit folgendem Wortlaut vorgelegt:

„Wir bestätigen, dass wir damit einverstanden waren, dass A. B. unter der Bezeichnung „Künstler:innengruppe E.“ an der Auslobung „künstlerische Kontextualisierung des C.-Denkmals“ teilnimmt und den Wettbewerbsbeitrag abgibt.“

Das Schreiben ist von F. G., L. M., H. K. und N. P. unterfertigt.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 13.7.2023 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

Erörtert wird die Frage, ob der gegenständliche Auftrag Oberschwellen- oder Unterschwellenbereich ist. Die AG teilt mit, dass der Auftragswert € 190.000,- beträgt. In diesem Betrag ist das Künstlerhonorar von € 50.000,- bereits inbegriffen. Der Auftrag liegt daher im Unterschwellenbereich und es wären Pauschalgebühren in der Höhe von € 1.267,- zu bezahlen gewesen.

Der AST bestätigt, dass mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag die Entscheidung über die Nichtzulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren vom 21.05.2023 angefochten wird. Er verweist auf sein Vorbringen im Nachprüfungsantrag und auf die dort angesprochene Judikatur bzw. die erläuternden Bemerkungen zu § 343 BVergG 2018.

Der AST führt zum Thema Verspätung des Nachprüfungsantrags aus, dass es unzulässig sei, den Rechtsweg für eine gesondert anfechtbare Entscheidung auszuschließen. Die Festlegung in Punkt A.9.2 und A.9.6, wonach die Erwägungen des Beurteilungsgremiums nicht mitgeteilt wurden und dieses subjektiv autonom entscheide, sei dahingehend verstanden worden, dass trotzdem die Begründung für die Nichtzulassung des Projektes des AST zu erfolgen gehabt hätte. Insbesondere hätte das Siegerprojekt bekanntgegeben werden müssen. In diesem Falle wäre der AST in der Lage gewesen, zu erkennen, ob die Nichtzulassung seines Projektes in rechtswidriger Weise erfolgt sei und hätte diese Entscheidung effizient anfechten können. Die tatsächliche Vorgangsweise der AG habe diese effiziente Anfechtung mangels jeglicher Informationen über die Begründung nicht ermöglicht.

Die AGV teilt mit, dass bereits ursprünglich vorgesehen gewesen sei, dass zunächst eine Information der Teilnehmer am Wettbewerb erfolgen sollte, die aufgrund der Jurybewertung nicht zugelassen wurden. Erst nach Ablauf der Stillhaltefrist sollte das Siegerprojekt bekanntgegeben werden. In diesem Sinne sei auch die Festlegung in Punkt A.5.10 zu verstehen. Die Mitglieder der Jury seien den Teilnehmern bekannt gewesen, da sie bereits in der Auslobung bekanntgegeben worden seien.

Auf Frage aus dem Senat, aus welcher Überlegung heraus die Aufteilung der Mitteilungen betreffend Zulassung zur letzten Stufe und betreffend das siegreiche Projekt erfolgt ist, erläutert AG:

Es sind im Laufe des Vergabeverfahrens immer wieder Informationen an die Medien und an die Öffentlichkeit geflossen, die nicht an die Medien und an die Öffentlichkeit hätten gelangen sollen. Beispielsweise wurden die Auslobungsunterlagen an die Medien weitergegeben. Wir haben uns daher entschlossen, jeweils nur die unmittelbar getroffenen Entscheidungen mitzuteilen

und den Sieger des Wettbewerbs sowie das erfolgreiche Projekt erst nach Ablauf der Stillhaltefrist bekanntzumachen.

Der ASTV entgegnet, dass in Punkt A.5.10 der Auslobung festgelegt sei, dass die Bekanntmachung unmittelbar nach der Entscheidung der Jury zu erfolgen habe. Diese Bekanntmachung hätte auch das Siegerprojekt umfassen müssen.

Die AGV teilt auf die Frage, wieso davon ausgegangen worden sei, dass Teilnehmerin die Künstler:innengruppe E. sei, mit, dass sich dies aus den vorgelegten Vergabeakten ergebe. So sei unter der Nummer 31 das E-Mail des AST vom 02.11.2022 vorgelegt worden, in dem dieser einmahne, dass nicht er persönlich, sondern die Künstler:innengruppe E. (die Namen der Mitglieder dieser Künstler:innengruppe werden genannt) am Wettbewerb teilnehme. Weiters sei unter Zahl 12 der E-Mailverkehr zwischen dem AST und der AG vorgelegt worden, aus dem hervorgehen, dass eine Teilnahme der Künstler:innengruppe E. zulässig sei, aber ein Vertreter nach außen erforderlich sei. Dies sei der AST gewesen. Unter der Zahl 29 sei die Vereinbarung betreffend die Finanzierung und die Rechteübertragung vom 28.11.2022 vorgelegt worden. Diese Vereinbarung sei mit dem AST geschlossen worden, da dieser für die Künstler:innengruppe E. aufgetreten sei. Für die AG sei klar gewesen, dass er diese Künstler:innengruppe vertrete. Schließlich gehe aus Zahl 33 (Protokoll der Begehung) hervor, dass die Künstler:innengruppe an der Begehung teilgenommen habe.

