



# 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-123/061/30756/2014-18  
T. GmbH

Wien, 11.12.2014

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine RichterInnen Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Mag.<sup>a</sup> Schreiner-Hasberger als Berichterin und Dr. Neumann als Beisitzer über die Beschwerde der T. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, Antrag auf Nichtigkeitklärung der „Nicht-Zulassung zur Teilnahme“ betreffend das Vergabeverfahren "Wäscheversorgung H.-spital und KH E. Wien" durch die H.-spital GmbH, Wien, N.-gasse und die KH E. GmbH, Wien, L.-straße, als Auftraggeberin, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung am 11.12.2014 durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag der T. GmbH auf Nichtigkeitklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 3.9.2014 wird stattgegeben.

II. Dem Antrag auf Erstattung der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben und der Antragsgegnerin die Erstattung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 3.000,- zu Händen des Antragstellervertreeters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen, aufgetragen.

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

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2, 11, 13, 16, 20, 22 Abs. 1 und Abs. 2, 26 WVRG 2014 iVm §§ 2 Z 16 lit. a sublit. dd, 3 Abs. 1, 6, 68, 103 BVergG 2006

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

### I. Zuständigkeit:

Gemäß § 7 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Die gegenständliche Beschwerde enthält einen Antrag auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung zur Teilnahme sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Gemäß § 7 Abs. 1 und Abs. 2 WVRG 2014 ist daher die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde gegeben.

Die Zuständigkeit des Senates ergibt sich aus § 2 Abs. 4 WVRG 2014.

## II. Zur Sache:

Verfahrensgang:

Die Auftraggeberin H.-spital GmbH, Wien, N.-gasse und KH E. GmbH, Wien, L.-straße, führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach den Bestimmungen des BVergG 2006 betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Wäscheversorgung im H.-spital und im KH E. Wien im Oberschwellenbereich durch.

Vergebende Stelle ist die Firma K. in M., P.

Am 25.7.2014 erfolgte die Veröffentlichung im Supplement zum ABl 2014/S 141-253297. Die Auftraggeberin beabsichtigt, die Wäscheversorgung und die Wäschereinigung durch einen externen Dienstleister erbringen zu lassen. Voraussichtlicher Beginn des Dienstleistungsauftrages soll Februar 2015 sein, die Vertragsdauer ist mit 5 Jahren angesetzt. Die Teilnahmeantragsfrist endete mit 25.8.2014, 10:00 Uhr.

Die Antragstellerin, die T. GmbH gab im Verfahren (fristgerecht) einen Teilnahmeantrag ab.

Der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 3.9.2014 mitgeteilt, dass sie nicht für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen werde. Begründend wurde ausgeführt, die Ausschreibungsunterlagen würden als zwingendes Mindestkriterium hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis eines Referenzprojektes mit einem Auftragswert von EUR 0,4 Mio pro Jahr vorsehen und würden die vorgelegten Referenzen den geforderten Auftragswert

nicht erreichen. Da sie die Eignung nicht erfüllen würde, könne die Bewerberin bei der weiteren Bewerbung nicht berücksichtigt werden.

Mit der am 15.9.2014, 11:32 Uhr, per E-Mail beim Verwaltungsgericht eingelangten Beschwerde begehrt die Antragstellerin die Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 3.9.2014 für nichtig zu erklären, den Ersatz der von ihr für den Antrag entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der der Auftraggeberin die Fortsetzung des Vergabeverfahrens, die Aufforderung zur Angebotslegung, die Angebotsöffnung und die Zuschlagserteilung untersagt werden soll.

Mit Beschluss vom 24.9.2014, GZ.VGW-123/V/061/30790/2014, gab das Verwaltungsgericht Wien dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung statt und untersagte die Fortsetzung des Vergabeverfahrens.

In dieser Angelegenheit führte das Verwaltungsgericht Wien am 11.12.2014 eine öffentliche, mündliche Verhandlung durch. Im Anschluss wurde das Erkenntnis mündlich verkündet.

#### Vorbringen:

Die Antragstellerin bringt zusammengefasst vor, sie erfülle sowohl die Eignungskriterien als auch die „Auswahlkriterien“. Sie habe im Ergebnis die Teilnahmeunterlagen falsch verstanden und sei davon ausgegangen, dass die Referenzen „zusammengezählt“ würden. Sie habe, nachdem sie von der Nichtzulassung zur Teilnahme erfahren habe, um die „Umdeutung ihrer Auftragsreferenz- Auswahl P.“, die sie mit Formblatt 9 vorgelegt habe, als „Auftragsreferenz- Eignung“ (welche mit Formblatt 8 vorzulegen gewesen wäre), ersucht. Sie habe am 3.9.2014 eine „Referenz- Auswahl“, datiert vom 3.8.2014, ersatzbeglaubigt durch den Bewerber T. hinsichtlich des B. vorgelegt. Der Auftragswert dieser Referenz betrage EUR 1.2\*\*.\*\*\*,\*\* pro Jahr. Es handle sich hier um einen verbesserungsfähigen Mangel, die materielle Wettbewerbsstellung der Antragstellerin würde sich durch die „Umdeutung“ bzw. die Nachreichung

einer bereits vorgelegten Referenz gegenüber anderen Bewerbern nicht verbessern.

