



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

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

GZ: VGW-123/077/9124/2023-8
A.

Wien, 16.10.2023

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Opel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "C. Arena - Strategischer Partner", der C. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH,

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag der A. vom 10.07.2023 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 30.06.2023 wird stattgegeben und die genannte Zuschlagsentscheidung wird nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt Euro 102.667,50 binnen 14 Tagen zu Händen ihres ausgewiesenen Vertreters zu ersetzen.

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

E N T S C H E I D U N G S G R Ü N D E :

Die Antragsgegnerin führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Auftrags betreffend die Errichtung und den nachfolgenden Betrieb einer Multifunktionshalle. Die Ausschreibung wurde EU-weit bekannt gemacht.

Die Antragstellerin wurde zur Teilnahme an diesem Verhandlungsverfahren zugelassen und hat in der Letztangebotsphase ein Letztangebot abgegeben.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 30.06.2023 (im Folgenden: Zuschlagsentscheidung) mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag der B. zu erteilen.

Die Antragsgegnerin hat am 10.07.2023, 12:59 Uhr, und somit rechtzeitig, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht.

In ihrem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin ihr Interesse am Erhalt des Auftrags sowie den ihr entstandenen Schaden dargelegt und die ihrer Ansicht nach vorliegenden Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung detailliert dargelegt. Die Pauschalgebühren wurden von der Antragstellerin entrichtet.

Die einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 14.07.2023, VGW-124/077/9125/2023, erlassen und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt.

Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten bestehen im Wesentlichen darin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht rechtmäßige Teilnehmerin des Vergabeverfahrens und komme bereits aus diesem Grund für einen Zuschlag nicht in Betracht. Mitbewerberin der Antragstellerin sei vielmehr eine Bietergemeinschaft gewesen, aus der die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Einzelunternehmerin hervorgegangen sei. Derartigen Veränderungen stünden sowohl die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen als auch das Vergaberecht entgegen. Außerdem verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die

erforderliche Eignung einschließlich der erforderlichen Befugnis. Ihr Angebot müsse aufgrund des viel zu niedrigen Angebotspreises entweder ausschreibungswidrig oder unterpreisig sein. Die Zusammensetzung des Preises des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht plausibel. Um das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für den Zuschlag vorsehen zu können, sei die Antragsgegnerin in unzulässiger Weise von den in der Ausschreibung vorgegebenen Zielen und Prioritäten abgegangen.

In Vorbereitung für die mündliche Verhandlung ist ein Schriftsatzwechsel erfolgt.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Replik ein als Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis gegenüber der Antragstellerin geschwärztes Vorbringen erstattet, wonach das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sei.

Dieses Vorbringen besteht kurz zusammengefasst (der genaue Inhalt ist aus dem vertraulichen Schriftsatz der Antragsgegnerin für das Verwaltungsgericht im Gerichtsakt ersichtlich) darin, dass einschlägige Medienberichte auf das mögliche Vorliegen eines Ausschlussgrundes gegenüber der Antragstellerin aus kartellrechtlichen Gründen hinweisen würden. Die Antragsgegnerin habe diesbezüglich mit der Antragstellerin am 26.06.2023 ein Aufklärungsgespräch geführt, wobei die erfolgte Aufklärung der Antragstellerin von der Antragsgegnerin als ausreichend akzeptiert worden sei. Das Verwaltungsgericht sei jedoch nicht an die Beurteilung durch die Antragsgegnerin gebunden und das Angebot der Antragstellerin sei auszuscheiden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 18.07.2023 begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag erhoben und im Wesentlichen vorgebracht, ihr Angebot sei nicht auszuscheiden.

Die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin haben jeweils mit Schriftsatz vom 18.08.2023 repliziert.

Die präsumtive Zuschussempfängerin hat in der genannten Replik ausgeführt, das Angebot der Antragstellerin sei zunächst deswegen auszuscheiden, weil die Antragstellerin der Branchenkenntnis der präsumtiven Zuschussempfängerin zu

Folge beauftragt gewesen sei, die im Schriftsatz angeführte Veranstaltungshalle in Italien zu errichten und es bei der Errichtung und Inbetriebnahme dieser Veranstaltungshalle zu Verspätungen gekommen sei. Es sei damit bei einem früheren Auftrag der Antragstellerin zu erheblichen Mängeln gekommen, was einen Ausscheidensgrund darstelle.

Darüber hinaus habe der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Details zum Teilnahmeantrag und zu den Angeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beinhaltet. Es sei daher vom Gericht zu prüfen, wie die Antragstellerin Kenntnis von diesen Details erlangt habe. Es handle sich dabei um vertrauliche Informationen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Das Angebot der Antragstellerin sei wegen der Beschaffung bzw. wegen des Erlangens dieser Informationen durch die Antragstellerin auszuschneiden.

Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 29.08.2023 neuerlich repliziert. In dieser Replik hat die Antragsgegnerin ausgeführt, in einem Medienbericht der Zeitung X. vom 12.08.2023 seien Einzelheiten über das Vergabeverfahren veröffentlicht worden, welche Parallelen zum Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren aufweisen würden. Es würde daher der Verdacht naheliegen, dass die Antragstellerin vertrauliche Informationen an Medienvertreter weitergegeben und dadurch die ihr als Teilnehmerin des Vergabeverfahrens auferlegten Verschwiegenheitspflichten verletzt habe. Ihr Angebot sei deshalb auszuschneiden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrer Replik vom 29.08.2023 ebenfalls auf diese Medienberichterstattung hingewiesen und vorgebracht, dass der genannte Medienbericht Parallelen zum Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag aufweise und das Angebot der Antragstellerin aus diesem Grund auszuschneiden sei.

Die mündliche Verhandlung wurde am 31.08.2023 durchgeführt. Das Verhandlungsprotokoll ist im Gerichtsakt ersichtlich. Die Entscheidung wurde der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten.

Mit Schriftsatz vom 13.09.2023 übermittelte die Antragsgegnerin ein Rechtsgutachten zu gewerberechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren, erstattet von Univ. Prof. Dr. D. E. unter Mitarbeit von Dr. F. G. vom September 2023. Dieses Rechtsgutachten wurde von der Antragsgegnerin in Auftrag gegeben.

Dieses Gutachten geht zunächst davon aus, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin lediglich „Korrespondenzdienstleistungen in Form der Organisation der Planung und Errichtung des betreffenden Bauwerks“ erbringen würde. Sodann leitet das Gutachten ab, dass von einem Drittstaat aus erbrachte Korrespondenzdienstleistungen der österreichischen GewO 1994 nicht unterliegen würden. Daher sei § 1 Abs. 4 GewO 1994 auf das Anbieten der in Rede stehenden Korrespondenzdienstleistungen nicht anzuwenden.

In der Folge führt das Gutachten aus, dass die in Österreich zu erbringenden Leistungen der Planung und der Errichtung der Veranstaltungshalle durch die Befugnisse von Subunternehmern bzw. von einem Subunternehmer abgedeckt seien. Mit der bei der präsuntiven Zuschlagsempfängerin verbleibenden Teilleistung würde die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht der GewO 1994 unterliegen und seien daher § 1 Abs. 4 GewO 1994 und das darin verankerte Befugnisforderndis auf die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Drittstaatsunternehmen nicht anzuwenden.

Dieses Rechtsgutachten wurde der Antragstellerin und der präsuntiven Zuschlagsempfängerin zur Kenntnis gebracht.

Die Antragstellerin hat dazu mit Schreiben vom 22.09.2023 repliziert und ein Gegengutachten von Assoz. Prof. MMag. Dr. H. I. vorgelegt. In diesem führte Prof. I. im Wesentlichen aus, das BVergG 2018 setze das Vorhandensein einer Befugnis bereits für den Zeitpunkt des Anbietens der Leistung bei der Ausschreibung voraus und die Teilnahme an einer Ausschreibung sei bereits der Ausübung der Befugnis gleichzuhalten. Die Antragstellerin führt darüber hinaus insbesondere aus, in dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Gutachten sei bereits die Sachverhaltsannahme unzutreffend, wonach die präsuntive Zuschlagsempfängerin lediglich Korrespondenzdienstleistungen erbringen würde.

Die Antragsgegnerin hat dazu mit Schriftsatz vom 26.09.2023 repliziert und zunächst auf die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen verwiesen, wonach festgelegt ist, welche Befugnisse nachzuweisen wären. Das Angebot einer Bieterin, in dem alle von den Ausschreibungsunterlagen verlangten Befugnisse nachgewiesen wurden, könne selbst dann nicht ausgeschieden werden, wenn die verlangten und nachgewiesenen Befugnisse in gewerberechtlicher Hinsicht nicht ausreichend sein sollten. Darüber hinaus seien die verlangten Befugnisse ausreichend, weil im Zeitpunkt des Anbietens der Leistung noch keine weitergehenden Befugnisse erforderlich seien. Darüber hinaus liege lediglich ein zulässiger Austausch von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft vor.

Dazu langten am 26.09.2023 und am 28.09.2023 jeweils eine Replik der Antragsgegnerin und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ein.

Das Verwaltungsgericht geht von folgendem entscheidungswesentlichem Sachverhalt aus:

Die Antragstellerin hat zunächst einen Teilnahmeantrag abgegeben. Die Antragsgegnerin hat die Eignung der Antragstellerin geprüft und diese für die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen. Im Verhandlungsverfahren hat die Antragstellerin zunächst ein Erstangebot, in der Folge ein Zwischenangebot und schließlich ein Letztangebot abgegeben. Das Letztangebot der Antragstellerin wurde von der Antragsgegnerin geprüft. Die Antragsgegnerin hat im Vergabeverfahren keinen Ausscheidensgrund betreffend das Angebot der Antragstellerin sowie keinen Ausscheidensgrund betreffend die Antragstellerin festgestellt. Einer Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Angebotes der Antragstellerin stand gemäß der im Vergabeverfahren erfolgten Prüfung der Antragsgegnerin nur die Tatsache entgegen, dass das Angebot der Antragstellerin nicht an erster Stelle gereiht, sondern dem Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin nachgereiht ist. Würde das Angebot der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden und sich ansonsten nichts ändern, so wäre das Angebot der Antragstellerin erstgereiht.