Aufgrund aller dieser Unterlagen bzw. Informationen sei es für die AG klar gewesen, dass als Teilnehmerin die Künstler:innengruppe anzusehen sei.

Der ASTV verweist darauf, dass im E-Mail vom 03.11.2022 ausdrücklich der AST eingeladen worden sei. Auf die Frage, weshalb er eingemahnt habe, dass die Künstler:innengruppe in den Wettbewerb einbezogen werde, teilt er mit, dass der AST den Beitrag unter der Bezeichnung der Künstler:innengruppe eingereicht habe. Die Mitglieder der Gruppe hätten am Beitrag mitgearbeitet.

Es sei im gesamten Wettbewerb nie die Rede davon gewesen, dass im Falle, dass ein Projekt von mehreren Personen stamme, eine Bietergemeinschaft zu bilden sei bzw. dass die Künstler:innengruppe eine solche Bietergemeinschaft darstelle. Hätte man gewusst, dass die AG den Beitrag einer Bietergemeinschaft zugeordnet hätte, wäre man formal genauer vorgegangen.

Der AGV entgegnet, dass während des gesamten Wettbewerbs die Künstler:innengruppe, die aus mehreren Personen bestanden habe, aufgetreten sei. Diese hätten den Wettbewerbsbeitrag erarbeitet. Dies sei auch aus der Nennung auf dem Beitrag ersichtlich. Fraglich sei, wer Urheber dieses Wettbewerbsbeitrages sei und ob entsprechende Abtretungserklärungen an den AST vorhanden seien.

Der ASTV teilt mit, dass eine Zustimmungserklärung der Mitglieder der Künstler:innengruppe zur Einreichung des Beitrages dieser Künstler:innengruppe beim gegenständlichen Wettbewerb vorliege.

Der ASTV verweist auf die mit der Replik vorgelegte Bestätigung der Mitglieder der Künstler:innengruppe, wonach der AST unter der Bezeichnung Künstler:innengruppe E. an der Auslobung teilnehmen und den Wettbewerbsbeitrag abgeben dürfe.

Festgehalten wird, dass diese Bestätigung vom 05.07.2023 stammt.

Festgehalten wird weiters, dass Frau N. P. mittels E-Mails (Beilage 4 der Stellungnahme der AG) der Einbringung des Nachprüfungsantrags widersprochen hat.

Die Parteien verweisen zum Thema Interessenkonflikt der Frau Prof. Mag. V. und Anonymität des Wettbewerbsbeitrages auf ihr schriftliches Vorbringen.

Zum Thema Widerspruch des präsumtiven Siegerbeitrages zu den Wettbewerbsbedingungen führt der ASTV aus, dass das Siegerprojekt eine Vorgeschichte habe und in der Vergangenheit vom Bundesdenkmalamt (BDA) stets abgelehnt worden sei, weil es einen substanziellen Eingriff in das Denkmal darstelle. Bei der nunmehrigen Beurteilung sei diese negative Stellungnahme des Bundesdenkmalamtes nicht berücksichtigt worden. Allerdings sei in die Auslobung genau die Bedingung, wonach ein substanzieller Eingriff nicht erfolgen dürfe, aufgenommen worden. Nach Ansicht des AST hätte diese Festlegung entfallen müssen, wenn die Bedenken des Bundesdenkmalamtes nicht mehr aufrecht seien. In diesem Fall hätten alle Wettbewerbsteilnehmer von den geänderten Voraussetzungen ausgehen dürfen.

