



**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-123/074/2845/2017-28  
K. GmbH

Wien, 30.3.2017

Geschäftsabteilung: VGW-R

**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Opel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl und die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner über den Antrag der K. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "MA54-BB-605074/16-EU, Hygienepapier 2017", der Stadt Wien, Magistratsabteilung 54, Zentraler Einkauf, 1030 Wien, Am Modenapark 1-2, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung für Position 4 vom 14.2.2017 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 54, Zentraler Einkauf (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich „MA 54-BB-605074/16-EU, Hygienepapier 2017“. Die Ausschreibung umfasst sechs Lose. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

Die Angebote waren bis 2.12.2016, 10:15 Uhr zu legen, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot.

Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 14.2.2017 hat die Auftraggeberin die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidungen für die einzelnen Lose versendet. Darin wird die Absicht bekannt gegeben, im Los 4 dem P. (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger, Teilnahmeberechtigter) den Zuschlag zu erteilen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung betreffend das Los 4 richtet sich der gegenständliche Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Pauschalgebührenersatz. Der Antrag ist am 24.2.2017 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt.

Begründend wird darin ausgeführt, dass in den Ausschreibungsunterlagen unter ausdrücklichem Hinweis auf § 75 BVergG 2006 als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für die Position 1, 3, 4 und 6 spezifische Anforderungen gestellt seien. Für die Position 4 sei, gestützt auf diese Bestimmung, für die Jahre 2013 bis 2016 ein Mindestumsatz inklusive Umsatzsteuer mit gesamt mindestens Euro 70.000 verlangt. Der präsumtive Zuschlagsempfänger erreiche diesen geforderten Mindestumsatz jedoch nicht, weshalb das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers hinsichtlich dieser Position hätte ausgeschieden werden müssen und die Zuschlagserteilung für diese Position daher rechtswidrig sei. Der präsumtive Zuschlagsempfänger erfülle diese notwendige Referenz nicht. Der in den Jahren 2015 und 2016 rechtmäßig erzielte Umsatz (AUVA) betrage lediglich Euro 23.000 netto und liege unter dem geforderten Mindestumsatz. Der Umsatz aus einer unzulässigen Direktvergabe

dürfe nicht als Referenz verwendet werden und sei daher dem Umsatz nicht hinzuzurechnen. Selbst bei Berücksichtigung der Umsätze aus der unzulässigen Direktvergabe wäre der geforderte Mindestumsatz jedoch nicht erreicht worden.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss mit dem Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen bzw. mit der Legung des Angebots hinreichend bekundet. Durch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung drohe der Antragstellerin durch den Entgang dieses Auftrags und dem damit entgehenden Deckungsbeitrag sowie durch den unwiederbringlichen Verlust von Marktanteilen ein Schaden. Darüber hinaus habe die Antragstellerin für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren bereits einen Aufwand getätigt, der durch die beabsichtigte, rechtswidrige Zuschlagsentscheidung frustriert zu werden drohe.

Durch die angefochtene Entscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, Ausscheiden von auszuscheidenden Angeboten, eine zu ihren Gunsten lautende Zuschlagsentscheidung mit nachfolgender Zuschlagserteilung und ordnungsgemäßer und rechtskonformer Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 2.3.2017 wurde die beantragte einstweilige Verfügung zur Zahl VGW-123/V/074/2846/2017 erlassen und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Mit Schriftsatz vom 1.3.2017 hat die Antragsgegnerin zum Vorbringen im Nichtigerklärungsantrag Stellung genommen und vorgebracht, dass richtig sei, dass im Ausschreibungstext unter Punkt 8 der Angebotsbestimmungen – Geforderte Eignungsnachweise – zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzen bzw. Mindestumsätze für die Jahre 2013 – 2016 in den Positionen 1, 3, 4 und 6 sowie spezifische Anforderung festgelegt seien und darauf gestützt für die Position 4 ein Mindestumsatz in Höhe von mindestens Euro 70.000 inklusive USt verlangt sei.

Unzutreffend sei, dass der präsuntive Zuschlagsempfänger den geforderten Mindestumsatz nicht erreicht habe und sein Angebot bezüglich Position 4 deswegen auszuschneiden sei.

Der präsuntive Zuschlagsempfänger habe die geforderten Nachweise unter Verwendung der Ausschreibungsbeilage./5 – Referenznachweis pro Referenzgeberin bzw. Referenzgeber dem Angebot beigelegt. Die vorgelegten Referenznachweise seien von der Auftraggeberin im Rahmen der Eignungsprüfung auf Vollständigkeit und Richtigkeit geprüft und für in Ordnung befunden worden. Mit der rechtsgültigen Unterschrift sei von den Referenzgebern die fachgerechte und ordnungsgemäße Leistungserbringung bestätigt worden. Entgegen der Annahme der Antragstellerin sei sogar ein Umsatz von über Euro 75.000 ausgewiesen, womit die technische Leistungsfähigkeit als gegeben anzusehen sei.

Dem Vorbringen, wonach der präsuntive Zuschlagsempfänger den geforderten Umsatz lediglich durch Lieferungen an die AUVA in den Jahren 2015 und 2016 generiert habe und sich dieser laut Zuschlagsentscheidung nur auf Euro 2\*.\*\*\*,\*\* belaufen könne, sei entgegenzuhalten, dass die Antragstellerin offenbar übersehe, dass die tatsächliche Abrufmenge bei Rahmenverträgen selten ident mit der ausgeschriebenen Menge sei. Das Abrufvolumen könne bei Ausschreibungsbeginn von der ausschreibenden Stelle meist nur geschätzt werden. Somit könne die Antragstellerin nicht davon ausgehen, dass die bestätigte Referenz dieselbe Menge bzw. Summe aufweise wie die ausgeschriebene Menge (bzw. Vergabesumme in der Zuschlagsentscheidung).

Wenn die Antragstellerin moniere, dass als Umsatznachweis Referenzen aus Lieferungen an die Unternehmung Wiener Krankenanstaltenverbund im Rahmen einer unzulässigen Direktvergabe vorgelegt worden seien, dies der Antragsgegnerin bekannt gewesen sein hätte müssen und somit zur Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit nicht herangezogen werden hätte dürfen, sei zunächst darauf hinzuweisen, dass andere Dienststellen der Stadt Wien der Auftraggeberin nicht berichtspflichtig seien. Auch habe die Antragsgegnerin kein Recht bzw. keine Möglichkeit, Vergabeverfahren anderer Dienststellen zu überprüfen. Die Antragsgegnerin habe daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine Kenntnisse über das Vergabeverfahren unter der Bezeichnung

„KAV-GED-A/15/2016/SSCE“ gehabt. Der Feststellungsantrag zur Klärung der Frage der Zulässigkeit der Direktvergabe sei nach dem Beweisanbot der Antragstellerin frühestens am 16.2.2017 beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht worden. Die Angebotsöffnung (Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung) sei aber bereits am 2.12.2016 erfolgt. Im Vergabeaktenvermerk vom 31.1.2017 habe die Auftraggeberin festgehalten, dass die geforderten Referenzen für die Jahresumsätze 2013 – 2016 (mindestens Euro 70.000 für die Position vier) überprüft und für in Ordnung befunden worden seien. Der Antragsgegnerin sei daher nicht nachvollziehbar, wie sie zu diesen beiden Zeitpunkten von einer bloß von der Antragstellerin behaupteten, unzulässigen Direktvergabe Kenntnis hätte haben sollen.