Zu den von der Antragsgegnerin in ihrer Replik zum Nachprüfungsantrag angesprochenen Berichten in deutschen Medien ist festzuhalten, dass die

Antragsgegnerin von der Antragstellerin darüber im Rahmen der erfolgten vertieften Angebotsprüfung am 26.06.2023 Aufklärung verlangt hat. Der genaue Inhalt dieses Aufklärungsgesprächs ist im Protokoll über das Aufklärungsgespräch vom 26.06.2023 enthalten. Aus diesem Protokoll ergibt sich, kurz zusammengefasst, dass es sich bei diesen Berichten laut erfolgter Aufklärung in einem Fall um (unbewiesene) Behauptungen, Spekulationen und Satire bzw. im anderen Fall um einen Gefälligkeitsbericht gehandelt hat. Erörtert wurden auch Gerichtsverfahren, unter anderem gegen einen Medieninhaber wegen der Berichterstattung. Anhaltspunkte für das etwaige Vorliegen von beruflichen Verfehlungen der Antragstellerin haben sich daraus nicht gegeben und sind zu diesem Sachverhaltskomplex auch im Nachprüfungsverfahren nicht hervorgekommen.

Betreffend den von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin behaupteten Referenzauftrag der Antragstellerin in Italien, den diese mangelhaft erfüllt haben soll, ist Folgendes festzustellen:

Die Antragstellerin ist Muttergesellschaft eines international tätigen Konzerns. In ihrem Teilnahmeantrag hat sie andere Aufträge als Referenzaufträge nachgewiesen. Der von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin behauptete Auftrag der Antragstellerin, der schlecht erfüllt worden sein soll, ist im Teilnahmeantrag nicht angeführt und war nicht Gegenstand der Eignungsprüfung der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin.

Anhaltspunkte für das etwaige Vorliegen von beruflichen Verfehlungen der Antragstellerin in Bezug auf den von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin behaupteten Referenzauftrag der Antragstellerin haben sich weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Nachprüfungsverfahren ergeben.

Zum Vorbringen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, dass die Antragstellerin im Besitz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin sei, ist Folgendes festzuhalten:

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag behauptet, dass die präsumentive Zuschlagsempfängerin nicht Bieterin des Vergabeverfahrens sei und

Veränderungen innerhalb einer am Vergabeverfahren beteiligten Bietergemeinschaft stattgefunden hätten. Es handelt sich hierbei um Behauptungen der Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Antragstellerin Kenntnis von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verschafft hätte oder zumindest in Kenntnis von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre, haben sich weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Nachprüfungsverfahren ergeben. Der Sachverhalt stellt sich vielmehr so dar, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag eine Reihe von Behauptungen aufgestellt hat, von denen sich ein Teil als zutreffend und ein Teil als unzutreffend erwiesen hat.

Zu der von der Antragsgegnerin angesprochenen Berichterstattung in österreichischen Medien ist Folgendes festzuhalten:

Die von der Antragsgegnerin sowie zum Teil auch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgezeigten inhaltlichen Übereinstimmungen von zeitlich vorangegangenen Behauptungen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag und zeitlich nachfolgenden Behauptungen in österreichischen Medien betreffend das Projekt der präsumtiven Zuschussempfängerin bestehen tatsächlich. Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Medien diese Inhalte von der Antragstellerin erhalten hätten, bestehen jedoch nicht. Im Vergabeakt finden sich zu diesen Vorkommnissen keine Feststellungen und keine Anhaltspunkte.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Großbritannien.

In der Teilnahmephase war die präsumtive Zuschlagsempfängerin eines von insgesamt drei Mitgliedern einer Bietergemeinschaft. Diese Bietergemeinschaft hat einen Teilnahmeantrag gestellt.

Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit war eine Unternehmensreferenz vorzulegen. Die Anforderungen an diese Unternehmensreferenz waren in den Teilnahmeunterlagen, C. Arena – Strategischer Partner, Seiten 26 folgende, im

Detail festgelegt. Eine zweite Referenz mit diesen Anforderungen konnte als Auswahlreferenz vorgelegt werden.

Die in Rede stehende Bietergemeinschaft hat insgesamt zwei Referenzen vorgelegt, wobei die zweite Referenz von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin als Mitglied der Bietergemeinschaft beigetragen wurde. Die erste Referenz wurde von einem anderen Mitglied der Bietergemeinschaft beigetragen.

Die Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit waren durch Mindestumsätze zu erbringen. Die näheren Festlegungen für die inhaltlichen Anforderungen an diese Mindestumsätze wurden in den Teilnahmeunterlagen C. Arena – Strategischer Partner, Seiten 25 bis 26, im Detail festgelegt.

Die geforderten Umsätze wurden im Teilnahmeantrag nicht von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, sondern von den anderen Partnern dieser Bietergemeinschaft bzw. durch Patronatsgeber dieser anderen Partner beigetragen.

Die Antragsgegnerin hat die Teilnahmeunterlagen dieser Bietergemeinschaft sorgfältig geprüft. Die Bietergemeinschaft hat ihre technische sowie ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in Übereinstimmung mit den Teilnahmeunterlagen nachgewiesen.

Der Nachweis einer Befugnis war gemäß den Teilnahmeunterlagen in der Teilnahmephase nicht zu erbringen.

Die Bietergemeinschaft wurde zur anschließenden Verhandlungsphase zugelassen und hat jeweils erfolgreich ein Erstangebot und ein Zwischenangebot abgegeben.

Die Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote erging am 20.4.2023 an die bis dahin im Vergabeverfahren befindlichen Bieter, darunter für die in Rede stehende Bietergemeinschaft an das Mitglied, das von der Bietergemeinschaft als deren Vertreterin genannt wurde. Es handelt sich dabei nicht um die präsumentive Zuschlagsempfängerin, sondern um ein anderes Mitglied dieser Bietergemeinschaft. Auch eine Ergänzung vom 21.4.2023, zwei Beantwortungen

von Bieterfragen vom 12.5.2023 und vom 19.5.2023, die Verlängerung der Letztangebotsfrist vom 19.5.2023 sowie eine Bieterinformation vom 6.6.2023 wurden an diese Empfänger und nicht an die präsumtive Zuschlagsempfängerin übermittelt bzw. im Wege des elektronischen Vergabeportals zur Verfügung gestellt.

Erst ab der Information der Bieter vom 12.6.2023 wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin neben der Vertreterin der in Rede stehenden Bietergemeinschaft in den Verteiler aufgenommen. In dieser Zeit wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin von der Antragsgegnerin auch für das elektronische Vergabeportal freigeschaltet. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügte ab diesem Zeitpunkt neben der Vertreterin der in Rede stehenden Bietergemeinschaft über einen Zugang zum elektronischen Vergabeportal als Bieterin des gegenständlichen Vergabeverfahrens.

Die Vorgänge innerhalb der Bietergemeinschaft blieben intern zwischen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft. Insbesondere erfolgte keine Mitteilung an die Antragsgegnerin über einen allfälligen Wechsel von Mitgliedern dieser Bietergemeinschaft oder über ein allfälliges Ausscheiden einzelner Mitglieder dieser Bietergemeinschaft. Ein Ausscheiden einzelner Mitglieder der Bietergemeinschaft wurde der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren nicht angezeigt und es ist dazu auch nichts im Vergabeakt dokumentiert.

Im Vergabeverfahren haben sich somit in dieser Phase sowohl die Bietergemeinschaft als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin befunden. Eine Klärung, in welcher Funktion die präsumtive Zuschlagsempfängerin neben der Vertreterin der Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren auftritt, ist nicht erfolgt.

Zur Abgabe eines Letztangebotes durch diese Bietergemeinschaft ist es nicht gekommen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat jedoch als Einzelunternehmerin ein Letztangebot abgegeben und wurde von der Antragsgegnerin nach Prüfung ihres Angebotes als präsumtive Zuschlagsempfängerin ermittelt.

Die Vertreterin dieser Bietergemeinschaft hat gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die präsuntive Zuschlagsempfängerin einen Nachprüfungsantrag eingebracht, in dem sie im Wesentlichen argumentiert hat, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht Bieterin des gegenständlichen Verhandlungsverfahrens sein könne. Das Nachprüfungsverfahren war beim Verwaltungsgericht zur Zahl VGW-123/077/9126/2023 anhängig. Dieser Nachprüfungsantrag wurde von der Antragstellerin dieses Verfahrens mit Schriftsatz vom 30.08.2023 zurückgezogen.

Zu den Vorgängen innerhalb dieser Bietergemeinschaft konnte auch im Nachprüfungsverfahren nicht mehr festgestellt werden, als dass unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft keine Einigung über ein Letztangebot erfolgt ist und die präsuntive Zuschlagsempfängerin alleine ein Letztangebot abgegeben hat. Eine allfällige Rechtsnachfolge der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nach der Bietergemeinschaft wurde von der Antragsgegnerin nicht geprüft, sondern offenkundig angenommen bzw. unterstellt.

In ihrem Letztangebot als Einzelunternehmerin hat die präsuntive Zuschlagsempfängerin ein zweites Referenzprojekt nachgereicht. Die Antragsgegnerin hat schlüssig und nachvollziehbar geprüft und im Vergabeakt dokumentiert, dass jedes der insgesamt zwei Referenzprojekte der präsuntiven Zuschlagsempfängerin die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen an Eignungs- bzw. Auswahlreferenzen erfüllt. Weiters hat die Antragsgegnerin geprüft und festgestellt, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin auch dann in die Letztangebotsphase gekommen wäre, wenn sie an Stelle der Bietergemeinschaft mit lediglich einem Referenzprojekt, also ohne Auswahlreferenz, einen Teilnahmeantrag gestellt hätte.

Betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat die präsuntive Zuschlagsempfängerin in ihrem Letztangebot Umsatzzahlen nachgereicht und nachgewiesen. Diese Umsatzzahlen entsprechen inhaltlich den in den Teilnahmeunterlagen verlangten und im Teilnahmeantrag über ein anderes Mitglied dieser Bietergemeinschaft nachgewiesenen Mindestumsätzen.