Die AGV teilt mit, dass das BDA in den gesamten Prozess einbezogen gewesen sei. Die Rahmenbedingungen des Wettbewerbs seien unter Einbeziehung des BDA erstellt worden. Anlässlich der Begehung habe es Diskussionen mit den Teilnehmerinnen am Wettbewerb zur Frage gegeben, was ein substanzieller Eingriff sei und es seien Fragen der Teilnehmerinnen beantwortet worden sowie Beispiele erörtert worden. Zusammenfassend sei das Schreiben des BDA (Dr. W.) ergangen, in dem dargestellt worden sei, dass aus der Sicht des BDA das Denkmal in seiner Gesamtheit erhalten bleiben müsse und eine Dislozierung nicht zulässig sei. Dieses Schreiben sowie alle weiteren Informationen, die in diesem Zusammenhang erforderlich gewesen seien, seien an alle Teilnehmerinnen weitergegeben worden.

Bei der technischen Vorprüfung der Projekte seien diese mit allen zuständigen Magistratsdienststellen und dem BDA besprochen worden. Das Ergebnis habe gelautet, dass eine Schrägstellung zulässig sei, wenn dies schadensfrei durchführbar sei.

Der AST bringt vor, dass anlässlich der Begehung mehrere Künstler Bedenken dahingehend geäußert hätten, dass das Verbot eines substanziellen Eingriffes, wie es im Punkt B.3.1.2 zweiter Unterpunkt und einer Änderung des historischen Erscheinungsbildes eine unzulässige Einschränkung der künstlerischen Möglichkeiten darstelle.

Diese Formulierungen stammten aus einem vorangegangenen Wettbewerb aus dem Jahr 2010 bzw. den dazu öffentlich abgegebenen Stellungnahmen des Landeskonservators Dr. W..

Der AST und die Künstlerinnengruppe hätten sich sehr darum bemüht, diese Vorgabe einzuhalten. Hätte es diese Vorgabe nicht gegeben, hätte man ein anderes Projekt einreichen können. Nach Ansicht des AST entspreche das von der Künstler:innengruppe vorgelegte Projekt dieser Vorgabe. Das Siegerprojekt entspreche der Vorgabe jedoch nicht.

Insbesondere sei darauf hinzuweisen, dass sich offenbar die Einschätzung des BDA, was ein substanzieller Eingriff bzw. eine Änderung des Erscheinungsbildes sei, zwischen der Auslobung und der Entscheidung der Jury geändert habe. Dies sei den Teilnehmern am Wettbewerb jedoch nicht mitgeteilt worden.

Der AGV entgegnet, dass allen Teilnehmern die Stellungnahme des BDA vom 20.12.2022, in der die oben genannten Begriffe präzisiert worden seien, zur Kenntnis gebracht worden sei.

Der AST entgegnet, dass diese Präzisierung die Frage, ob eine Schiefstellung des gesamten Denkmals samt Sockel und Stufen zulässig sei, nicht umfasst bzw. nicht eindeutig geklärt habe. Insbesondere enthalte diese Stellungnahme keine Aussage zur Beeinträchtigung des historischen Erscheinungsbildes des Denkmals. (...)"

In der Folge wurde vom Senat nach einer Beratung die im Spruch ersichtliche Entscheidung getroffen, verkündet und kurz begründet.

Mit Schreiben vom 21.7.2023 und damit fristgerecht stellte der Antragsteller einen Antrag auf Langausfertigung des Erkenntnisses.

Aufgrund des Inhalts des von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeaktes, der Schriftsätze und des Verhandlungsergebnisses steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Ausloberinnen (Auftraggeberinnen) sind die D. GmbH, die sich im 100%-Eigentum der Stadt Wien befindet und deren Geschäftsführerin Frau R. S. ist, und die Stadt Wien - Magistratsabteilung 7 Kultur.

Die Auslobung (Ausschreibung, Beilage 23 des vorgelegten Vergabeaktes) enthält unter Punkt 4.3. Gerichtsstand die Festlegung, dass für die beabsichtigte Einleitung eines Vergabekontrollverfahrens die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien besteht.

Unter Punkt 9.2. Jurierung des Siegerprojektes enthält die Auslobung die Aussage, dass „das Beurteilungsgremium subjektiv-autonom und nach besten Wissen und Gewissen die Prämierung des Siegerprojektes vornehmen wird, wobei auch keine Erwägungen mitgeteilt werden, die zur Entscheidung geführt haben. Der Einsender hat keinen Rechtsanspruch auf Auskunftserteilung und unterwirft sich voll der freien Entscheidung der Jury. Jeder Rechtsweg gegen die Entscheidung des Gutachtergremiums ist ausgeschlossen“.

Die Auslobung enthält unter Punkt A.9.6. die Beurteilungskriterien, nach denen die Beiträge von der Jury beurteilt werden sollen. Sie enthält in diesem Punkt auch die Aussage, dass jeder Wettbewerbsteilnehmer ausdrücklich zur Kenntnis nimmt, dass die Entscheidung des Beurteilungsgremiums eine subjektiv-autonome ist und dass das Beurteilungsgremium in allen Fach- und Ermessensfragen endgültig und unanfechtbar entscheidet.