Überdies seien die von der Antragstellerin angeführten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien noch offen und sei insbesondere eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe noch ausständig. Dass die Direktvergabe unzulässig sei, sei somit eine bloße Behauptung der Antragstellerin.

Selbst wenn schon jetzt von einer unzulässigen direkten Beauftragung auszugehen wäre, bedürfte es gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 im Anschluss an die Feststellung der Nichtigkeitserklärung des Vertrages durch das Verwaltungsgericht Wien. Daraus folge, dass der Vertrag bis zur Nichtigkeitserklärung grundsätzlich gültig sei und der präsumtive Zuschlagsempfänger die Papierhandtücher auf der Grundlage eines rechtsgültigen Vertrages an den KAV geliefert habe. Weshalb dieser getätigte Umsatz bei der Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit nicht herangezogen hätte werden dürfen, sei somit nicht nachvollziehbar.

Weiters sei auszuführen, dass es sich bei den Referenznachweisen lediglich um Dokumente handle, die es dem Antragsgegner erlauben sollen, die auftragsrelevante Erfahrung eines Unternehmens und damit seine Eignung zur technisch einwandfreien Leistungserbringung nachzuprüfen, und nicht um die rechtskonforme Beauftragung zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger zu beurteilen. Ein derartiges Verständnis würde darauf hinauslaufen, dass von den Bietern nicht nur der Referenznachweis vorzulegen wäre, sondern alle hierfür vorangegangenen Verfahrensunterlagen beigebracht und auf Rechtmäßigkeit überprüft werden müssten. Eine Überprüfung von

Vergabeverfahren anderer Auftraggeber sei aber nicht Aufgabe einer vergebenden Stelle, sondern stehe dies nur spezialisierten Gerichten zu. Abgesehen davon handle es sich in Vergabeverfahren um vertrauliche Unterlagen und sei undenkbar, in privatrechtliche Verträge von Unternehmen Einsicht zu nehmen und ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Eine derartige Verpflichtung der ausschreibenden Stelle würde das Instrument des Referenznachweises als Teil der technischen Leistungsfähigkeit ad absurdum führen.

Zusammengefasst könne daher festgehalten werden, dass die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Beauftragung jedenfalls nicht Teil der Prüfung der Referenznachweise sei und eine Nicht-Berücksichtigung des vom präsumtiven Zuschlagsempfänger ausgewiesenen und von der Referenzgeberin bestätigten Umsatzes vergaberechtswidrig wäre.

Zum weiteren Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung werde auf die bereits erfolgten Ausführungen verwiesen und insbesondere festgehalten, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger durch Vorlage entsprechender Referenznachweise den geforderten Mindestumsatz nachgewiesen habe und sein Angebot bezüglich Position 4 entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht auszuschneiden gewesen sei.

Mit Stellungnahme vom 2.3.2017 hat der präsumtive Zuschlagsempfänger zum Vorbringen im Nichtigerklärungsantrag Stellung genommen und ausgeführt, dass die behaupteten Verletzungen der Rechte der Antragstellerin auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung und ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung und Beendigung des Vergabeverfahrens völlig unsubstantiiert seien und der Antrag der Antragstellerin daher nicht nachvollziehbar und nicht schlüssig wäre.

Der Teilnahmeberechtigte habe die im Vergabeakt und im Angebot enthaltenen Referenzen zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit vorgelegt, diese würden allen formellen Voraussetzungen entsprechen. Festzuhalten sei, dass Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens nicht ein allfälliger Verstoß gegen

Vergaberechtsvorschriften in einem anderen allfälligen Vergabeverfahren sei oder sein könne.

Auch selbst wenn ein (Teil-)Umsatz, der als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gefordert worden sei, aus einer unzulässigen Direktvergabe vorläge, wäre für die Antragstellerin daraus nichts gewonnen. Die Antragsgegnerin habe in der Ausschreibung einen Mindestumsatz von Euro 70.000 für die Position 4 als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gefordert. Das heiße, dass mit dem geforderten Mindestumsatz die Eignung des Bieters zur Erbringung der auftragsgemäßen Leistung geprüft werden solle. Der Zweck dieser Eignungsprüfung bestehe also darin, dass sich die Antragsgegnerin über das Vorhandensein der infrastrukturellen Voraussetzungen zur Leistungserbringung auf Bieterseite versichere. Damit habe der Teilnahmeberechtigte seine technische Leistungsfähigkeit auch dann nachgewiesen, wenn ein Umsatz aus einer allenfalls unzulässigen Direktvergabe vorliege. Folge man den Schlussfolgerungen der Antragstellerin, so müsse die Auftraggeberin bei der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bieters auch prüfen, inwiefern trotz einer von einem Auftraggeber ausgestellten Bestätigung ein dortiger Vergaberechtverstoß vorliege. Eine solche Prüfung würde die Angebotsprüfung überspannen und finde sich keine Grundlage in den relevanten vergaberechtlichen Bestimmungen dazu und liege eine solche Prüfung auch gar nicht in der Kompetenz der Auftraggeberin. Demnach sei in diesem Verfahren auch die von der Antragstellerin behauptete (allfällig nachzuweisende) Kenntnis der Auftraggeberin von einer allfälligen vergaberechtswidrigen Vergabe nicht weiter von Relevanz.

Festzuhalten bleibe, dass der Teilnahmeberechtigte Referenzen vorgelegt habe, die die gegenständlich geforderten Mindestumsätze übersteigen würden, sodass die Eignung der mitbeteiligten Partei hinsichtlich ihrer technischen Leistungsfähigkeit als gegeben und rechtzeitig nachgewiesen zu werten und die Zuschlagsentscheidung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens als völlig korrekt zu qualifizieren sei.

Wenn die Antragstellerin eventualiter vorbringe, dass selbst bei Berücksichtigung der Umsätze aus einer allfällig unzulässigen Direktvergabe der geforderte Mindestumsatz durch den Teilnahmeberechtigten nicht erreicht worden sei,

handle es sich hierbei um reine Spekulation, welche, wie sich dem Vergabeakt/Angebot entnehmen lasse, jeglicher Grundlage entbehre.

Zu diesen beiden Stellungnahmen führte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.3.2017 unter „Beachtlichkeit/Unbeachtlichkeit des Umsatzes aus einer unzulässigen Direktvergabe“ aus, dass sowohl die mitbeteiligte Partei als auch die Auftraggeberin offenbar meinen würden, dass ein allenfalls aus einer unzulässigen Direktvergabe stammender Umsatz dennoch zu berücksichtigen wäre, zumal es hier um die technische Leistungsfähigkeit ginge, und es irrelevant sei, woher der Umsatz stamme.

Die Frage, ob mit dem Nachweis des in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Umsatzes die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters nachgewiesen werden soll, sei für die Unbeachtlichkeit des Umsatzes irrelevant. Der Umsatz sei deshalb unbeachtlich, weil dessen Beachtung den vergaberechtlichen Grundsätzen widersprechen würde.