Betreffend die Befugnis war in den Ausschreibungsbedingungen (Allgemeine Festlegungen zur Eignung, Festlegung vom 7.4.2023, Punkt 2 - Festlegung zur Befugnis) festgelegt, dass lediglich für die Planung und für die Errichtung der Veranstaltungshalle eine Befugnis nachzuweisen ist. Der Nachweis einer Befugnis für den nachfolgenden Betrieb der Veranstaltungshalle wurde nicht verlangt. Der Nachweis der Befugnis sowie gegebenenfalls die Nennung eines dafür erforderlichen Subunternehmers war erst mit der Abgabe des Letztangebotes verlangt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in dem von ihr abgegebenen Letztangebot einen Subunternehmer genannt, der über eine aufrechte Befugnis für das Baumeistergewerbe verfügt und damit sowohl für die Planung als auch für die Errichtung der Veranstaltungshalle befugt ist.

Betreffend die Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle ist im Vergabeakt für die Teilnahmephase Folgendes dokumentiert (Aktenvermerk vom 31.1.2022 über die Dokumentation aller wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge gemäß § 49 Abs. 1 BVergG 2018, Seite 25 unter „Befugnis“):

„(...) Im Hinblick auf die primär maßgebliche Leistungspflicht der Planung und Errichtung der Arena soll eine entsprechende Festlegung der dafür maßgeblichen Befugnisse im Rahmen des Verfahrens auf Basis der Konkretisierungen des Leistungsbilds erfolgen. Die für die Betriebsphase maßgeblichen Befugnisse sind auf Basis eines zu erwartenden Zeitplans erst mehrere Jahre nach Abschluss des Vergabeverfahrens einschlägig. Deren Erlangbarkeit erfordert darüber hinaus einen erfolgreichen Abschluss der Errichtung der C. Arena (wie insbesondere Befugnisse betreffenden Betrieb, Sicherheit etc.). Aus Gründen der Verfahrensökonomie und um dem internationalen Bieterkreis eine Teilnahme möglichst zu erleichtern, beabsichtigte die Auftraggeberin, eine Vorlage der relevanten Befugnisse für die Bieterphase erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens nach Errichtung der C. Arena.“

Die Festlegung zur Eignung vom 7.4.2023 trifft folgende „Festlegung zur Befugnis“:

„2. FESTLEGUNG ZUR BEFUGNIS

Die Auftraggeberin wird den Zuschlag nur an Bieter erteilen, die zur Leistungserbringung befugt sind.

Der Bieter hat zumindest folgende Befugnisse aufzuweisen, um geeignet zu sein:

Befugnis zur Planung der Arena: Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO oder Architekt gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 Ziviltechnikergesetz oder eine vergleichbare Befugnis.

Befugnis zur Errichtung der Arena: Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO oder eine vergleichbare Befugnis.

Die Befugnis zum Betrieb der Arena richtet sich (teilweise) nach veranstaltungsrechtlichen Normen und ist im Vergabeverfahren nicht nachzuweisen. Die Auftraggeberin wird die Befugnis zum Betrieb nach Vertragsabschluss gesondert vom Strategischen Partner durch den Nachweis der entsprechenden (Betriebs-)Bewilligungen und veranstaltungsrechtlichen Genehmigungen verlangen.

Bei Unternehmern aus dem EU/EWR-Ausland wird auf das Erfordernis einer Dienstleistungsanzeige bzw. die einschlägigen Vorschriften des Ziviltechnikergesetzes verwiesen; die vorzulegenden Nachweise ergeben sich aus Anhang IX zum BVergG 2018.

Bei Unternehmern aus Drittstaaten wird (soweit für das jeweilige Herkunftsland des Unternehmers anwendbar) auf das GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES hingewiesen sowie auf das Erfordernis, dass die Vorlage von Plänen zur Genehmigung durch die zuständigen Behörden in Zusammenarbeit mit einem in Österreich zugelassenen Erbringer von Planungsdienstleistungen erfolgen muss.

Allfällige, für die Finanzierung herangezogene Kreditinstitute stellen keine Subunternehmer dar, weshalb deren Nennung im Vergabeverfahren nicht erforderlich ist. Dementsprechend muss der Bieter auch nicht zur Betreibung von Bankgeschäften berechtigt sein. Die Auftraggeberin behält sich jedoch vor, die

Nennung der Kreditinstitute inkl. eines Nachweises zu deren Berechtigung im Zuge des Financial Close zu verlangen.“

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat im Vergabeverfahren eine Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle nicht nachgewiesen. Die Antragsgegnerin hat den Nachweis einer solchen Befugnis nicht verlangt und deren allfälliges Vorhandensein nicht geprüft. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt über keine Niederlassung und über keine Befugnis im EU- bzw. EWR-Raum. Die geforderten Befugnisse für die bauliche Planung und für die Errichtung der Veranstaltungshalle hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Letztangebot durch Nennung eines erforderlichen Subunternehmers mit aufrechter Befugnis für das Baumeistergewerbe nachgewiesen.

Betreffend die Eignung war für die Teilnahmephase Folgendes festgelegt:

Für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sehen die Teilnahmeunterlagen unter anderem einen Mindestumsatz von EUR 100 Millionen über 3 Jahre in den letzten 5 Jahren für jene Unternehmer vor, die eine Unternehmensreferenz im Bereich Betrieb vorlegen, sowie einen Mindestumsatz von EUR 350 Millionen über den oben genannten Zeitraum für jene Unternehmen, die eine Unternehmensreferenz im Bereich Bau vorlegen. Für Unternehmer, die eine Referenz im Bereich Finanzierung/Invest vorlegen, galt eine Mindestvorgabe von EUR 1 Milliarde verwaltetes Vermögen. Im Detail sehen die Teilnahmeunterlagen dazu die aus dem Vergabeakt (Aktenvermerk über die Konzeption der Ausschreibung PPP C. Arena – Strategischer Partner, Seiten 25 und 26) näher ausgeführten Einzelheiten vor.

Betreffend die technische Leistungsfähigkeit sehen die Teilnahmeunterlagen wahlweise eine Eignungsreferenz für den Bereich Bau oder für den Bereich Betrieb oder für den Bereich Finanzierung/Invest vor. Im Detail sehen die Teilnahmeunterlagen dazu die aus dem Vergabeakt (Aktenvermerk über die Konzeption der Ausschreibung PPP C. Arena – Strategischer Partner, Seiten 26 und 27) näher ausgeführten Einzelheiten vor.

Im Ergebnis hatten die Teilnahmewerber demnach die Wahl, für welchen Bereich sie die Eignungsreferenz vorlegen. Der geforderte Mindestumsatz richtete sich danach, für welchen Bereich die Eignungsreferenz vorgelegt wurde.

Die „Allgemeine Festlegung zur Eignung“ vom 7.4.2023, die in der Zwischenangebotsphase erfolgt ist, hat Folgendes festgelegt:

„1. ALLGEMEINE FESTLEGUNGEN ZUR EIGNUNG

Gemäß Punkt 1.5 der Teilnahmeunterlage wird es den Bietern ermöglicht, ihre Eignung zu ergänzen, eine Bildung von Bietergemeinschaften oder die Heranziehung bzw. den Austausch einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften bzw. Subunternehmern oder Patronatsgebern bis zur Aufforderung der Abgabe der Letztangebote anzuzeigen.

Wie in den Verhandlungen und Hearings im Februar/März 2023 festgelegt, sind die Nachweise zur Eignung bis längstens zum Ende der Letztangebotsfrist vorzulegen und ist auch bis zu diesem Zeitpunkt eine Bildung von Bietergemeinschaften oder die Heranziehung bzw. der Austausch einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften bzw. Subunternehmern oder Patronatsgebern möglich (Konsortialbildung).

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung ist somit das Ende der Letztangebotsfrist (ein exaktes Datum inkl. Uhrzeit wird in den Letztangebotsunterlagen mitgeteilt).

Es steht den Bietern jedoch frei, bis zum Ablauf der halben Letztangebotsfrist (ein exaktes Datum inkl. Uhrzeit wird in den Letztangebotsunterlagen mitgeteilt) die erforderlichen Formblätter, Beilagen und Eignungsnachweise an die Auftraggeberin zu übermitteln. Übermitteln die Bieter bis zum Ablauf der halben Letztangebotsfrist bereits Formblätter, Beilagen und Eignungsnachweise, kann die Auftraggeberin diese prüfen und die Bieter allenfalls zur Aufklärung bzw. Abgabe von Nachreichungen auffordern. Den Bietern steht es frei, nach Ablauf der halben Letztangebotsfrist an einem Informationsgespräch (ua.) über die allenfalls abgegebenen Nachweise bzw. noch fehlende Nachweise teilzunehmen.

Festgelegt wird, dass der Bieter sämtliche Eignungsnachweise bzw. Erklärungen für sich, alle Mitglieder einer allfälligen Bietergemeinschaft sowie alle erforderlichen Subunternehmer (nicht jedoch für Patronatsgeber) zu erbringen und vollständig abzugeben hat, unabhängig davon, ob er die Nachweise bzw. Erklärungen bereits zuvor im Vergabeverfahren (zB mit dem Teilnahmeantrag) angeführt hat. Eine genaue Festlegung zu den erforderlichen Nachweisen ist der Teilnahmeunterlage zu entnehmen und wird abermals in der Ausschreibungsunterlage für das Letztangebot enthalten sein. Diese Festlegungen in der Teilnahmeunterlage gelten – mit Ausnahme der im nachstehenden Punkt vorgenommenen Präzisierungen – unverändert fort.