In der Auslobung ist weiteres unter Punkt A.11. festgehalten, dass den Beitragsunterlagen ein Lebenslauf der Teilnehmerinnen anzuschließen ist.

Die Auslobung wurde bestandsfest.

Im o.a. Vergabeverfahren wurde u.a. der Beitrag (Beilage 64) vorgelegt, auf den sich die angefochtene Entscheidung bezieht. Dieser Beitrag weist auf der ersten Seite die Überschrift „Platz gegen Antisemitismus *forum against antisemitism*“ und eine Skizze der beabsichtigten Ausgestaltung auf. Weiters enthält dieses Deckblatt die Bezeichnung „Künstler: innengruppe E. A. B., F. G., H. K., L. M., N. P.“. Auf den folgenden Seiten wird das Projekt näher dargestellt. Der Entwurf enthält weiters die Biografien der o.a. Personen, eine gesonderte Beilage „Kooperationen und Beteiligte“, einen Zeitplan und eine Kostenschätzung.

Im Vergabeverfahren erfolgte eine Besichtigung des Aufstellortes des Denkmals in Anwesenheit der am Wettbewerb teilnehmenden Künstler. Darunter befanden sich N. P., H. K., F. G. und der Antragsteller (Beilage 30).

Bereits im Zuge des Vergabeverfahrens hat der Antragsteller an Frau R. S. und Frau X. Y. (Auftraggebervertreterinnen) ein mit 2.11.2022 (Beilage 31) datiertes Schreiben gerichtet, in dem er ausführt: „(...) Beim ersten Studium ist uns aufgefallen, dass in der Ausschreibung leider ein Fehler passiert ist. Wir hatten ja vereinbart, dass nicht ich am Wettbewerb teilnehme, sondern: „Künstler:innengruppe E. (N. P., L. M., H. K., F. G., A. B.)“. Könnt ihr bitte nochmal eine korrigierte Version verschicken. Das wäre uns sehr wichtig. (...)“

Diesem E-Mail ging ein E-Mailverkehr zwischen der Auftraggeberin und dem Antragsteller voraus, aus dem hervorgeht, dass der Beitrag ein kollektiver Arbeitsprozess der Künstler:innengruppe E. mit den o.a. Teilnehmern war. Dies wurde vom Antragsteller auch eingemahnt. Von der Auftraggeberin wurde bestätigt, dass die Teilnahme der Gruppe möglich sei. Es wurde darauf hingewiesen, dass in diesem Fall das Aufwandshonorar geteilt werden müsse und eine Person Ansprechpartner der Gruppe sein müsse. Als solcher trat der Antragsteller auf.

Die aktenkundige Vereinbarung vom 28.11.2022 (Beilage 29) betreffend die Teilnahme am Wettbewerb, die Finanzierung und die Rechteübertragung wurde vom Antragsteller unterfertigt.

Am 15.5.2023, 16.5.2023 und 17.5.2023 erfolgte die Jurysitzung, in der die Beiträge von den Künstlern und Künstlerinnen präsentiert und von den Jurymitgliedern erörtert wurden und die schließlich u.a. zur angefochtenen Entscheidung und zur Auswahl des Siegerprojektes geführt hat (Beilage 71 des vorgelegten Vergabeaktes).

Die angefochtene Entscheidung wurde am der Künstler:innengruppe E. im Wege des Antragstellers am 21.5.2023 übermittelt und lautet:

„Sehr geehrte Mitglieder der Künstler:innengruppe E.!

Vielen Dank für Ihre Teilnahme am Wettbewerb und Ihren Entwurf, der in der Jurysitzung ausführlich besprochen wurde. Leider hat sich die Jury nach intensiven Diskussionen für einen anderen Beitrag entschieden, aber wir danken sehr für die Zusammenarbeit.

Im Rahmen des Verfahrens ist nun eine 10-tägige Stillhaltefrist bis zur Verlautbarung des Ergebnisses vorgeschrieben. Das bedeutet, an dem 31.5. können und werden wir dieses kommunizieren. Wir bitten bis dahin weiterhin um

Verschwiegenheit das Verfahren und die Entscheidung betreffend. Und stehen für Fragen natürlich zur Verfügung.

Mit lieben Grüßen (...)"

Am 25.5.2023 erfolgte eine Kontaktaufnahme des Antragstellers mit den Auftraggeberinnen. Seinem Ersuchen um Übermittlung der Jury-Begründung wurde jedoch keine Folge gegeben.