Unter Zitierung von Literatur und Judikatur sei festzuhalten, dass im § 75 BVergG 2006 ein Mindestumsatz nicht als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit genannt sei. Ein solcher Nachweis sei daher zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unzulässig. Eine Erklärung über den Gesamtumsatz bzw. gegebenenfalls über den Umsatz für einen bestimmten Tätigkeitsbereich diene allenfalls als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Absatz 1 Z 3 und § 74 BVergG 2006. Ein Umsatz als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, also der ressourcenmäßigen Ausstattung eines Unternehmens, sei nicht nur unzulässig, sondern auch faktisch in keiner Weise dazu geeignet, eben diese ressourcenmäßige Ausstattung eines Unternehmens nachzuweisen. Vor diesem Hintergrund sei völlig klar, dass der geforderte Umsatz nicht dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, sondern (falls überhaupt) dem Nachweis der wirtschaftlichen bzw. finanziellen Leistungsfähigkeit diene.

Der Umstand, dass sich der Umsatz, welchen ein Bieter aus einer unzulässigen Direktvergabe erhalte, nicht zum Nachweis eines von der Auftraggeberin geforderten Kriteriums eigne, ergebe sich aus der Zusammenschau der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes bzw. dessen Grundsätzen. Diesen

Grundsätzen komme nach der Rechtsprechung im Wesentlichen die Funktion einer Auslegungsmaxime zu.

Weiters werde in § 20 Abs. 5 BVergG 2006 das Gebot eines fairen Wettbewerbs postuliert. Gestatte man der mitbeteiligten Partei die Verwertung ihres Umsatzes aus einer unzulässigen Direktvergabe in einem nachfolgenden Vergabeverfahren, erlange sie dadurch jedenfalls einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil, was dem Grundsatz des lautereren Wettbewerbs widerspreche und im vorliegenden Zusammenhang dafür spreche, dass der Umsatz aus einer unzulässigen Direktvergabe unbeachtlich sei. Der faire Wettbewerb nehme auf das Zusammenspiel zwischen Auftraggeberin und Bewerbern bzw. Bietern Bezug. Aus der in § 20 Abs. 5 BVergG 2006 erwähnten „Vorarbeitenproblematik“ lasse sich zwanglos ableiten, dass die Auftraggeberin nicht nur entsprechende Unterlassungen zu tätigen habe, sondern auch durch aktives Handeln allfällige in der Teilnehmerstruktur gelegene unfaire Konstellationen auszugleichen habe. Unter der Voraussetzung, dass der erwähnte Umsatz beachtlich wäre, läge aber eine in der Teilnehmerstruktur gelegene und faire Konstellation vor. Die mitbeteiligte Partei könnte nämlich einen Umsatz aus einer unzulässigen Direktvergabe verwerten, indem sie diese Umsätze als Referenz verwendet. Sie würde daher aus rechtswidrigem Verhalten Nutzen ziehen und widerspreche dies dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs.

Zum „Erfordernis der Nichtigerklärung des Vertrages“ werde der Ansicht der Auftraggeberin entgegengehalten, dass der aus einer unzulässigen Direktvergabe stammende Umsatz unbeachtlich sei, weil er gegen Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoße. Völlig unerheblich sei in diesem Zusammenhang die Frage, ob aufgrund eines rechtsgültigen Vertrages geliefert worden sei oder nicht. Einer Nichtigerklärung dieses Vertrages bedürfe es daher nicht, um die Umsätze, die aus diesem Vertrag resultierten, rechtlich als unbeachtlich zu qualifizieren. Auch werde in diesem Zusammenhang auf § 37 Abs. 3 WVRG 2014 verwiesen, in welcher Bestimmung das Absehen von einer Nichtigerklärung des Vertrages geregelt sei. Dies bedeute, dass die Nichtigerklärung eines Vertrages keine zwingende Konsequenz der Feststellungen einer unzulässigen Direktvergabe sei.

Weiters sei dem Vorbringen der Auftraggeberin zum Umfang der Prüfpflichten einer Auftraggeberin nicht zu folgen. Aus dem Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbs folge nach der Rechtsprechung des VKS Wien zu VKS-4093/07 vom 18.10.2007 eine Prüfpflicht der Auftraggeberin bezüglich der Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften der Bieter. Daraus folge in diesem Zusammenhang, dass diese Prüfpflicht umso mehr für vergaberechtliche Vorschriften bzw. Grundsätze gelte und die Auftraggeberin daher die Aufgabe gehabt habe, die Zulässigkeit etwaiger vom Bieter vorgelegter Referenzen zu prüfen. Im gegenständlichen Fall wäre eine solche Prüfung jedoch ohnehin nicht notwendig gewesen, da der Auftraggeberin die unzulässige Direktvergabe bekannt gewesen sei bzw. zumindest bekannt gewesen sein müsste.

Dem Vorbringen der Antragsgegnerin zur Abrufmenge eines Rahmenvertrages werde entgegengehalten, dass, wenn die Abrufmenge eines Rahmenvertrages wesentlich überschritten werde, ebenfalls eine unzulässige Direktvergabe vorliege. Sollten demnach aus dem Rahmenvertrag tatsächlich deutlich größere Umsätze als laut Zuschlagsentscheidung getätigt worden sein, wären diese Umsätze gleichfalls unbeachtlich, da diese ebenso aus einer unzulässigen Direktvergabe stammen würden.

Sollten mit anderen/früheren Kunden ohnehin genügend Umsätze erzielt worden sein, könnten diese einfach – zumindest dem Verwaltungsgericht – vorgelegt werden und wäre damit das Verfahren auch schon spruchreif. Gleiches gelte, wenn die Umsätze aus der unzulässigen Direktvergabe gar nicht zur Erreichung des Umsatzerfordernisses von Euro 70.000 benötigt würden. Dass beides nicht der Fall sei, sondern auf theoretische Standpunkte verwiesen werde, zeige mehr als deutlich die zumindest faktische Richtigkeit des Vorbringens der Antragstellerin.

Zur Akteneinsicht werde schließlich ausgeführt, dass nicht ersichtlich sei, welche berechtigten Interessen der mitbeteiligten Partei beeinträchtigt würden, wenn die Antragstellerin in die vorgelegten Referenzen Einsicht nehmen würde, und bestünde die Möglichkeit, dass die mitbeteiligte Partei einfach die Referenznachweise vorlege. Damit könnte raschest möglich Klarheit in gegenständlicher Angelegenheit geschaffen werden.

Am 30.3.2017 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien die beantragte öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche im Wesentlichen folgenden Verlauf hatte:

Der ASTV verweist auf das bisherige Vorbringen und legt vor: Protokoll vom 22.3.2017 zur Zl. VGW-123/029/2447/2017. Der Vertrag mit der mitbeteiligten Partei wurde für nichtig erklärt. Verwiesen wird auf den Spruch im Verhandlungsprotokoll. Dieses wird als Beilage./A zum Akt genommen.