Wie bereits festgelegt, darf durch das Hinzuziehen oder den Austausch einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft oder von Subunternehmern bzw. Patronatsgebern keine Wettbewerbsbeeinträchtigung oder Wegfall der Eignung erfolgen. Das Unternehmen, das die Unternehmensreferenzen gemäß Punkt 4.4.1 der Teilnahmeunterlage für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit und/oder die Auswahl beigebracht hat oder für die Erfüllung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 4.3 der Teilnahmeunterlage benannt wurde, darf nicht als Bieter bzw. Mitglied der Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer bzw. Patronatsgeber ausscheiden oder ausgetauscht werden. Ein Austausch oder Wegfall dieses Bieters, Mitglieds der Bietergemeinschaft bzw. Subunternehmers bzw. Patronatsgebers führt zum Ausscheiden des Letztangebots. Es muss bei einem Austausch, Hinzutritt oder einem Ausscheiden eines Mitglieds der Bietergemeinschaft oder eines Subunternehmers bzw. Patronatsgebers in jedem Fall sichergestellt sein, dass die Eignung erhalten bleibt und dadurch keine Auswirkungen auf die Auswahl entstehen (vgl. dazu die Beantwortung von Frage 10 der konsolidierten Fragebeantwortung vom 18.2.2022).“

Mit der Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote erfolgte folgende Festlegung:

„1.10 Bietergemeinschaften/Subunternehmer/Patronatsgeber

Bieter bzw. Bietergemeinschaften haben ihre Angebote in der Zusammensetzung abzugeben, in der sie zur Angebotslegung eingeladen wurden. Die nachträgliche

Bildung von Bietergemeinschaften oder ein Wechsel von Mitgliedern einer solchen ist grundsätzlich unzulässig; insbesondere ist die Bildung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft zwischen eingeladenen Bietern nicht zulässig. Gleiches gilt bei einem Wechsel einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften, sofern dieses Mitglied maßgeblich an der Teilnahme, insbesondere der Kalkulation und Konzeption beteiligt war. In diesem Zusammenhang wird auf die Festlegung zur Eignung vom 7.4.2023 verwiesen, wonach eine Bildung von Bietergemeinschaften oder die Heranziehung bzw. der Austausch einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften bzw. Subunternehmern oder Patronatsgebern bis längstens zum Ende der Letztangebotsfrist angezeigt werden kann.

Ändert sich die Zusammensetzung des Bieters bzw. der Bietergemeinschaft darf, wie bereits festgelegt, durch das Hinzuziehen oder den Austausch einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft oder von Subunternehmern bzw. Patronatsgebern keine Wettbewerbsbeeinträchtigung oder Wegfall der Eignung erfolgen. Das Unternehmen, dass die Unternehmensreferenzen gemäß Punkt 4.4.1 der Teilnahmeunterlage für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit und/oder die Auswahl beigebracht hat oder für die Erfüllung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 4.3 der Teilnahmeunterlage benannt wurde, darf nicht als Bieter bzw. Mitglied der Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer bzw. Patronatsgeber ausscheiden oder ausgetauscht werden. Ein Austausch oder Wegfall dieses Bieters, Mitglied der Bietergemeinschaft bzw. Subunternehmers bzw. Patronatsgebers führt zum Ausscheiden des Letztangebots. Es muss bei einem Austausch, Hinzutritt oder einem Ausscheiden eines Mitglieds der Bietergemeinschaft oder eines Subunternehmers bzw. Patronatsgebers in jedem Fall sichergestellt sein, dass die Eignung erhalten bleibt und dadurch keine Auswirkungen auf die Auswahl entstehen (siehe Festlegung der Eignung 7.4.2023).

Wird dem Angebot einer Bietergemeinschaft zugeschlagen, so haben die erfolgreichen Bieter eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zu bilden. (...)

Betreffend die technische Leistungsfähigkeit hat die Bietergemeinschaft, der die präsumtive Zuschlagsempfängerin angehört hat, insgesamt zwei Referenznachweise erbracht, wobei sie diese von ihr angeführten Referenzen mit

„Referenznummer #1“ und „Referenznummer #2“ nummeriert hat. Die Referenz #1 wurde von dem aus dem Vergabeakt ersichtlichen Mitglied dieser Bietergemeinschaft und nicht von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin beigetragen. Die Referenz #2 wurde von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin als Mitglied der Bietergemeinschaft beigetragen. Für den Fall, dass das Mitglied, welches die Referenz #1 beigetragen hat, aus der Bietergemeinschaft ausscheiden sollte, wäre auf Grund des Wortlauts der Formulierung diese Referenz nicht für die verbleibenden Mitglieder zur Verfügung gestanden. Die Formulierung war dahingehend, dass eine Patronatserklärung zu Gunsten des Konzernunternehmens, das Mitglied der Bietergemeinschaft gewesen ist, abgegeben wurde. Da es sich bei diesem Mitglied der Bietergemeinschaft nicht um die präsuntive Zuschlagsempfängerin gehandelt hat, wäre die Patronatserklärung der Konzernmutter dieses Mitglieds vom Erklärungsinhalt dieser Patronatserklärung nach dem Ausscheiden des betreffenden Mitglieds der Bietergemeinschaft nicht für die präsuntive Zuschlagsempfängerin zur Verfügung gestanden.

Die Antragsgegnerin hat im Vergabeverfahren geprüft und dokumentiert, dass die von der Bietergemeinschaft vorgelegten Referenzen den Mindestanforderungen entsprechen.

Mit der Abgabe des Letztangebotes durch die präsuntive Zuschlagsempfängerin als Einzelunternehmerin sind diese Referenz #1 und das Mitglied der Bietergemeinschaft, das diese Referenz eingebracht hat, weggefallen. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin hat mit ihrem Letztangebot an Stelle der weggefallenen Referenz eine andere Referenz nachgereicht.

Die Antragsgegnerin hat dazu geprüft und verifiziert, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin von der Teilnahmephase an die geforderte technische Leistungsfähigkeit auch als Einzelunternehmen gehabt hätte sowie in der Phase des Letztangebotes auch als Einzelunternehmen hat. Die Referenz #2 hätte alleine als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ausgereicht. Darüber hinaus erscheint das Vorbringen der Antragsgegnerin glaubhaft, dass sich das Fehlen einer Auswahlreferenz, wenn die präsuntive Zuschlagsempfängerin an Stelle der Bietergemeinschaft und lediglich

unter Vorlage der Referenz #2 (ohne die Referenz #1) einen Teilnahmeantrag gestellt hätte, nicht in einer Nichtauswahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ausgewirkt hätte und die präsumtive Zuschlagsempfängerin somit auch im Fall eines fiktiven Teilnahmeantrags als Einzelunternehmer für das weitere Verfahren zugelassen worden wäre. Eine ausdrückliche Dokumentation einer solchen Prüfung ist aus dem Vergabeakt jedoch nicht ersichtlich.

Zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit war für die Teilnahmephase festgelegt, dass je nach vorgelegter Unternehmensreferenz der in den Teilnahmeunterlagen (vgl. Aktenvermerk über die Konzeption der Ausschreibung PPP C. Arena – Strategischer Partner, Seiten 25 und 26) jeweils angeführte Mindestumsatz nachgewiesen wird.

Die Bietergemeinschaft hat den Nachweis des Vorliegens der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch die aus dem Teilnahmeantrag ersichtliche Patronatserklärung und über die Umsatzzahlen des Patronatsgebers erbracht. Diese Patronatserklärung war zu Gunsten eines anderen Mitglieds der Bietergemeinschaft ausgestellt, welches bei der Abgabe des Letztangebotes durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht mehr eingebunden war.

Die Antragsgegnerin hat nach der Abgabe des Letztangebotes durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin geprüft und dokumentiert, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über diese Umsatzerfordernisse über einen anderen Patronatsgeber ebenfalls verfügt und bereits zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags durch die Bietergemeinschaft als Einzelunternehmer verfügt hätte.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in inhaltlicher Hinsicht vertieft geprüft und in inhaltlicher Hinsicht keine Mängel festgestellt. Insbesondere hat die Antragsgegnerin schlüssig und nachvollziehbar geprüft und festgestellt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Errichtung der Veranstaltungshalle die Anforderungen des Realisierungskonzeptes der Antragsgegnerin erfüllt, die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegte Machbarkeitsstudie schlüssig

und nachvollziehbar ist sowie letzteres auch auf die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierten Errichtungskosten der Veranstaltungshalle zutrifft. Der umfassende Prüfbericht dazu liegt im Vergabeakt auf (Prüfbericht der ARGE C. Arena) und wurde von seinem Verfasser in der mündlichen Verhandlung eingehend erläutert. Auch hat die Antragsgegnerin schlüssig und nachvollziehbar geprüft und festgestellt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierte Refinanzierung durch den Betrieb der Veranstaltungshalle schlüssig und nachvollziehbar ist sowie sich die Refinanzierung innerhalb der Laufzeit auch unter pessimistischeren Annahmen rechnerisch ausgeht. Der diesbezügliche Prüfbericht liegt im Vergabeakt auf und wurde vom Verfasser dieses Prüfberichts in der mündlichen Verhandlung umfassend erläutert. Demnach wurden für die Prüfung der Refinanzierung von den Prüfern die jeweiligen Ansätze auf ihre Plausibilität und Nachvollziehbarkeit geprüft und jeweils Gegenrechnungen mit anderen, ebenfalls plausiblen Ansätzen durchgeführt. Das Ergebnis war, dass bei Vorliegen unterschiedlicher Möglichkeiten, die Refinanzierung zu berechnen, das Ergebnis einer Refinanzierung nicht von der gewählten Berechnungsmethode abhängt, sondern die Refinanzierung bei allen von den Prüfern durchgeführten Berechnungen gegeben ist.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf der klar nachvollziehbaren Dokumentation des Vergabeverfahrens im Vergabeakt sowie dem durchgeführten Nachprüfungsverfahren einschließlich dem Parteivorbringen und der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

Zu den Feststellungen betreffend die im Nachprüfungsverfahren behaupteten Ausscheidensgründe des Angebotes der Antragstellerin ist Folgendes auszuführen:

Zu den deutschen Medienberichten und zu den Gerichtsverfahren in Deutschland befindet sich im Vergabeakt ein Aufklärungsgespräch der Antragsgegnerin mit der Antragstellerin, in welchem die Antragstellerin in sich schlüssig dargelegt hat, dass der Antragstellerin insoweit kein inhaltlicher Vorwurf zu machen sei. Gegenteilige Anhaltspunkte haben sich weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Nachprüfungsverfahren ergeben.