Dagegen richtet sich der vom Antragsteller eingebrachte Nachprüfungsantrag vom 13.7.2023.

Am 31.5.2023 erfolgte eine umfangreiche Veröffentlichung zum Ausgang des Vergabeverfahrens und zum Siegerprojekt durch den Presse- und Informationsdienst der Stadt Wien.

Aktenkundig ist weiters das E-Mail der Frau N. P. an Frau R. S. vom 9.6.2023 (Beilage 76), mit dem sie mitteilt, dass der Nachprüfungsantrag eine persönliche Entscheidung des Antragstellers sei und nicht von der gesamten Gruppe E. getragen werde. Sie distanzieren sich persönlich davon.

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 343 BVergG 2018 wird u.a. Folgendes festgehalten:

„(...) Die Antragsfrist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung tatsächlich Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können; (...) In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu Rs C-406/08, *Uniplex*, Rs C-538/13, *eVigilio Ltd*) hinzuweisen, wonach es für die Auslösung des Fristenlaufes nicht genügt, dass ein Bewerber oder Bieter erfährt, dass seine Bewerbung oder sein Angebot zurückgewiesen worden ist. Solche Informationen genügen für einen Bewerber oder Bieter nicht, um gegebenenfalls einen anfechtbaren Rechtsverstoß erkennen zu können. Ein betroffener Bewerber oder Bieter kann sich erst dann darüber klar werden, ob etwa ein Verstoß gegen die anwendbaren Vorschriften vorliegt und die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens angebracht ist, nachdem er von den Gründen in Kenntnis gesetzt worden ist, aus denen seine Bewerbung oder sein Angebot in dem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages abgelehnt wurde (Rz 30f. des Urteils Rs C-406/08, *Uniplex*).“

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes festzuhalten:

§ 2 § 15 lit a Sublit. mm BVergG 2018 lautet:

„Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren. (...) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen: im geladenen Wettbewerb: die Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten; die Wettbewerbsunterlagen; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen oder über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren;“

§ 21 Abs. 2 BVergG 2018 lautet:

„Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der öffentliche Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Der öffentliche Auftraggeber darf Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem öffentlichen Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.“

§ 32 BVergG 2018 lautet:

„(1) Wettbewerbe können als Ideenwettbewerbe oder als Realisierungswettbewerbe durchgeführt werden.

(2) Ideenwettbewerbe sind Verfahren, die dazu dienen, dem öffentlichen Auftraggeber insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, der Stadtplanung, der Architektur und des Bauwesens, der Werbung oder der Datenverarbeitung einen Plan oder eine Planung zu verschaffen, dessen oder deren Auswahl durch ein Preisgericht aufgrund vergleichender Beurteilung erfolgt.

(3) Realisierungswettbewerbe sind Verfahren, bei denen im Anschluss an die Durchführung eines Ideenwettbewerbes ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages gemäß § 37 Abs. 1 Z 7 durchgeführt wird.

(4) Die Durchführung von Wettbewerben hat im Wege eines offenen, eines nicht offenen oder eines geladenen Wettbewerbes zu erfolgen.

(5) Beim offenen Wettbewerb wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen und Personen öffentlich zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten aufgefordert.

(6) Beim nicht offenen Wettbewerb werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen und Personen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte geeignete Wettbewerbsteilnehmer zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten aufgefordert.

(7) Beim geladenen Wettbewerb wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Wettbewerbsteilnehmern unmittelbar zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten aufgefordert.“

§ 14 Abs. 1 und 2 WVRG 2020 lautet:

„(1) Für Anträge gemäß den §§ 18 Abs. 1, 25 und 28 Abs. 1 und 2 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

(2) Die Pauschalgebühr ist gemäß den von der Landesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Die Gebührensätze sind entsprechend dem Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für die Antragstellerin oder für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzulegen. Die Gebührensätze sind nach objektiven Merkmalen abzustufen. Als objektive Merkmale sind insbesondere der Auftragsgegenstand, die Art des durchgeführten Verfahrens, die Tatsache, ob es sich um Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung oder um sonstige gesondert anfechtbare Entscheidungen bzw. ob es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, heranzuziehen.“

§ 18 Abs. 1 WVRG 2020 lautet:

„Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. sie oder er ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, dessen Nachprüfung gemäß § 1 dieses Landesgesetzes in den Vollziehungsbereich des Landes Wien fällt, und
2. ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.“

§ 19 Abs. 1 WVRG 2020 lautet:

„Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung auf elektronischem Weg sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen 10 Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Entscheidung bzw. der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.“

In rechtlicher Hinsicht wurde Folgendes erwogen:

Vorab ist festzuhalten, dass das Angebot eines Bieters nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs jeweils so zu verstehen ist, wie es dem objektiven Erklärungswert entspricht. Es kommt hingegen nicht darauf an, wie der Bieter sein Angebot verstanden wissen will.