Der AGV verweist auf das bisherige Vorbringen und bringt zum Verhandlungsprotokoll, Beilage./A vor: Im Spruchpunkt 1 wird eindeutig festgehalten, dass es sich um einen anderen Leistungsgegenstand handelt.

Der TNBV verweist auf das bisherige Vorbringen und schließt sich dem Vorbringen der AG hinsichtlich der Beilage./A an und verweist darauf, dass die Entscheidung nicht rechtskräftig sei.

Auf Frage aus dem Senat an den TNB, ob die mit dem Angebot zum Los 4 vorgelegten Referenzen dem AST nunmehr offengelegt werden können oder der Betrag mitgeteilt werden kann, welcher sich in dieser Referenz befindet:

Der TNB spricht sich dagegen aus, dies seien Betriebsgeheimnisse, welche nur ihm und den AG zugänglich zu machen seien.

Der ASTV hält dazu fest, dass der Antrag auf Einsicht in die Referenzen betreffend Los 4 aufrechterhalten wird. Insbesondere sind die Summen kein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, da streitgegenständlich.

Der TNBV bringt vor: Selbst wenn der der Direktvergabe zugrundeliegende Vertrag nichtig erklärt wurde, so wurde die Leistung bereits erbracht und verbraucht. Die Rückabwicklung sei eine zivilgerichtliche Frage. Nach Zivilrecht sei, weil eine Rückstellung nicht mehr möglich ist, Wertersatz zu leisten. Als Zeugen dafür, dass die Leistungen bereits verbraucht seien und Aufrechnung erklärt worden sei, könnten Frau S. und Herr J. vom KAV, ..., namhaft gemacht werden.

Auf Frage aus dem Senat führt die AG aus: im gegenständlichen Vergabeverfahren geht es um C-Falz-2lagig. Der nichtig erklärte Vertrag betreffe

hingegen C-Falz-1lagig laut Verkündung. Die vorgelegte Referenz beziehe sich eindeutig auf C-Falz-2lagig.

Der ASTV bringt dazu vor:

Mit den zivilrechtlichen Folgen einer Nichtigklärung des Vertrages wird sich der AG (das ist der KAV) in weiterer Folge auseinandersetzen zu haben. Das Vorbringen der AG sei irrelevant, gegenständlich sei der Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend Los 4 im gegenständlichen Vergabeverfahren. Bei der Zitierung im Spruchpunkt 1 in der Beilage A handle es sich um einen Schreibfehler, es soll auch dort heißen: „C-Falz-2lagig“ und nicht „C-Falz-1lagig“. Dies entspreche auch dem Wortlaut des Antrages aus dem Feststellungsverfahren.

Auf Frage aus dem Senat an den ASTV, ab wann eine unzulässige Direktvergabe vorliege: Jedenfalls mit Feststellung durch das VGW in dem im Spruch genannten Zeitraum und jedenfalls mit Beendigung des vorangehenden Vertrages, der noch mit der AST u.a. abgeschlossen worden ist.

Der AGV hält dem entgegen, dass diese Prüfpflicht nicht im Gesetz normiert sei bzw. dies nicht als Vorfrage von der AG zu prüfen sei.

Der TNBV bestreitet das Vorbringen der AST und verweist auf sein bisheriges Vorbringen.

Der ASTV bringt vor, dass mit der Referenz im gegenständlichen Verfahren die kaufmännische Eignung nachgewiesen werden soll, dies sei jedoch nicht relevant, da die Umsätze aus einer rechtswidrigen Direktvergabe stammen würden. Daher dürfen diese Umsätze weder für die technische noch für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit herangezogen werden.

Der AGV hält dem entgegen, dass § 75 BVergG unter technischer Leistungsfähigkeit u.a. Referenzen anführt und damit im Zusammenhang vom „Wert der Leistung“ spricht. Es sei gängige Praxis, im Zusammenhang mit Referenzen auf den Wert der Leistung abzustellen. Dies sei auch gegenständlich erfolgt. Mit Umsatz sei der Wert der Leistung gemeint gewesen.

Der ASTV hält dies für eine Missinterpretation und verweist auf § 74 BVergG.

Der TNBV bringt vor, dass eine Referenz auch ein Ausdruck einer zivilrechtlichen Folge einer Leistungserbringung darstellt.

Der ASTV auf Frage, ab welchem Zeitpunkt die Eignung verloren ginge:

Die Eignung war nie gegeben. Die Höhe der Umsätze wurde uns bis dato nicht mitgeteilt.

Der TNBV bringt vor, dass bei Nichtigerklärung des Vertrages und einer möglichen Rückabwicklung möglicherweise davon ausgegangen werden könnte, dass die notwendige Referenz nicht vorhanden wäre. Gegenständlich sei die vertraglich vereinbarte Leistung jedoch schon erbracht worden. Aus diesem Grund sei diese Leistung auch als Referenz heranzuziehen.

Der AGV bringt auf Vorhalt der Angebotsbestimmungen Seite 3 (Punkt 8) vor: Zweck dieser Regelung war, eine Referenz zu fordern, um die Eignung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung überprüfen zu können.

Der ASTV auf Frage, ab wann eine Referenz vom AG zu prüfen ist:

Verwiesen wird auf das Vorbringen in den Schriftsätzen, insbesondere zu den Grundsätzen im Vergabeverfahren.

Der AGV verweist dazu auf sein Vorbringen im Schriftsatz und wären sonst die Bestimmungen im BVergG zur Referenz „totes Recht“.

Der TNBV bringt dazu vor, dass eine solche Prüfpflicht, ob eine Vergabe rechtswidrig erfolgt sei, nicht in der Kompetenz der AG liege.

Der ASTV zitiert aus einem Schriftsatz aus dem Verfahren VGW-123/029/2447/2017: Dort habe der Wr. KAV vorgebracht wie folgt:

„1. Sachverhalt:

Richtig ist, dass die AG in dem von der AG genannten Zeitraum Papierhandtücher beschafft hat und dieser Beschaffung kein öffentlich bekannt gemachtes Vergabeverfahren zu Grunde gelegt war.“

Die ASTV verweist auf sein bisheriges Vorbringen und hält die Anträge aufrecht.

Der AGV verweist auf sein bisheriges Vorbringen und darauf, dass Angebotsöffnung am 2.12.2016 war, die Entscheidung des VGW im anderen Verfahren betreffend den KAV am 22.3.2017 ergangen ist, somit die Eignung im relevanten Zeitpunkt vorgelegen sei.

Der TNBV verweist auf sein bisheriges Vorbringen und hält zur letzten Stellungnahme der AG fest, dass das Vorbringen zum lautereren Wettbewerb nicht relevant sei, und der zitierte Rechtssatz nicht richtig sei.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des Vergabeaktes, der im Nachprüfungsverfahren eingebrachten Schriftsätze, welche den Beteiligten jeweils mit der Möglichkeit der Stellungnahme zugegangen sind, sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe des Lieferauftrages "MA54-BB-605074/16-EU, Hygienepapier 2017". Auftragsgegenstand ist die Lieferung für Hygienepapier für das Jahr 2017. Die Angebotsfrist war mit 2.12.2016, 10:15 Uhr festgesetzt.