Zu der Behauptung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, die Antragstellerin habe in Italien den von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angeführten Auftrag mangelhaft ausgeführt, besteht auf der Sachverhaltsebene keine Grundlage für eine allfällige Feststellung eines Fehlverhaltens der Antragstellerin. Weder ergeben sich aus dem Vergabeakt Anhaltspunkte für eine etwaige diesbezügliche berufliche Verfehlung der Antragstellerin, noch sind solche Anhaltspunkte im Nachprüfungsverfahren hervorgekommen.

Zum Vorwurf der Kenntnis von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin durch die Antragstellerin ist auszuführen, dass über bloße Behauptungen der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren, welche sich teils als zutreffend und teils als unzutreffend erwiesen haben, keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Antragstellerin Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in Erfahrung gebracht haben könnte oder in Kenntnis solcher Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse wäre. Aus bloßen Behauptungen offenbar auf Verdacht hinauf kann nicht auf Kenntnis geschlossen werden.

Zu den im Nachprüfungsverfahren kurz vor der mündlichen Verhandlung gemachten Ausführungen betreffend Übereinstimmungen zwischen Behauptungen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag und Behauptungen in Medienberichten ist auszuführen, dass die zeitliche Abfolge nichts darüber aussagt, von welcher Quelle die Medien diese Information haben.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

Die Antragsgegnerin ist eine dem Land Wien zuzuordnende öffentliche Auftraggeberin. Nach der von ihr fachkundig durchgeführten Schätzung des Auftragswertes handelt es sich bei dem zu vergebenden Auftrag sowohl nach dem finanziellen Überwiegen als auch nach dem Hauptgegenstand des Auftrags um die bauliche Errichtung einer Veranstaltungshalle und somit um einen Bauauftrag. Die zu erbringenden Dienstleistungen (Planung des Bauvorhabens und nachfolgender Betrieb der Veranstaltungshalle) treten gegenüber der zu erbringenden Bauleistung in den Hintergrund. Auch die teilweise Refinanzierung der

Errichtungskosten durch den nachfolgenden Betrieb der Veranstaltungshalle tritt nach dieser Kostenschätzung in den Hintergrund.

Es sind daher auf das Vergabeverfahren der 1. Teil (Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen) und der 2. Teil (Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber) des BVergG 2018 sowie das WVRG 2020 anzuwenden.

Die Antragstellerin ist Teilnehmerin des Vergabeverfahrens und hat ein Letztangebot abgegeben. Die Antragsgegnerin hat die Eignung der Antragstellerin sowie deren Angebot eingehend geprüft und keine Umstände festgestellt, die der Zuschlagsfähigkeit des Angebotes der Antragstellerin entgegenstehen könnten. Das Angebot der Antragstellerin ist dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachgereicht.

Zur Frage der Antragslegitimation der Antragstellerin hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Aus § 18 Abs. 1 WVRG 2020 ergibt sich, dass es für die Antragslegitimation unter anderem erforderlich ist, dass die Antragstellerin ein Interesse am Abschluss des Vertrages hat sowie behauptet und ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Sollte das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden sein, so würde der Antragstellerin - ausgenommen der Fall, dass alle Angebote auszuscheiden wären – durch die angefochtene Entscheidung ein Schaden nicht drohen. Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht etwaige Ausscheidensgründe insbesondere dann, wenn diese auf der Sachverhaltsebene aus dem Vergabeakt ersichtlich sind, auch von Amts wegen aufzugreifen. Ob die Antragsgegnerin etwaige Aspekte, die rechtlich als Ausscheidensgründe zu werten wären, zutreffend als Ausscheidensgründe gewertet hat, sowie, ob die Antragsgegnerin allenfalls diesbezüglich eine Ausscheidensentscheidung erlassen hat, ist rechtlich unerheblich (vgl. zum Beispiel Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, 705 folgende, mwN).

Darüber hinaus kann das Verwaltungsgericht in dem Rahmen, der durch das Nachprüfungsverfahren und insbesondere durch die knappen Entscheidungsfristen gesetzt ist, auch selbst Ermittlungen durchführen (vgl. zum Beispiel Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, 706, mwN). Ein umfangreiches Ermittlungsverfahren, bei dem bereits das Sammeln von Beweismaterial mehrere Wochen in Anspruch nehmen würde und anschließend dieses Beweismaterial in einem ebenfalls mehrere Wochen dauernden kontradiktorischen Verfahren mit der Antragstellerin abgeklärt werden müsste, wäre mit den Grundsätzen des Vergaberechtsschutzes wie insbesondere mit der Raschheit des Nachprüfungsverfahrens nicht vereinbar und hat daher nicht durch das Verwaltungsgericht zu erfolgen (vgl. zum Beispiel Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, 706, mwN).

Zu den von der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren als Ausscheidensgründe geltend gemachten Berichten in deutschen Medien und den damit in Zusammenhang stehenden Verfahren vor deutschen Gerichten ist auszuführen, dass dem Vergabeakt dazu kein inhaltliches Substrat zu entnehmen ist, welches auch nur denkmöglich als Ausscheidensgrund gewertet werden könnte. Weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Nachprüfungsverfahren sind zu diesem Sachverhaltskomplex Umstände hervorgekommen, die geeignet wären, der Antragstellerin als berufliche Verfehlung angelastet werden zu können. Ein diesbezüglicher Ausscheidensgrund betreffend die Antragstellerin ist somit nicht hervorgekommen.

Zum Vorbringen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, dass die Antragstellerin Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in Erfahrung gebracht habe oder zumindest kennen würde, ist auszuführen, dass die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag eine Reihe von Behauptungen und Mutmaßungen betreffend die präsuntive Zuschlagsempfängerin und deren Angebot aufgestellt hat. Aus diesen Behauptungen und Mutmaßungen ergibt sich keine objektivierbare Grundlage für einen allfälligen Ausscheidensgrund des Angebots der Antragstellerin. Ein diesbezüglicher Ausscheidensgrund betreffend die Antragstellerin ist somit nicht hervorgekommen.

Auch zu dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgebrachten Auftrag in Italien haben sich weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Nachprüfungsverfahren Anhaltspunkte auf der Sachverhaltsebene ergeben, die eine diesbezügliche berufliche Verfehlung der Antragstellerin hätten untermauern können. Ein diesbezüglicher Ausscheidensgrund betreffend die Antragstellerin ist im Nachprüfungsverfahren somit nicht hervorgekommen.

Zu den sowohl von der Antragsgegnerin als auch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsverfahren angesprochenen Berichten in österreichischen Medien ist auszuführen, dass sich daraus keine objektiven Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, von wem die Medien diesbezüglich informiert wurden und ob damit die Antragstellerin allenfalls ein Verhalten gesetzt hat, durch welches sie gegen ihr im Vergabeverfahren obliegende Verschwiegenheitspflichten verstoßen hätte. Auch diesbezüglich haben sich weder aus dem Vergabeakt noch aus dem Nachprüfungsverfahren Anhaltspunkte auf der Sachverhaltsebene ergeben, die der Antragstellerin gegebenenfalls hätten zugerechnet werden können. Ein diesbezüglicher Ausscheidensgrund betreffend die Antragstellerin ist im Nachprüfungsverfahren somit nicht hervorgekommen.

Im Übrigen hat die Antragstellerin alle formalen Anforderungen an einen gültigen Nachprüfungsantrag erfüllt und insbesondere die Pauschalgebühren im gesetzlich vorgesehenen Umfang entrichtet. Ihr Nachprüfungsantrag war daher zulässig und ihre Antragslegitimation war gegeben.

In inhaltlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht über den Nachprüfungsantrag erwogen:

Gemäß § 20 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2018 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Dazu hat die Antragstellerin vorgebracht, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die Befugnis, den Betrieb der Veranstaltungshalle in Österreich anzubieten sowie nachfolgend die Veranstaltungshalle in Österreich zu betreiben. Im Hinblick auf § 1 Abs. 4 GewO 1994 sei eine Gewerbeberechtigung für den

Betrieb der Veranstaltungshalle bereits für das Anbieten dieser Leistung in einem Vergabeverfahren erforderlich. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin verfüge über keine Niederlassung in der EU bzw. im EWR und dürfe seit dem Wirksamwerden des Brexit die Leistung des Betriebs der Veranstaltungshalle im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht anbieten. Ihr Angebot sei daher mangels ausreichende Befugnis auszuschneiden.

Die Antragsgegnerin hat dazu das angeführte Rechtsgutachten vorgelegt, wonach die präsuntive Zuschlagsempfängerin lediglich „Korrespondenzdienstleistungen in Form der Organisation der Planung und der Errichtung des betreffenden Bauwerks“ erbringen würde, die Planung und die Errichtung des Bauwerks durch die Befugnis von Subunternehmern abgedeckt seien und die präsuntive Zuschlagsempfängerin als ein in einem Drittstaat niedergelassenes Unternehmen nicht dem § 1 Abs. 4 GewO 1994 unterliegen würde und somit für die präsuntive Zuschlagsempfängerin in Österreich kein Erfordernis einer Befugnis bzw. einer Gewerbeberechtigung bestünde. Bereits auf der Grundlage der gesetzlichen Befugniserefordernisse der GewO 1994 und des BVergG 2018 dürfe die präsuntive Zuschlagsempfängerin die ausgeschriebene Leistung im gegenständlichen Vergabeverfahren anbieten.

Der Senat vermag diesem Rechtsgutachten in seinen rechtlichen Ausführungen nicht zu folgen.

§ 1 Abs. 4 zweiter Satz GewO 1994 lautet:

„(4) (...) Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. (...)“

§ 1 Abs. 4 GewO 1994 ist auf das Anbieten der gegenständlichen Leistung anzuwenden. Soweit die Planung und Ausführung des Bauvorhabens betroffen ist, steht dem auch nicht das von der Antragsgegnerin vorgelegte Rechtsgutachten entgegen, zumal sich dieses auf das Anbieten von Korrespondenzdienstleistungen bezieht. Das für den Zuschlag vorgesehene Angebot wurde jedoch unbestrittenermaßen nicht vom Subunternehmer gelegt, sondern von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin unter Nennung eines Subunternehmers. Es mag

dahingestellt bleiben, ob § 1 Abs. 4 GewO 1994 auf einen Bieter anzuwenden ist, der von einem Drittstaat aus lediglich Korrespondenzdienstleistungen anbietet, wie dies in dem genannten Gutachten ausgeführt wird. Der Fall einer Ausschreibung von Korrespondenzdienstleistungen und eines Anbietens selbiger durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin liegt gegenständlich nicht vor. Auf das Angebot, das die präsumtive Zuschlagsempfängerin gelegt hat und welches unter anderem Bauleistungen einschließt, ist § 1 Abs. 4 GewO 1994 jedenfalls anzuwenden.