Im vorliegenden Fall wurde auf dem Deckblatt des Wettbewerbsbeitrags als Teilnehmer (ausschließlich) die „Künstler:innengruppe E. A. B., F. G., H. K., L. M., N. P.“ angeführt. Die Beitragsunterlagen enthalten auch Lebensläufe aller dieser Künstler und Künstlerinnen. Auch an der Besichtigung des Aufstellungsortes des Denkmals nahmen mehrere Mitglieder der Künstler:innengruppe E. teil.

Es trifft zwar zu, dass der Antragsteller den Auftraggeberinnen gegenüber als Ansprechpartner aufgetreten ist, für diese war jedoch aufgrund der o.a. Umstände unmissverständlich klar, dass er für die „Künstler:innengruppe E. A. B., F. G., H. K., L. M., N. P.“ handelte und diese im Vergabeverfahren vertrat. Dies umso mehr, als im Vergabeverfahren zwar zunächst der Antragsteller eingeladen wurde (Beilage 7), die Einreichung als Gruppe jedoch im nachfolgenden E-Mailverkehr thematisiert wurde und der Antragsteller im E-Mail vom 2.11.2022 ausdrücklich einmahnt, dass nicht er, sondern die „Künstler:innengruppe E. (N. P., L. M., H. K., F. G., A. B.“ am Wettbewerb teilnehmen würde.

Aus diesem Grund erfolgte auch der Abschluss der Vereinbarung vom 28.11.2022 betreffend die Teilnahme am Wettbewerb, die Finanzierung und die Rechteübertragung aus der Sicht der Auftraggeberinnen mit dem Antragsteller als Ansprechpartner der Künstler:innengruppe E. und haben die Auftraggeberinnen in der angefochtenen Entscheidung ausdrücklich die „Künstler:innengruppe E.“ angesprochen.

Erst im Nachprüfungsverfahren hat der Antragsteller vorgebracht, dass er der alleinige Teilnehmer am verfahrensgegenständlichen Wettbewerb sei und die anderen Mitglieder der Künstler:innengruppe E. nur am Wettbewerbsbeitrag mitgearbeitet hätten.

Das mit der Replik des Antragstellers vorgelegte Schreiben vom 5.7.2023 wurde erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens verfasst und kann daher für die Beantwortung der Frage, wie die Auftraggeberinnen die Aussagen und Unterlagen

betreffend den verfahrensgegenständlichen Wettbewerbsbeitrag ihrem objektiven Erklärungswert nach im Vergabeverfahren zu verstehen hatten, keinen Beitrag leisten.

Nachdem, wie oben ausgeführt, der objektive Erklärungswert der den Auftraggeberinnen gegenüber im Vergabeverfahren abgegebenen Aussagen und Unterlagen dahin geht, dass der Wettbewerbsbeitrag von der Künstler:innengruppe E. eingereicht wurde, sind die Auftraggeberinnen zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei dieser Teilnehmerin um eine Bietergemeinschaft handelt, deren Ansprechperson der Antragsteller ist. Die angefochtene Entscheidung hat sich daher an diese gerichtet.

Der Beitrag wurde von der Künstler:innengruppe E. als Bietergemeinschaft abgegeben, hat sie sich doch im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren zum Zweck der Übermittlung eines gemeinsamen Beitrags zusammengeschlossen (2 Z 12 BVergG 2018). „Zusammengeschlossen“ ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass eine gemeinsame Vorgangsweise für die Teilnahme am verfahrensgegenständlichen Wettbewerb gewählt wurde, unabhängig davon, ob die Gruppe (ohne Rechtspersönlichkeit) bereits davor bestanden hat, oder nicht.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei einer Bietergemeinschaft im Sinn von § 2 Z 12 BVergG 2018 um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der grundsätzlich die Eigenschaft einer juristischen Person nicht zukommt. Ihr kommt jedoch soweit Parteifähigkeit zu, als das zu Grunde liegende Materiengesetz einer solchen Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbständige, von ihren einzelnen Mitgliedern losgelöste materielle Rechte oder Verfahrensrechte einräumt. § 21 Abs. 2 BVergG 2018 ist eine solche gesetzliche Bestimmung und sieht vor, dass Bietergemeinschaften Angebote einreichen können und ihnen zur Geltendmachung der ihnen durch des BVergG 2018 eingeräumten Rechte Parteifähigkeit zukommt.