Die Ausschreibung ist bestandfest.

Am Vergabeverfahren haben sich neben anderen Bietern die Antragstellerin und der Teilnahmeberechtigte durch Legung von Angeboten beteiligt (Vergabeakt Trennblatt 8 und 9). Die Angebotsöffnung fand wie festgelegt am 2.12.2016 statt.

In der Ausschreibung wird zur Position 4 (Vergabeakt Trennblatt 3; Seite 17 der Ausschreibung) als Auftragsgegenstand angeführt: „Pos. 4: Papierhandtücher, C-Falz, Lagenfaltung, 2-lagig“ mit weiteren Details zur Format, Lagen, Blattanzahl, Material etc.

Am 14.2.2017 wurde die Zuschlagsentscheidung (Vergabeakt Trennblatt 5 und 6) an die Bieter übermittelt, welche Entscheidung mit gegenständlichem Antrag auf Nichtigklärung hinsichtlich der Position 4 von der Antragstellerin angefochten wurde. In Position 4 ist der Teilnahmeberechtigte als präsumtiver Zuschlagsempfänger vorgesehen und die Antragstellerin zweitgereiht. Als Leistungsgegenstand der Position 4 ist in der Zuschlagsentscheidung angeführt: „Papierhandtücher C Falz, 2 lagig“.

Punkt 8 der Angebotsbestimmungen in der Ausschreibung lautet auszugsweise:

„(...)

Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit für die Pos. 1, 3, 4 u. 6 (§ 75 BVergG 2006):

Referenzen aus dem Bereich Toilettenpapier- und Papierhandtuchlieferungen sind mit dem Angebot vorzulegen. Ein Mindestumsatz inkl. USt. für die Jahre 2013 – 2016 für die Position 1 mit gesamt (...), für Position 4 mit gesamt mindestens Euro 70.000 und für Position 6 mit gesamt (...) ist nachzuweisen.

Dazu ist die BEILAGE 5 – Referenznachweis pro Referenz Geberin bzw. Referenzgeber zu verwenden.“

(Vergabeakt Trennblatt 3; Seite 3 der Angebotsbestimmungen)

Die Beilage 5 „Referenznachweis“ ist als Formular gestaltet und sind demnach folgende Felder zu befüllen:

Auftragnehmerin, Vertragspartner/Auftraggeber, Name der Auskunftsperson samt Kontaktdaten, Gegenstand der Leistungserbringung, Zeit der Leistungserbringung 2013-2016, Wert der Leistung in EUR inkl. USt., Angaben für den Fall eines ARGE-Mitgliedes, Bestätigung der Vertragspartnerin bzw. des Vertragspartners (Leistungsempfängerin, Auftraggeberin), dass die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde; Datum und rechtsgültige Unterschrift der Vertragspartnerin bzw. des Vertragspartners.

Mit dem Angebot des Teilnahmeberechtigten wurden zur Position 4 zwei Referenzen vorgelegt. Die Beilage 5 der Ausschreibung wurde verwendet. Ein Referenznachweis wurde von der AUVA-Hauptstelle ausgestellt und nennt in der Rubrik der Beilage 5 für die Position 4 als „Wert der Leistung in EUR inkl. USt“

einen Betrag von über Euro 20.000, der zweite Referenznachweis wurde vom Wiener Krankenanstaltenverbund ausgestellt und nennt als „Wert der Leistung in EUR inkl. USt“ für die Position 4 einen Betrag von über Euro 50.000.

Unstrittig ist damit der in den Angebotsbestimmungen der Ausschreibung, Punkt 8, geforderte Betrag von Euro 70.000 für die Position 4 erreicht.

Die Antragstellerin hat neben einem Antrag auf Nichtigerklärung einer Ausscheidens- und Widerrufsentscheidung (hg. protokolliert zu VGW-123/029/2188/2017 und VGW-123/V/029/2189/2017) auch einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit (hg. protokolliert zu VGW-123/029/2447/2017) am 16.2.2017 hg. eingebracht. Diese Verfahren betreffen Vergabeverfahren des Wiener Krankenanstaltenverbundes.

Im Schriftsatz der Antragstellerin vom 16.2.2017 wurde folgender Antrag auf Feststellung (hg. protokolliert zu VGW-123/029/2447/2017) gestellt:

„1.) Das Landesverwaltungsgericht möge ein Verfahren zur Feststellung, dass ein Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt würde, einleiten.

2.) Feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend Papierhandtücher (Z-Falz einlagig, Z-Falz zweilagig und C-Falz zweilagig) zwischen 1. Oktober 2016 und 15. Februar 2017 rechtswidrig, nämlich ohne vorangehende Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb geschlossen hat.

3.) Den zwischen der Auftraggeberin und dem Auftragnehmer bezüglich der in Punkt zwei näher bezeichneten Papierhandtücher zwischen 1. Oktober 2016 und 15. Februar 2017 geschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären bzw. aufheben.

4.) Eine mündliche Verhandlung durchführen.

5.) Die Auftraggeberin verpflichten, der Antragstellerin die entrichteter Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution gemäß § 19a RAO zu Händen der Antragstellervertreter zu ersetzen.“

Am 22.3.2017 wurde in diesem Verfahren zur Zahl VGW-123/029/2447/2017 betreffend „Antrag auf Feststellung der K. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, (...), betreffend Beschaffung von Papierhandtüchern entsprechend dem Vergabeverfahren Wiener Krankenanstaltenverbund, ... KAV-GED-A/15/2016/SSCE, für den Zeitraum 1.10.2016 bis 15.2.2017“ im Anschluss an die mündliche Verhandlung die Entscheidung verkündet. Das Protokoll dieser Verhandlung wurde vom Antragstellervertreter in der hg. Verhandlung vorgelegt und als Beilage ./A dem Akt angeschlossen. Spruchpunkt I. der verkündeten Entscheidung lautet wie folgt:

„I. Gemäß § 13 Abs. 1 iVm § 37 Abs. 1 WVRG 2014 wird festgestellt, dass die Beschaffung von Papierhandtüchern (Z-Falz einlagig, Z-Falz zweilagig, C-Falz einlagig) zwischen dem 1.10.2016 und 15.2.2017 ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb rechtswidrig geführt wurde und wird gemäß § 37 Abs. 2 WVRG 2014 der diesbezügliche Vertrag mit der mitbeteiligten Partei, P., für nichtig erklärt.“

Im Spruchpunkt II. wird zu den Pauschalkosten abgesprochen und in Spruchpunkt III. die ordentliche Revision ausgeschlossen.

Festgestellt wird daher, dass im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren in Position 4 als Leistungsgegenstand „Papierhandtücher, C-Falz, Lagenfaltung, 2-lagig“ festgelegt war und im Feststellungsverfahren zur Zahl VGW-123/029/2447/2017 ein solcher Leistungsgegenstand jedenfalls auch Teil des Beschaffungsvorganges des dortigen Auftraggebers, Wiener Krankenanstaltenverbund, war, welcher mit oben zitierter Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 22.3.2017 als rechtswidrig festgestellt wurde und der zugrunde liegende Vertrag nichtig erklärt wurde.

#### Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte,

leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG 2006 muss unbeschadet der Regelung des § 20 Abs. 1 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

§ 75 Abs. 1 bis 5 BVergG 2006 lautet:

(1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 4 kann der Auftraggeber je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den Abs. 5 bis 7 angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

(2) Verlangt der Auftraggeber einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen), ist er, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

(3) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson;
2. Wert der Leistung;
3. Zeit und Ort der Leistungserbringung;
4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

(4) Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Anteil an der Leistungserbringung anzugeben.

(5) Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Lieferaufträgen verlangt werden:

1. eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen;

eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des  
2. Unternehmers zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und  
Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers;

Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen,  
unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht,  
3. und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle  
beauftragt sind;

Muster, Beschreibungen und Fotografien der zu liefernden Erzeugnisse, deren  
4. Echtheit auf Verlangen des Auftraggebers nachweisbar sein muss;

Bescheinigungen, die von zuständigen Instituten oder amtlichen Stellen für  
Qualitätskontrolle ausgestellt wurden, mit denen bestätigt wird, dass die durch  
5. entsprechende Bezugnahmen genau bezeichneten Waren bestimmten  
Spezifikationen oder Normen entsprechen;

bei zu liefernden Waren komplexer Art oder bei zu liefernden Waren, die  
ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die  
vom Auftraggeber oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen  
6. Stelle im Herkunftsland des Unternehmers durchgeführt wird. Diese Kontrolle  
betrifft die Produktionskapazitäten und erforderlichenfalls die Untersuchungs-  
und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmers sowie die von diesem für die  
Qualitätskontrolle getroffenen Vorkehrungen;

bei Lieferaufträgen, für die Verlege- oder Montagearbeiten erforderlich sind,  
die Bescheinigung, dass der Unternehmer auch die für Verlege- oder  
7. Montagearbeiten erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und  
Erfahrung besitzt.

#### Rechtliche Würdigung:

I. Der Nichtigerklärungsantrag ist rechtzeitig und richtet sich gegen eine  
gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG  
2006. Die Formalvoraussetzungen des Antrages auf Nichtigerklärung gemäß § 23  
Abs. 1 WVRG 2014 liegen vor. Die Pauschalgebühren wurden nachweislich  
entrichtet. Der Antrag ist zulässig.

II. In ihrem Nichtigerklärungsantrag bringt die Antragstellerin zur  
Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung zunächst vor, dass die laut Punkt 8

der Angebotsbestimmungen geforderten Mindestumsätze für die Jahr 2013 bis 2016 vom präsumentiven Zuschlagsempfänger nicht erfüllt werden.

Nach den getroffenen Feststellungen übersteigt die Summe aus den in den beiden Referenzen angegebenen Beträgen die in diesem Punkt geforderten Euro 70.000, womit der präsumentive Zuschlagsempfänger diese Anforderung in Punkt 8 der Angebotsbestimmung erfüllt.

III. Zum Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Referenz des Wiener Krankenanstaltenverbundes unbeachtlich sei, da der dort genannte „Umsatz“ aus einer unzulässigen Direktvergabe stamme, legte diese in der mündlichen Verhandlung die verkündete Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 22.3.2017, mit welcher der Beschaffungsvorgang als rechtswidrig festgestellt und der zugrundeliegende Vertrag nichtig erklärt worden ist, vor.

Unstrittig liegt mit der spruchgemäßen Feststellung nach den Bestimmungen des WVRG 2014 durch das Verwaltungsgericht Wien die Rechtswidrigkeit einer Direktvergabe vor und gilt dies auch für die Nichtigerklärung eines dieser Beschaffung zugrunde liegenden Vertrages. Dieser Fall ist gegenständlich gegeben, da mit Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 22.3.2017 zur Zahl VGW-123/029/2447/2017 dies – wie in den Feststellungen dargestellt - spruchgemäß festgestellt worden ist.

Wenn der Teilnahmeberechtigte dazu vorbringt, dass diese Entscheidung noch nicht rechtskräftig sei, so ist dazu auf Punkt III. des verkündeten Erkenntnisses, nach welchem die (außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof möglich ist, sowie auf die Möglichkeit einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof hinzuweisen und festzuhalten, dass bis zur Aufhebung der am 22.3.2017 verkündeten Entscheidung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts diese Rechtskraft entfaltet.

Dem aus Sicht des Senates offenkundigen Schreibfehlers im Spruchpunkt I. dieses am 22.3.2017 verkündeten Erkenntnisses, in welchem es anstelle von „C-Falz einlagig“ heißen soll „C-Falz zweilagig“, ist insofern Bedeutung beizumessen, als die Zuschlagsentscheidung in Position 4 „C-Falz zweilagig“ als Leistungsgegenstand bezeichnet und der Referenznachweis des Wiener

Krankenanstaltenverbundes, welchem Beschaffungsvorgang die Referenz zugrunde liegt, eindeutig der Position 4 im gegenständlichen Vergabeverfahren zuzuordnen ist.

Dass dieser Referenznachweis entgegen dem Vorbringen im Antrag auf Nichtigkeitklärung dennoch seine Beachtlichkeit und Berechtigung im Vergabeverfahren hat, sieht der Senat darin, dass im für das Vorliegen der Eignung relevanten Zeitpunkt, das ist die Angebotsöffnung am 2.12.2016, der Auftraggeberin mit dem Angebot des Teilnahmeberechtigten eine Referenz abgegeben wurde, welche in Form der laut Ausschreibung geforderten Beilage 5 erfolgt ist und den Voraussetzungen des § 75 Abs. 2 BVergG 2006 entsprochen hat. Aus dem vorgelegten Referenznachweis ergibt sich weder ein Hinweis auf eine Vergaberechtswidrigkeit, bei welchem Vorliegen die Antragsgegnerin zur Prüfung der Referenz aufgrund der Grundsätze des Vergaberechts allenfalls hätte verpflichtet sein können, noch ist die der Referenzbestätigung zugrunde liegende Beschaffung oder deren vertragliche Grundlage erkennbar, und musste diese der Auftraggeberin daher auch nicht bekannt sein. Weiters liegt der Wert der Referenz deutlich unter der Direktvergabegrenze von Euro 100.000, und hat die Auftraggeberin nach dem Verständnis des Senates auf die Fragen einer zivilrechtlichen Gültigkeit des Vertrages oder der Vergaberechtskonformität des zugrundeliegenden Beschaffungsvorganges nicht abzustellen. Dies gilt umso mehr im gegenständlichen Fall, da der Wert der Referenz diese Direktvergabegrenze bei weitem nicht erreichte, weshalb die Auftraggeberin bereits grundsätzlich nicht zur Prüfung verpflichtet war, ob die nachgewiesenen Referenzaufträge vom jeweiligen öffentlichen Auftraggeber (Referenzgeber) vorher öffentlich ausgeschrieben worden sind. Da eine Prüfung, ob der Vertrag, der der erbrachten Referenzleistung zugrunde liegt, allenfalls an einem mit Nichtigkeit bedrohten Mangel leidet oder allenfalls das zugrunde liegende Vergabeverfahren fehlerhaft war, und ein solcher Fehler allenfalls die Frage der Gültigkeit des Vertrages betrifft, war daher im Zusammenhang mit der Frage der Referenz von der Auftraggeberin nicht zu prüfen, weshalb der Referenznachweis für die Position 4 im Angebot der Teilnahmeberechtigten zu Recht von der Antragsgegnerin akzeptiert worden ist.