Aus § 1 Abs. 4 GewO 1994 in Verbindung mit § 31 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 folgt weiters, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits zum Zeitpunkt des Anbietens der Leistung eine Befugnis benötigt, mit der sie einen wichtigen Teil des Auftrags abdeckt. Diesen wichtigen Teil des Auftrags muss die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch selbst erbringen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so liegen ein Befugnismangel sowie eine unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrags vor. Ein solches Angebot wäre grundsätzlich auszuschneiden.

Die in dem Gutachten ausgeführten Korrespondenzdienstleistungen stellen in dem für die Antragsgegnerin günstigsten Fall Nebenleistungen der zu erbringenden Planungs- und Bauleistungen dar, die den Planungs- und Bauleistungen untergeordnet sind. Dies würde etwa auf Korrespondenzleistungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegenüber der Auftraggeberin zutreffen. Soweit es sich bei der Korrespondenz um die Organisation des Bauvorhabens im Innenverhältnis mit dem Subunternehmer und um die Sicherstellung der für die Leistungserbringung erforderlichen Ressourcen und Rahmenbedingungen handeln sollte, stellt eine solche Korrespondenz nicht einmal einen Teil der zu erbringenden Leistungen dar, sondern ist eine bloße Hilfsverrichtung.

Die im Gutachten ausgeführten Korrespondenzdienstleistungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kommen somit als befugnismäßige Grundlage, bei der gegenständlichen Ausschreibung die Planung und Errichtung der Veranstaltungshalle anbieten zu dürfen, von Vornherein nicht in Betracht. Die Korrespondenzdienstleistungen stellen keinen wichtigen Teil des Auftrags im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 dar bzw. würde eine unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrags an den Baumeister als Subunternehmer vorliegen.

Im Anlassfall kann es dahingestellt bleiben, ob als wichtiger Teil des Auftrags der – im vorgelegten Rechtsgutachten unzutreffender Weise nicht als Teil der angebotenen Leistung behandelte – nachfolgende Betrieb der Veranstaltungshalle in Betracht kommt und einen wichtigen Teil des gegenständlichen Auftrags im Sinne des § 31 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 darstellt. Geht man davon aus, dass der Betrieb der Veranstaltungshalle einen wichtigen Teil des Auftrags im Sinne der zitierten Bestimmungen darstellt, so folgt daraus, dass ein Bieter, der über eine aufrechte Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle verfügt und den Betrieb der Veranstaltungshalle selbst auszuführen beabsichtigt, die Planung, die Errichtung und den Betrieb der Veranstaltungshalle anbieten und den Leistungsteil der Planung und Errichtung an einen Subunternehmer weitergeben darf.

Im Anlassfall ist jedoch auch die Besonderheit in Erwägung zu ziehen, dass die Auftraggeberin in ihren Ausschreibungsunterlagen bestandsfest die Erfordernisse des Nachweises der Befugnis jeweils auf eine Befugnis für die bauliche Planung der Veranstaltungshalle und für die bauliche Errichtung der Veranstaltungshalle beschränkt hat. Eine allfällige Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle war im Vergabeverfahren nicht nachzuweisen. Der Nachweis einer Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle war den bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibung zu Folge (siehe die Zitierungen der Festlegungen bei den Feststellungen des maßgeblichen Sachverhaltes) der Ausführungsphase des Auftrags vorbehalten.

Die Antragsgegnerin hat in ihren Festlegungen zwar die im Vergabeverfahren nachzuweisenden Befugnisse geregelt, in diesen Festlegungen aber offengelassen, ob von den gesetzlichen Befugnisforderungen § 1 Abs. 4 und § 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 abgewichen und Generalunternehmern in Abkehr von den zit. gesetzlichen Regelungen die Möglichkeit eröffnet werden soll, ohne Nachweis einer eigenen Befugnis Gesamtleistungen anzubieten und sämtliche Teile des Auftrags, für die der Nachweis einer Befugnis gefordert war, an Subunternehmer weiterzugeben.

Der Senat vermag der in Rede stehenden Festlegung einen objektiven Erklärungswert dahingehend, dass Bieter, die als Generalunternehmer die gesamte Leistung anbieten, vom Nachweis einer ausreichenden Befugnis, um

überhaupt als Generalunternehmer ein Angebot legen zu dürfen, dispensiert wären, nicht zu entnehmen. Gemäß § 1 Abs. 4 und § 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 müssen Generalunternehmer bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung über eine eigene Befugnis verfügen, mit der sie einen wichtigen Teil des Auftrags selbst abdecken, und diesen auch selbst ausführen.

Aus der bestandsfesten Festlegung, wonach im Vergabeverfahren lediglich Befugnisse für die Planung und für die Errichtung des Bauvorhabens nachzuweisen sind, folgt daher in Verbindung mit § 1 Abs. 4 und § 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994, dass Generalunternehmer ihre eigene Befugnis, die gesamte Leistung als Generalunternehmer anbieten zu dürfen, zumindest grundsätzlich auf eine eigene Befugnis für die Planung oder für die Ausführung des Bauvorhabens stützen müssen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat eine solche Befugnis nicht nachgewiesen und ist somit als Generalunternehmerin zumindest grundsätzlich unbefugt.

Als Ausnahme von dem im vorigen Absatz angesprochenen Grundsatz, dass Generalunternehmer ihre eigene Befugnis als Generalunternehmer im Vergabeverfahren durch eine eigene Befugnis für die Planung oder für die Ausführung von Bauvorhaben nachzuweisen haben, kann allenfalls in Betracht gezogen werden, dass Generalunternehmer ihre Befugnis als Generalunternehmer für den Zeitpunkt der Angebotslegung (§ 1 Abs. 4 GewO 1994) über eine Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle nachweisen. Die Festlegung, wonach im Vergabeverfahren der Nachweis einer Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle nicht verlangt ist, steht dem deswegen nicht entgegen, weil es gegenständlich um den Nachweis der Befugnis, als Generalunternehmer ein Angebot legen zu dürfen, geht. Generalunternehmer benötigen zum Zeitpunkt der Angebotslegung eine eigene Befugnis, mit der sie einen wichtigen Teil des Auftrags abdecken.

Die präsumtive Zustandsempfängerin hat im Vergabeverfahren auch keine Befugnis für den Betrieb der Veranstaltungshalle nachgewiesen. Sie hat somit im Ergebnis keine Befugnis nachgewiesen, mit der sie einen wichtigen Teil des Auftrags selbst abdeckt. Eine Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, als Generalunternehmerin ihr Letztangebot legen zu dürfen, ist somit im

Vergabeverfahren nicht nachgewiesen. Das Vorliegen einer Befugnis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin, welches rechtlich eine Grundlage darstellen könnte, als Generalunternehmerin die Gesamtleistung anbieten zu können, wird weder von der Antragsgegnerin noch von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin behauptet.

Vielmehr hat die Antragsgegnerin durch das von ihr selbst vorgelegte Rechtsgutachten noch untermauert, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin mit ihren zum Zeitpunkt der Angebotslegung vorhandenen Befugnissen keinen wichtigen Teil der von ihr angebotenen Gesamtleistung abdeckt und somit als Generalunternehmerin ihr Angebot unbefugt (§ 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994) gelegt und insoweit die gesamte Leistung an einen Subunternehmer weitergegeben hat.

Die Antragstellerin hat insoweit zu Recht geltend gemacht, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin keine ausreichende Befugnis für ihre Angebotslegung nachgewiesen hat. Die Zuschlagsentscheidung war bereits aus diesem Grund nichtig zu erklären.

Zur Stellung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Vergabeverfahren ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 114 Abs. 2 BVergG 2018 kann im Verhandlungsverfahren jeder Unternehmer, der vom öffentlichen Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt.

Gemäß § 114 Abs. 6 BVergG 2018 kann ein Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen durchgeführt werden. Eine solche Gliederung des Verhandlungsverfahrens liegt gegenständlich vor.

Die Antragsgegnerin hat detaillierte Festlegungen zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens getroffen. Diese sind bestandsfest. Sie wurden in den Feststellungen des entscheidungswesentlichen Sachverhalts in dem Umfang wiedergegeben, in dem sie entscheidungsrelevant sind.

Gegenständlich trifft es zu, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Teilnehmerin des Verhandlungsverfahrens erstmals nach Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote aufscheint und in dieser Phase neben der Bietergemeinschaft, die noch als Teilnehmerin des Vergabeverfahrens gelistet ist, als zusätzliche Teilnehmerin des Vergabeverfahrens auftritt. Rein technisch gesehen wären somit sowohl die Bietergemeinschaft als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin in der Lage gewesen, jeweils ein Letztangebot abzugeben. Erst mit der tatsächlichen Abgabe der Letztangebote ist im Vergabeverfahren sichtbar geworden, dass die Bietergemeinschaft kein Letztangebot abgegeben hat, die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch ein Angebot als Einzelunternehmerin abgegeben hat.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag vorbringt, es habe unzulässiger Weise ein für das Vergabeverfahren nicht zugelassener Bieter ein Letztangebot abgegeben, so ist sie mit diesem Vorbringen im Recht. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist nicht aus einer Änderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft als deren Rechtsnachfolger hervorgegangen, sondern wie oben dargestellt in der Letztangebotsphase als Einzelunternehmerin neben die Bietergemeinschaft getreten.

Etwaige bestandsfeste Festlegungen, die es allenfalls ermöglicht hätten, dass neben den für die Abgabe der Letztangebote zugelassenen Bietergemeinschaften auch an diesen Bietergemeinschaften beteiligte Einzelunternehmer als solche Letztangebote abgeben dürften, bestehen nicht.