Das bedeutet aber auch, dass bei Vorliegen einer Bietergemeinschaft die Einbringung eines Nachprüfungsantrags durch ein einzelnes Mitglied der Bietergemeinschaft unzulässig ist. Die Bietergemeinschaft muss bei der Wahrnehmung ihrer Rechte auch als solche auftreten. Denkbar wäre, dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft diese im Nachprüfungsverfahren nach außen vertritt. Dies wurde vom Beschwerdeführer jedoch nicht behauptet und scheidet

auch deswegen aus, da ein Mitglied der Bietergemeinschaft (Frau N. P.) der Einbringung eines Nachprüfungsantrags ausdrücklich widersprochen hat.

Nachdem der Nachprüfungsantrag somit nicht von der Teilnehmerin am Wettbewerb, der Bietergemeinschaft Künstler:innengruppe E., sondern von einem Mitglied, dem Antragsteller, gestellt wurde, war er unzulässig.

Selbst, wenn man aber davon ausgehen wollte, dass der Antragsteller Teilnehmer des Wettbewerbs war und daher auch selbst die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren anfechten konnte, wäre der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen gewesen, da er verspätet war.

Der Antragsteller erfuhr von der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberinnen durch das E-Mail vom 21.5.2023. Er hätte daher gemäß § 19 Abs. 1 WVRG 2020 binnen 10 Tagen, somit bis spätestens 3.6.2023, einen Antrag auf Nichtigklärung einbringen müssen. Daran ändert auch die Kontaktaufnahme des Antragstellers vom 25.5.2023 nichts. Tatsächlich hat er den Nachprüfungsantrag erst am 7.6.2023 (Poststempel) eingebracht.

Diese Diskrepanz war dem Antragsteller sehr wohl bewusst, da er bereits im Nachprüfungsantrag Argumente vorgebracht hat, weshalb seiner Ansicht nach davon auszugehen sei, dass der Antrag rechtzeitig sei. Er verwies insbesondere auf die Judikatur des EuGH und die darauf bezogenen Erläuternden Bemerkungen zu § 343 BVergG 2018, in dem die Fristen für die Einbringung von Nachprüfungsanträgen beim Bundesverwaltungsgericht geregelt sind. Aus diesen Unterlagen geht hervor, dass die Frist für einen Nachprüfungsantrag nicht mit der bloßen Mitteilung über das Ausscheiden des Angebots beginnt, sondern auch die Kenntnis des Bieters von den Gründen für diese Entscheidung erforderlich ist. Die Frage der Rechtzeitigkeit des Antrags wurde auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien erörtert.

Es ist dem Antragsteller dahingehend zuzustimmen, dass das Transparenzgebot ein tragender Grundsatz des Vergaberechts ist. Jedem Bieter müssen alle Informationen zur Verfügung stehen, die er benötigt, um die ihm vom BVergG 2018 zuerkannten Rechte effizient verfolgen zu können. Dazu gehört grundsätzlich auch, dass der Bieter im Fall, dass sein Angebot ausgeschieden wird oder sein Beitrag in einem Wettbewerb nicht zur Teilnahme am anschließenden

Verhandlungsverfahren zugelassen wird, die erforderlichen Informationen dazu erhält, aus welchen Gründen der Auftraggeber diese Entscheidung getroffen hat. Aus diesem Grund sieht § 141 Abs. 3 BVergG 2018 vor, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes zu verständigen hat.

Die von ihm zitierten Erläuternden Bemerkungen zu § 343 BVergG 2018 betreffen zwar das Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Die dort festgehaltenen Erwägungen auf der Grundlage der Judikatur des EuGH sind jedoch sinngemäß ebenso auf die im WVRG 2020 geregelten Fristen für einen Nachprüfungsantrag an das Verwaltungsgericht Wien zu übertragen.

Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass in der bestandsfesten Ausschreibung (Auslobung) ausdrücklich festgelegt ist, dass die Beurteilung der Wettbewerbsteilnehmer durch die Jury subjektiv-autonom erfolgt und den Teilnehmern die Erwägungen der Jury nicht mitgeteilt werden. Die Teilnehmer haben keinen Rechtsanspruch auf Auskunftserteilung. Jeder Rechtsweg gegen die Entscheidung der Jury ist ausgeschlossen.