IV. Wenn von der Antragstellerin vorgebracht wird, dass die Auftraggeberin von der unzulässigen Direktvergabe Kenntnis hätte haben müssen, so ist ihr mit

den unter III. gemachten Ausführungen auch entgegenzuhalten, dass – wie die Antragsgegnerin richtig ausführt – die verschiedenen Auftraggeber der Stadt Wien der gegenständlichen Auftraggeberin nicht berichtspflichtig sind und die Auftraggeberin auch keine gesetzliche Kompetenz zur Überprüfung von Vergabevorgängen hat. Eine solche Zuständigkeit kommt nach §§ 1, 7 WVRG 2014 einzig dem Verwaltungsgericht Wien zu. Auch hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung selbst zugestanden, dass jedenfalls mit (spruchmäßiger) Feststellung durch das Verwaltungsgericht eine Direktvergabe im spruchgemäßen Zeitraum unzulässig werde.

Somit war der der Referenz des Wiener Krankenanstaltenverbundes zugrundeliegende Beschaffungsvorgang mit mündlich verkündetem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 22.3.2017 für den im Spruchpunkt I. dieses Erkenntnisses bezeichneten Zeitraum (1.10.2016 bis 15.2.2017) rechtswidrig und unzulässig. Im Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 2.12.2016 ist jedoch eine Referenz mit dem Angebot des Teilnahmeberechtigten vorgelegt worden, die den Vorgaben der gegenständlichen Ausschreibung entsprochen hat.

Der Antragsgegnerin war daher zu folgen, wonach im Zeitpunkt der Angebotsöffnung am 2.12.2016 sowie im Zeitpunkt der Übermittlung der Zuschlagsentscheidung an die Bieter im Vergabeverfahren am 14.2.2017 der Referenznachweis der Teilnahmeberechtigten als tauglicher Nachweis für das Erfordernis laut Ausschreibung für das Vorliegen eines Mindestumsatzes geeignet war. Der mit mündlich verkündetem Erkenntnis vom 22.3.2017 entschiedene Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit ist unstrittig am 16.2.2017 hg. eingelangt, weshalb die Antragsgegnerin im Zeitraum der Angebotsprüfung bis Zuschlagsentscheidung am 14.2.2017 keine gesicherte Kenntnis von einer Vergaberechtswidrigkeit, welche diesem Beschaffungsvorgang zugrunde liegen soll, Kenntnis haben konnte. In diesem Zusammenhang ist auch auf jene Ausführungen unter III. zu verweisen, wonach die Auftraggeberin von dem der Referenzbestätigung zugrundeliegenden Vergabeverfahren mit deutlich unter der Direktvergabegrenze liegendem Wert aufgrund der form- und ausschreibungsgerecht vorgelegten Referenz keine Kenntnis haben musste.

Die der Referenz des Wiener Krankenanstaltenverbundes für die Position 4 zugrundeliegende Leistung wurde vom Teilnahmeberechtigten erbracht und

sach- und ordnungsgemäß ausgeführt, was mit dieser Referenz durch den Wiener Krankenanstaltenverbund bestätigt worden ist. Eine Rückabwicklung findet nicht statt. Der Ansicht des Teilnahmeberechtigtenvertreterers, dass eine Referenz auch Ausdruck einer zivilrechtlichen Folge einer Leistungserbringung darstellt, war in diesem Zusammenhang zu folgen und war die Referenz demnach vom Auftraggeber heranzuziehen.

Wenn die Antragstellerin zum Vorliegen einer unzulässigen Direktvergabe auf den Zeitpunkt der Beendigung des vorangegangenen Vertrages des Wr. Krankenanstaltenverbundes und der Antragstellerin u.a. abstellt und in diesem Zusammenhang aus einem Schriftsatz der Antragsgegnerin im Feststellungsverfahren zur Zahl VGW-123/029/2447/2017 zitiert, so sind auch diesem Vorbringen die dazu getroffenen Feststellungen und wiederum unter III. gemachten Ausführungen entgegen zu halten. Insbesondere überschritt der in der Referenz wertmäßig dargestellte Beschaffungsumfang nicht die Wertgrenze einer unzulässigen Direktvergabe und vermag die Darstellung des Sachverhaltes durch den Auftraggeber in einem Schriftsatz aus einem durch Verkündung des Erkenntnisses abgeschlossenen Verfahrens nach Ansicht des Senates an der Gültigkeit des Referenznachweises für das hier gegenständliche Vergabeverfahren nichts zu ändern.

V. Die Antragstellerin bringt weiters vor, dass mit der getroffenen Regelung in der Ausschreibung Punkt 8 zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit im Zusammenhang mit dem Erfordernis, Mindestumsätze nachzuweisen, der Nachweis der finanziellen und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Sinn des § 74 BVergG 2006 überprüft werde, während sich die Festlegung auf § 75 BVergG 2006 und damit auf die technische Leistungsfähigkeit beziehe.

Hierzu ist vorab anzumerken, dass die Auftraggeberin angegeben hat, mit „Mindestumsatz“ den Mindestwert der Referenz gemeint zu haben, was sich eindeutig bereits aus dem Zusammenhang, in dem der Begriff des Mindestumsatzes in der Ausschreibung Punkt 8 verwendet wird, ergibt und zusätzlich aus einem vergaberechtskonformen Verständnis der Festlegung folgt.

Die Ausschreibung ist unstrittig bestandfest und nach der Rechtsprechung sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen

durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen (VwGH 27.10.2014, 2012/04/0066 mwN).

In Punkt 8 der Angebotsbestimmungen der Ausschreibung werden unter dem Titel „Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit für die Pos. 1, 3, 4 u. 6 (§ 75 BVerG 2006)“ Referenzen aus dem dem gegenständlichen Auftragsgegenstand entsprechenden Bereich verlangt und gleichzeitig ein Mindestumsatz für die einzelnen Positionen unter klarem Hinweis auf eine dazu zu verwendende Beilage vorgeschrieben.

Dieser Angebotsbestimmung kann in ihrer Gesamtheit nach Ansicht des Senates nur jener objektive Erklärungswert beigemessen werden, dass mit Mindestumsatz der Wert der Referenz zu verstehen ist, zumal auch die dazu vorgeschriebene Beilage 5 keinen anderen Schluss zulässt. Weiters wird mit dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die Erfahrung des Bieters auf dem Gebiet des Auftragsgegenstandes geprüft, weshalb der Bestimmung kein anderer Erklärungswert zuzumessen war.

Die Antragstellerin ist im Recht, dass in § 75 BVerG 2006 als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Nachweis eines Mindestumsatzes nicht genannt ist, dies jedoch zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im § 74 leg. cit. der Fall ist.

Jedoch sind in § 75 BVerG 2006, auf welchen die Auftraggeberin in ihrem Punkt 8 der Angebotsbestimmungen ausdrücklich verweist, im Abs. 3 die für Referenzen erforderlichen Angaben aufgezählt und nennt die Ziffer 2 dieser Bestimmung den Wert der Leistung, welcher Ausdruck sich in der Beilage 5 der Ausschreibung wieder findet.