Die Zuschlagsentscheidung war daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Doch auch dann, wenn man mit der Antragsgegnerin von einer Umgestaltung der Bietergemeinschaft, welcher die präsumtive Zuschlagsempfängerin angehört hat, ausgehen sollte, wäre damit für die Antragsgegnerin insoweit nichts gewonnen, als die bestandsfesten Festlegungen der Antragsgegnerin einer solchen Umgestaltung der Bietergemeinschaft entgegen gestanden wären.

Da es gegenständlich um die Phase nach erfolgter Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote geht, sind zur Beantwortung dieser Frage die Festlegungen der Antragsgegnerin in Punkt 1.10 Bietergemeinschaften/Subunternehmer/Patronatsgeber einschlägig. Um überhaupt zu einer solchen Umgestaltung der Bietergemeinschaft, der die präsumtive Zuschlagsempfängerin angehört hat, gelangen zu können, müsste man freilich zunächst die gegenständliche vorliegende Tatsache außer Acht lassen, dass die Bietergemeinschaft neben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergabeverfahren geblieben ist und somit sowohl die Bietergemeinschaft, in welcher Zusammensetzung auch immer, als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Letztangebot hätten abgeben können.

Für den Fall der Umgestaltung einer Bietergemeinschaft sehen die ausführlichen Festlegungen der Antragsgegnerin unter Punkt 1.10. Bietergemeinschaften/Subunternehmer/Patronatsgeber die Möglichkeit gerade nicht vor, dass aus der Bietergemeinschaft alle Mitglieder bis auf eines ausscheiden und lediglich ein Einzelunternehmen verbleibt. Vielmehr sieht diese Festlegung ausdrücklich vor, dass Bieter- bzw. Bietergemeinschaften ihre Angebote grundsätzlich in der Zusammensetzung abzugeben haben, in der sie zur Angebotslegung eingeladen wurden, und treffen die im weiteren Verlauf festgelegten Ausnahmen von dieser Festlegung auf den Anlassfall nicht zu.

In diesem Zusammenhang ist weiters auszuführen, dass nach der zitierten Festlegung aus der Bietergemeinschaft das Mitglied nicht ausscheiden darf, das die Eignungsreferenz oder die Auswahlreferenz beigesteuert hat. Auch der Patronatsgeber, der die Eignungsreferenz oder die Auswahlreferenz beigesteuert hat, darf nicht ausscheiden. Auch ein Austausch eines solchen Mitglieds oder Patronatsgebers ist gemäß der ausdrücklichen Festlegung der Antragsgegnerin nicht zulässig.

Im Anlassfall erfolgt jedoch gerade ein solcher Wegfall bzw. Austausch. Rechnet man den Beitrag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Teilnahmeantrag der Bietergemeinschaft als Eignungsreferenz, so wird die Auswahlreferenz ausgetauscht. Damit fällt das Mitglied der Bietergemeinschaft weg, das die Auswahlreferenz beigetragen hat. Auch der Patronatsgeber, der die

Auswahlreferenz beigetragen hat, fällt weg. Eine Umgestaltung der Bietergemeinschaft dahingehend, dass das Mitglied wegfällt, das die Auswahlreferenz beigetragen hat, wird jedoch gerade durch die zit. bestandsfeste Festlegung der Antragsgegnerin ausdrücklich ausgeschlossen. Auch ein Austausch der betreffenden Patronatsgeberin wird durch diese Festlegung ausdrücklich ausgeschlossen.

Die gleiche Argumentation trifft auch auf den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch die zitierte Bietergemeinschaft zu. Auch hier wurden die als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erforderlichen Umsatzzahlen über ein anderes Mitglied der Bietergemeinschaft und über deren Patronatsgeber nachgewiesen. Auch hier schließt bereits der Wortlaut der Festlegungen der Antragsgegnerin ein Ausscheiden oder einen Austausch des betreffenden Mitglieds der Bietergemeinschaft sowie des betreffenden Patronatsgebers ausdrücklich aus.

Im Anlassfall kommt es somit durch das Auftreten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – selbst unter Außerachtlassung der Tatsache, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin als zusätzliche Bieterin aufgetreten ist - genau zu dem von den Festlegungen der Antragsgegnerin ausgeschlossenen Wegfall des Mitglieds der Bietergemeinschaft, welches den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erbracht hat, sowie auch zum gleichfalls ausgeschlossenen Wegfall bzw. Austausch des diesbezüglichen Patronatsgebers.

Die dabei jeweils angewandte Textpassage der betreffenden Festlegung lautet:

„1.10 Bietergemeinschaften/Subunternehmer/Patronatsgeber

*(...) Das Unternehmen, dass die Unternehmensreferenzen gemäß Punkt 4.4.1 der Teilnahmeunterlage für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit und/oder die Auswahl beigebracht hat oder für die Erfüllung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 4.3 der Teilnahmeunterlage benannt wurde, darf nicht als Bieter bzw. Mitglied der Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer bzw. Patronatsgeber ausscheiden oder ausgetauscht werden.
(...).“*

Wenn die Antragsgegnerin argumentiert hat, ihre Festlegungen für die Abgabe der Letztangebote würden das Ausscheiden sowie den Austausch einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften zulassen und die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Rahmen der Festlegungen der Antragsgegnerin einen solchen Austausch von Mitgliedern vorgenommen, so ist der Antragsgegnerin entgegen zu halten, dass sie in ihrer Festlegung für die Abgabe der Letztangebote im Detail geregelt hat, welche Veränderungen in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft zulässig sind und welche nicht.

Die maßgebliche Textpassage lautet:

„Ändert sich die Zusammensetzung des Bieters bzw. der Bietergemeinschaft darf, wie bereits festgelegt, durch das Hinzuziehen oder den Austausch einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft oder von Subunternehmern bzw. Patronatsgebern keine Wettbewerbsbeeinträchtigung oder Wegfall der Eignung erfolgen. Das Unternehmen, dass die Unternehmensreferenzen gemäß Punkt 4.4.1 der Teilnahmeunterlage für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit und/oder die Auswahl beigebracht hat oder für die Erfüllung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 4.3 der Teilnahmeunterlage benannt wurde, darf nicht als Bieter bzw. Mitglied der Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer bzw. Patronatsgeber ausscheiden oder ausgetauscht werden. Ein Austausch oder Wegfall dieses Bieters, Mitglied der Bietergemeinschaft bzw. Subunternehmers bzw. Patronatsgebers führt zum Ausscheiden des Letztangebots. Es muss bei einem Austausch, Hinzutritt oder einem Ausscheiden eines Mitglieds der Bietergemeinschaft oder eines Subunternehmers bzw. Patronats Gebers in jedem Fall sichergestellt sein, dass die Eignung erhalten bleibt und dadurch keine Auswirkungen auf die Auswahl entstehen (siehe Festlegung der Eignung 7.4.2023).“

Der Wortlaut dieser Festlegung ist dahingehend eindeutig, dass in dieser Phase des Vergabeverfahrens nur mehr solche Unternehmen einer Bietergemeinschaft wegfallen oder ausgetauscht werden dürfen, die mit dem Teilnahmeantrag der Bietergemeinschaft weder die Referenz für den Eignungsnachweis noch die Referenz für die Auswahl noch den Nachweis der Umsätze für die finanzielle und

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beigebracht haben. Soweit eine Bietergemeinschaft über Mitglieder verfügen sollte, auf die diese Voraussetzungen zutreffen, dürfen diese Mitglieder auch noch mit der Abgabe des Letztangebotes ausgetauscht werden oder wegfallen. Einen Wegfall oder Austausch auch anderer Mitglieder der Bietergemeinschaft in dieser Phase des Vergabeverfahrens hat die Antragsgegnerin jedoch ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Fragen, ob eine so weitgehende Einschränkung der Zulässigkeit von Veränderungen in der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften sinnvoll sowie allenfalls auch rechtmäßig ist und ob die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen einschließlich der Rechtsprechung des EuGH allenfalls weitergehende Änderungen in der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften zulassen würde, sind gegenständlich nicht zu prüfen, weil die bestandsfeste Festlegung der Antragsgegnerin und deren eindeutiger objektive Erklärungswert diesbezüglich vorgehen. Einerseits wäre es der Antragsgegnerin offen gestanden, diesbezüglich auch eine weniger restriktive Festlegung treffen zu können. Andererseits wäre es den Teilnehmern des Vergabeverfahrens offen gestanden, gegen diese Festlegung zeitgerecht einen Nachprüfungsantrag einzubringen. Mit dem erfolgten Eintritt der Bestandsfestigkeit sind sowohl die Antragsgegnerin als auch die Teilnehmer des Vergabeverfahrens an diese Festlegung gebunden und wäre eine „Korrektur“ dieser Festlegung allenfalls über einen Widerruf des Vergabeverfahrens mit nachfolgender Neuausschreibung möglich.

Die Antragsgegnerin hat sich im Nachprüfungsverfahren auch auf ihre allgemeinen Festlegungen zur Eignung vom 7.4.2023 und insbesondere darauf berufen, dass diesen Festlegungen zu Folge eine Ergänzung der Eignung und der Eignungsnachweise zulässig sei und damit auch weitergehende Änderungen in der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften zulässig sein sollen als vorhin ausgeführt.

Die entsprechende Textpassage in der Festlegung vom 7.4.2023 lautet:

„1. ALLGEMEINE FESTLEGUNGEN ZUR EIGNUNG

Gemäß Punkt 1.5 der Teilnahmeunterlage wird es den Bietern ermöglicht, ihre Eignung zu ergänzen, eine Bildung von Bietergemeinschaften oder die

Heranziehung bzw. den Austausch einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften bzw. Subunternehmern oder Patronatsgebern bis zur Aufforderung der Abgabe der Letztangebote anzuzeigen.“

Dazu ist festzuhalten, dass die hier angesprochenen Möglichkeiten ausdrücklich nur „bis zur Aufforderung der Abgabe der Letztangebote“ gelten und bis zu diesem Zeitpunkt entsprechende Änderungen in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft der Antragsgegnerin anzuzeigen waren. Im Anlassfall geht es jedoch um Änderungen in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft, die erst nach der Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote erfolgt sind. Die entsprechende Textpassage ist daher bereits aus zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar, weil sie lediglich die Phase bis zur Aufforderung der Letztangebote betrifft, nicht jedoch die Phase nach erfolgter Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote.