Wäre der Antragsteller mit diesen Festlegungen nicht einverstanden gewesen und hätte er sie als mit dem Grundsatz der Transparenz im Widerspruch erachtet, hätte er die Ausschreibung anfechten müssen. Dies ist nicht erfolgt.

Aus dem Vergabeakt sind die Vorgangsweise der Jury und ihre wesentlichen Erwägungen ersichtlich. Dabei bezog sich die Beurteilung der Jury sowohl auf die Entscheidung über das Siegerprojekt als auch auf die Entscheidungen, die von der Jury notwendigerweise im Zuge dieser Auswahl des Siegerprojektes hinsichtlich der anderen Beiträge getroffen wurden.

Die Auftraggeberinnen haben dem Antragsteller in der angefochtenen Entscheidung mitgeteilt, dass sich die Jury nach intensiven Diskussionen für einen anderen Beitrag entschieden hat. Damit haben sie alle relevanten und im gegenständlichen Vergabeverfahren ausschreibungskonformen Informationen, nämlich, dass die Nichtzulassung zum Verhandlungsverfahren aufgrund der Juryentscheidung erfolgt ist, an den Antragsteller weitergegeben. Eine Bekanntgabe der Gründe, aus denen der Beitrag nicht zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren zugelassen wurde, war im Hinblick auf die o.a. bestandsfesten Festlegungen nicht erforderlich.

Da die Auftraggeberinnen somit eine ausschreibungskonforme Vorgangsweise eingehalten haben und die Aufnahme näherer Gründe für die Juryentscheidung in die Entscheidung über die Nichtzulassung zum Verhandlungsverfahren in der Ausschreibung bestandsfest ausgeschlossen wurde, kann der Antragsteller nicht erfolgreich argumentieren, dass die Frist für den Nachprüfungsantrag durch die Verständigung vom 21.5.2023 mangels näherer Begründung nicht ausgelöst worden sei.

Dass die Festlegung in der Ausschreibung, wonach eine Begründung der Juryentscheidung ausgeschlossen war, einen völligen Ausschluss des Rechtswegs und damit einen „Wurzelmangel“ begründet hätte, der trotz Bestandskraft der Ausschreibung im Nachprüfungsverfahren betreffend die angefochtene Entscheidung berücksichtigt werden müsste, trifft gegenständlich nicht zu, da in der Ausschreibung ausdrücklich festgelegt ist, dass das Verwaltungsgericht Wien für allfällige Nachprüfungsverfahren zuständig ist. Auch sind durchaus Anfechtungsgründe unabhängig von der Jurybegründung denkbar, die ein Teilnehmer am Wettbewerb geltend machen könnte (so z.B., dass die Entscheidung über die Nichtzulassung von Beiträgen oder über den Siegerbeitrag nicht von der bestellten Jury getroffen worden sei).

Dass die Frist für die Einbringung des Nachprüfungsantrags vom 31.5.2023 und damit von dem Tag an gerechnet werden hätte müssen, an dem das Siegerprojekt bekanntgegeben wurde, ist nicht nachvollziehbar. Der Antragsteller hat, wie aus dem Nachprüfungsantrag ersichtlich ist und der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien ausdrücklich bestätigt hat, nur die Entscheidung über die Nichtzulassung zum Verhandlungsverfahren angefochten. Die Bekanntgabe des Siegerprojektes bzw. des Namens des Wettbewerbsgewinners konnte dem Antragsteller daher keine für seinen Rechtsschutz relevanten Informationen über die von ihm angefochtene Entscheidung liefern.

Der Nachprüfungsantrag war daher, unter der Annahme, dass der Antragsteller als antragslegitimiert anzusehen ist, als verspätet zurückzuweisen.

Nachdem der Antrag somit als unzulässig bzw. verspätet zurückzuweisen war, war auf das weitere Antragsvorbringen nicht mehr einzugehen.

Der Antragsteller hat in der Annahme, dass es sich um ein Vergabeverfahren (geladener Wettbewerb mit nachfolgendem Verhandlungsverfahren) im Oberschwellenbereich handelt, 2.534,-- Euro an Pauschalgebühr entrichtet. Nachdem die Auftraggeberinnen mitgeteilt haben, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich handelt (geschätzter Auftragswert 150.000,-- Euro inklusive 50.000,-- Künstlerhonorar), sind dem Antragsteller 1.267,- Euro der von ihm entrichteten Pauschalgebühr vom Gericht zurückzuzahlen. Die übrige von ihm entrichtete Pauschalgebühr hat der Antragsteller selbst zu tragen, da er im Nachprüfungsverfahren auch nicht teilweise obsiegt hat.

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 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 Eingabegebühr 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.