Nach Ansicht des Senates kann die Bestimmung im gegebenen Zusammenhang – des Nachweises einer erbrachten (Liefer-)Leistung aus dem Bereich Toilettenpapier- und Papierhandtuchlieferungen – von einem fachkundigen und sorgfältigen Bieter nur so verstanden werden, dass der in der Beilage 5

anzugebende Wert der Leistung dem geforderten Mindestumsatz bzw. Mindestwert der Referenz entspricht. Dem Vergabeakt war in den vorgelegten Angeboten auch kein anderes Verständnis eines Bieters zu entnehmen. Nachfragen zu diesem Punkt sind im Vergabeverfahren dem Vergabeakt zu Folge auch nicht erfolgt. Die rechtlichen Überlegungen der Antragstellerin, wonach für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ein Umsatznachweis nicht verlangt werden dürfe, gehen demnach ins Leere, da ein Umsatz gemäß §§ 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 nach diesem Verständnis nicht verlangt war.

VI. Wenn die Antragstellerin vorbringt, dass mit der Beachtlichkeit einer Referenz aus einer unzulässigen Direktvergabe auch der Grundsatz des lautereren Wettbewerbs verletzt werde, da der Teilnahmeberechtigte daraus einen Wettbewerbsvorteil ziehe und die Auftraggeberin auf der Grundlage der Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze eine solche unfaire Konstellation zu beachten habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass eine solche Konstellation aufgrund der vorgelegten Referenzen für die Position 4 für die Auftraggeberin – wie oben bereits ausgeführt – gegenständlich nicht zu erkennen und nicht gegeben war, weshalb ihr eine Nichtbeachtung vergaberechtlicher Grundsätze in diesem Zusammenhang nicht vorzuwerfen ist.

VII. Die Antragstellerin hat Akteneinsicht in die Referenznachweise betreffend Position 4 aus dem Angebot des Teilnahmeberechtigten begehrt und diesen Antrag ausdrücklich im gesamten Verfahren aufrecht erhalten.

Der Teilnahmeberechtigte hat sich im gesamten Nachprüfungsverfahren gegen die Gewährung dieser Einsicht ausgesprochen und in der mündlichen Verhandlung auf Frage aus dem Senat vermeldet, dass der Gewährung von Akteneinsicht in diese beiden Urkunden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Teilnahmeberechtigten entgegenstünden.

Gemäß § 17 Abs. 3 AVG sind von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

Unstrittig waren die Referenznachweise gemeinsam mit dem Angebot abzugeben und enthalten die in Beilage 5 geforderten Angaben (Auftragnehmer, Vertragspartner/Auftraggeber, Name der Auskunftsperson samt Kontaktdaten, Gegenstand der Leistungserbringung, Zeit der Leistungserbringung 2013-2016, Wert der Leistung in EUR inkl. USt., (...)). Mit Referenznachweisen wird vom Vertragspartner des Auftragnehmers (Leistungsempfänger, Auftraggeber) bestätigt, dass die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt worden ist. Referenznachweise sind demnach dazu bestimmt, von einem Auftraggeber ausgestellt und einem weiteren Auftraggeber zum Nachweis der Leistungsfähigkeit eines Bieters in einem anderen Vergabeverfahren vorgelegt zu werden. Sie sind durch diesen engen Kreis der Beteiligten und vorgegebenen Prozess samt notwendigen Angaben durchaus geeignet, schutzwürdige Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu enthalten.

Im gegenständlichen Fall war dem Antrag auf Akteneinsicht der Antragstellerin in die beiden Referenznachweise des Teilnahmeberechtigten zur Position 4 auch deshalb nicht statt zu geben, weil, wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung mehrmals angesprochen wurde, zivilrechtliche Folgen an die Nichtigkeitsklärung des Vertrages mit mündlich verkündetem Erkenntnis vom 22.3.2017 geknüpft sind bzw. eine Abwicklung, der Teilnahmeberechtigtenvertreter sprach in diesem Zusammenhang von Aufrechnung, bereits begonnen hat und darin das schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnis des Teilnahmeberechtigten vom Senat begründet angenommen wurde, weshalb im Ergebnis der Antragstellerin keine Einsicht im begehrten Umfang zu gewähren war.

VIII. Als Ergebnis ist daher zusammenzufassen, dass die mit dem Angebot des Teilnahmeberechtigten vorgelegten Referenzen zur Position 4 den formalen und inhaltlichen Anforderungen der gegenständlichen Ausschreibung entsprochen haben. Von einer Pflicht der Auftraggeberin zur Prüfung vorgelegter Referenzen auf deren zugrundeliegenden, vergaberechtskonformen Beschaffungsvorgang und gültigen zivilrechtlichen Vertrag ist aufgrund der Bestimmungen des Vergaberechts nicht auszugehen. Es waren laut Vergabeakt auch aus den vorgelegten Referenzen erkennbare Anhaltspunkte für eine Vergaberechtswidrigkeit für die Auftraggeberin nicht erkennbar und lässt sich der dahinter stehende Beschaffungsvorgang aus der Referenzbestätigung nicht herauslesen. Des Weiteren musste die Auftraggeberin zur Zeit der

Angebotsöffnung und –prüfung keine Kenntnis von den den zahlreichen Referenzen zugrundeliegenden Vergabeverfahren samt deren möglichem rechtlichen Schicksal haben, da etwa die in den gegenständlichen beiden Referenzen angegebenen Werte deutlich unterhalb der Direktvergabegrenze lagen, weshalb auch die vorgebrachte Verletzung von Grundsätzen des Vergaberechts nach Ansicht des Senates gegenständlich nicht gegeben war und dem Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 14.2.2017 nicht Folge zu geben war.

IX. Die Kostenentscheidung gründet auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014.

#### Unzulässigkeit der ordentlichen 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 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.

Der Senat ist davon ausgegangen, dass die Anforderungen der Ausschreibung hinsichtlich der Referenz für die Position 4 vom Teilnahmeberechtigten erfüllt werden und eine im Nachhinein von einem Verwaltungsgericht festgestellte unzulässige Direktvergabe und Nichtigklärung des zugrundeliegenden Vertrages keine Relevanz für die Beachtlichkeit der Referenz im Vergabeverfahren zum relevanten Zeitpunkt der Angebotsöffnung hat. Rechtsprechung zu einer solchen Konstellation fehlt. Doch ist auch bei einer angenommenen Beachtlichkeit einer aus einer im Nachhinein festgestellten unzulässigen Direktvergabe und aus einem nichtig erklärten Vertrag gründenden Referenz keine andere Entscheidung zu fällen, da die Prüfpflicht der Auftraggeberin den im BVergG 2006 festgelegten Umfang hat und sich gegenständlich für die Auftraggeberin im relevanten Zeitpunkt keine Anhaltspunkte, welche Anlass zu einer Prüfung der vorliegenden Referenzen ergeben hätten, vorlagen.

## Belehrung

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, Verkehrsteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Opperl