Die Festlegungen der Antragsgegnerin für die Abgabe der Letztangebote enthält dazu folgende Textpassage:

„(...) In diesem Zusammenhang wird auf die Festlegung zur Eignung am 7.4.2023 verwiesen, wonach eine Bildung von Bietergemeinschaften oder die Heranziehung bzw. der Austausch einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften (...) bis längstens zum Ende der Letztangebotsfrist angezeigt werden kann.“

Aus dem Wortlaut dieser Festlegung geht ausdrücklich hervor, dass durch sie die Festlegung zur Eignung vom 7.4.2023 nicht abgeändert wird, sondern lediglich eine unzutreffende Wiedergabe des Zeitpunktes erfolgt, bis zu dem eine solche Änderung in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft angezeigt werden kann. Wäre eine Änderung beabsichtigt gewesen, so hätte dies etwa dahingehend zum Ausdruck gebracht werden müssen, dass die zitierte Festlegung „dahingehend abgeändert wird, dass“. Der Wortwahl „wird auf die Festlegung (...) verwiesen, wonach“ lässt nach ihrem objektiven Erklärungswert einen Willen der Antragsgegnerin, die verwiesene Bestimmung abzuändern, nicht erkennen.

Darüber hinaus schließen auch bereits die Festlegungen der Antragsgegnerin zur Eignung vom 7.4.2023 solche Veränderungen in der Zusammensetzung von

Bietergemeinschaften ausdrücklich aus, bei denen Mitglieder der Bietergemeinschaft oder Patronatsgeber ausgetauscht werden sollen, die mit dem Teilnahmeantrag entweder die Eignungsreferenz oder die Auswahlreferenz oder den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erbracht haben. Die betreffende Textpassage in dieser Festlegung lautet:

„(...) Wie bereits festgelegt, darf durch das Hinzuziehen oder den Austausch einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft oder von Subunternehmern bzw. Patronatsgebern keine Wettbewerbsbeeinträchtigung oder Wegfall der Eignung erfolgen. Das Unternehmen, das die Unternehmensreferenzen gemäß Punkt 4.4.1 der Teilnahmeunterlage für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit und/oder die Auswahl beigebracht hat oder für die Erfüllung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 4.3 der Teilnahmeunterlage benannt wurde, darf nicht als Bieter bzw. Mitglied der Bietergemeinschaft oder als Subunternehmer bzw. Patronatsgeber ausscheiden oder ausgetauscht werden. Ein Austausch oder Wegfall dieses Bieters, Mitglieds der Bietergemeinschaft bzw. Subunternehmers bzw. Patronatsgebers führt zum Ausscheiden des Letztangebots. Es muss bei einem Austausch, Hinzutritt oder einem Ausscheiden eines Mitglieds der Bietergemeinschaft oder eines Subunternehmers bzw. Patronatsgebers in jedem Fall sichergestellt sein, dass die Eignung erhalten bleibt und dadurch keine Auswirkungen auf die Auswahl entstehen (vgl. dazu die Beantwortung von Frage 10 der konsolidierten Fragebeantwortung vom 18.2.2022).“

Die Antragsgegnerin hat ihre eigene Festlegung offenbar - wenn ihrem diesbezüglichen Vorbringen in der mündlichen Verhandlung gefolgt wird - dahingehend ausgelegt, dass das Unternehmen, welches für die Bietergemeinschaft die Auswahlreferenz vorgelegt hat, dann ausgetauscht werden dürfe, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch ohne Auswahlreferenz in die Letztangebotsphase gelangt wäre. Die Antragsgegnerin hat überprüft, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese Anforderung erfüllt. Dies war unter der Voraussetzung gegeben, dass man die zuerst vorgelegte Referenz mit der Nummer 1 als Auswahlreferenz und die mit der Nummer 2 vorgelegte Referenz als Eignungsreferenz wertet. Würde man hingegen der Nummerierung durch die Bietergemeinschaft in ihrem Teilnahmeantrag folgen, so hätte die präsumtive

Zuschlagsempfängerin lediglich eine Auswahlreferenz, aber keine Eignungsreferenz vorgelegt.

Die von der Antragsgegnerin herangezogene Auslegung ihrer eigenen Festlegung ist jedoch mit dem Wortlaut ihrer Festlegung nicht vereinbar. Aus dem Wortlaut der Festlegung geht ausdrücklich hervor, dass das Unternehmen, das die Eignungsreferenz oder die Auswahlreferenz für den Teilnahmeantrag vorgelegt hat, nicht ausscheiden darf und nicht ausgetauscht werden darf. Der ausdrückliche Wortlaut der Festlegung der Antragsgegnerin steht daher der erfolgten Änderung in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft zwingend entgegen.

Wenn die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung argumentiert hat, ihre bestandsfeste Festlegung, wonach das Mitglied einer Bietergemeinschaft, das mit dem Teilnahmeantrag die Eignungsreferenz und/oder die Auswahlreferenz beigebracht hat, nicht ausscheiden oder nicht ausgetauscht werden dürfe, dürfe man nicht im Sinne des Wortlautes auslegen, weil man sonst der Möglichkeit, dass Bieter ihre Eignungsnachweise ergänzen können, jeglichen Anwendungsbereich nehmen würde, dann ist dem Folgendes entgegen zu halten:

Zum einen geht genau dieser von der Antragsgegnerin in Abrede gestellte Bedeutungsinhalt aus dem insoweit klaren und eindeutigen Wortlaut der in Rede stehenden Festlegung hervor. Die Festlegung sagt ausdrücklich, dass das betreffende Mitglied der Bietergemeinschaft nicht ausscheiden und nicht ausgetauscht werden darf.

Zum anderen trifft es auch nicht zu, dass durch diese Festlegung Möglichkeiten der Bieter, ihre Eignungsnachweise ergänzen zu können, jeglicher Anwendungsbereich entzogen wäre. Eine solche Ergänzung kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn sich die Eignung eines Mitglieds der Bietergemeinschaft während des Vergabeverfahrens verschlechtern sollte und durch die Ergänzung der Eignungsnachweise belegt wird, dass sich mit dieser Verschlechterung am Vorliegen der Eignung insgesamt nichts ändert. Auch eine breitere Absicherung des Nachweises der Eignung, um etwaigen künftigen Verschlechterungen der Eignung bei einzelnen Mitgliedern eine mögliche Relevanz zu nehmen, bliebe demnach möglich.

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin war daher auch aus diesem Grund nicht rechtmäßig Bieterin in der Letztangebotsphase. Die von der Antragstellerin diesbezüglich behauptete Rechtswidrigkeit, wonach die präsumentive Zuschlagsempfängerin nicht rechtmäßig Bieterin im Vergabeverfahren sei, trifft daher zu. Die Zuschlagsentscheidung war aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Was die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit betrifft, wurde diese im Teilnahmeantrag der Bietergemeinschaft durch ein anderes Mitglied als die präsumentive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen und hat die präsumentive Zuschlagsempfängerin mit ihrem Letztangebot nachgewiesen, dass auch sie selbst über die Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt. Es ist somit das Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeschieden, das mit dem Teilnahmeantrag den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erbracht hat.

Die Antragsgegnerin hat die von ihr behauptete Zulässigkeit eines solchen Wechsels in der Zusammensetzung der ehemaligen Bietergemeinschaft wiederum damit begründet, dass gemäß der bestandsfesten Festlegung zur Eignung vom 7.4.2023 eine Ergänzung des Eignungsnachweises zulässig sei.

Dazu ist auch hier auszuführen, dass der Festlegung zur Eignung vom 7.4.2023 zu Folge ein Wechsel in der Zusammensetzung der ehemaligen Bietergemeinschaft bis zur Aufforderung der Abgabe der Letztangebote anzuzeigen war. Die entsprechende Änderung in der Zusammensetzung der ehemaligen Bietergemeinschaft ist jedoch erst nach der Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote erfolgt. Die Festlegung in der „Ausschreibungsunterlage Letztangebotsphase“ enthält diesbezüglich – wie bereits zur Frage der technischen Leistungsfähigkeit ausgeführt wurde - zunächst die Festlegung, dass Bieter bzw. Bietergemeinschaften ihre Angebote in der Zusammensetzung abzugeben haben, in der sie zur Angebotslegung eingeladen worden sind. In weiterer Folge enthält diese Festlegung einen Verweis auf die Festlegung zur Eignung vom 7.4.2023, *„wonach eine Bildung von Bietergemeinschaften oder die Heranziehung bzw. der Austausch einzelner Mitglieder von Bietergemeinschaften bzw. Subunternehmern*

oder Patronatsgebern bis längstens zum Ende der Letztangebotsfrist angezeigt werden kann.“ Wie bereits zur Frage der technischen Leistungsfähigkeit ausgeführt worden ist, hat diese Formulierung auf Grund des insoweit eindeutigen Wortlautes den objektiven Erklärungswert eines Verweises mit offenkundig unzutreffender Wiedergabe des verwiesenen Inhaltes, nicht aber den objektiven Erklärungswert einer Abänderung der verwiesenen Bestimmung. Der in der Festlegung zur Eignung vom 7.4.2023 festgelegte Zeitpunkt, bis zu dem die angesprochenen Änderungen in der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft anzuzeigen sind, bleibt damit unverändert die Aufforderung zur Abgabe der Letztangebote.

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin war daher auch aus diesem Grund nicht rechtmäßig Bieterin in der Letztangebotsphase. Die von der Antragstellerin diesbezüglich behauptete Rechtswidrigkeit, wonach die präsumentive Zuschlagsempfängerin nicht rechtmäßig Bieterin im Vergabeverfahren sei, trifft daher zu. Die Zuschlagsentscheidung war aus diesem Grunde für nichtig zu erklären.

Zu den Pauschalgebühren ist zu bemerken, dass sich diese gemäß § 2 Abs. 3 Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 für Bauaufträge im Oberschwellenbereich bemisst. Der Antragstellerin hat die Pauschalgebühren im gesetzlich vorgeschriebenen Ausmaß entrichtet. Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag obsiegt hat, hat sie gemäß § 15 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin. Ihrem diesbezüglichen Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin war daher spruchgemäß stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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.

Dr.ⁱⁿ Lettner