Verwiesen werde auf die Rechtsprechung zu den Eignungskriterien (BVA vom 08.04.2009, N/0016-BVA/04/2009-15). Es handle sich im Ergebnis um eine Eigenschaft, die zum maßgeblichen Zeitpunkt bereits vorhanden gewesen sei. Der Bewerber könne diese Eigenschaft auch nicht durch das Ergänzen von Formularen ändern, um sich so einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen. Verwiesen werde auch auf die Rechtsprechung zu Referenzmängeln im Zusammenhang mit den Auswahlkriterien (BVA vom 16.11.2009, N/0106-BVA/05/2009-22; VKS Wien vom 16.09.2010, VKS-7278/10). Im Hinblick darauf, dass einem Bewerber durch eine Verbesserung kein maßgeblicher zeitlicher Vorteil für die Angebots- bzw. Teilnahmeantragsausarbeitung eingeräumt werden solle, sei darauf verwiesen, dass die Antragstellerin durch ihren Irrtum im Ergebnis einen zeitlichen Nachteil erlitten habe.

Die Antragsgegnerin bringt zusammengefasst vor, die Ausschreibungsunterlagen würden als zwingendes Mindestkriterium hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis eines Referenzprojektes mit einem Auftragswert von EUR 0,4 Millionen/Jahr vorsehen und würden die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen den geforderten Auftragswert nicht erreichen. Da sie die Eignung nicht erfüllen würden, könne die Bewerberin bei der weiteren Bewerbung nicht berücksichtigt werden. Von der Antragstellerin nachgereichte Unterlagen könnten nicht berücksichtigt werden. Andere als die dem fristgerechten Teilnahmeantrag beigelegten Nachweise (...) dürfe der Auftraggeber nämlich aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bieter nicht berücksichtigen.

Für die Eignung sei mindestens ein Referenzprojekt nachzuweisen gewesen, dieses Referenzprojekt habe einen Auftragswert von zumindestens EUR 0,4 Millionen netto haben und das Auftragsverhältnis zumindest ein Jahr bestehen müssen, schließlich habe der Bewerber die Mindestreferenz in dem dafür vorgesehenen Formular 8 nachweisen müssen. Dieser Anforderung sei die Antragstellerin nicht nachgekommen, sie habe zwar zwei Auftragsreferenzen jeweils auf Formular 8 nachgewiesen, beide hätten aber den Mindestauftragswert

von mindestens EUR 0,40 Millionen nicht erreicht. Das Verlangen, dass das Referenzprojekt zumindest einen Auftragswert von EUR 0,4 Millionen aufweisen sollte, sei berechtigt. Dies deshalb, da es andernfalls ein Bewerber in der Hand gehabt hätte, z.B. 10 Referenzprojekte mit jeweils einem Auftragswert von etwa EUR 40.000,- vorzuweisen. Dies hätte dazu geführt, dass Unternehmen derart eine Eignung nachweisen hätten können, die tatsächlich keine Eignung für ein größeres Projekt - wie das ausgeschriebene - aufweisen. Diese festgelegten Grenzen seien aus Gründen der Gleichbehandlung bei allen Teilnahmebewerbern zu beachten. Das Verlangen, dass die Mindestreferenz in Formular 8 nachzuweisen sei, sei eine sachgerechte Formalisierung, da dadurch vermieden würde, dass die Antragsgegner aus einem nicht strukturierten Teilnahmeantrag Daten entnehmen müssten, die sie möglicherweise missverstünden. Ein Absehen von dieser Anforderung würde gegen die Gleichbehandlung verstoßen, zumal diese Anforderung offensichtlich zumutbar sei, hätten doch alle anderen Teilnahmebewerber dieser Anforderung entsprochen.

In Punkt 4.1 der Ausschreibung sei festgelegt gewesen, dass aus den geeigneten Bewerbern die drei nach Punkten Besten für die zweite Stufe ausgewählt würden. Es seien Auswahlkriterien festgelegt worden. Eines der Auswahlkriterien sei eine Auftragsreferenz gewesen. Für diese Auftragsreferenz hätten 4, 8, 12, 16 oder 20 Punkte erreicht werden können.

Punkt 4.1 der Ausschreibung laute wie folgt: *„Der Bieter erhält für eine Auftragsreferenz, abhängig vom Auftragsvolumen pro Jahr im Referenzprojekt gemäß unten angeführter Tabelle Punkte. Der Auftrag müsse bereits über mindestens ein Jahr und ungekündigt weiterbestehen oder über drei Kalenderjahre gelaufen sein. ... Im Rahmen des Auswahlverfahrens würden die Eignungsreferenzen nicht berücksichtigt. Die Nennung derselben Referenz als Auswahlkriterium sei zulässig.“*

Daraus erfolge, dass auch für die Auswahl zumindest eine Auftragsreferenz vorzulegen gewesen sei, die - je nach Auftragssumme - Punkte ergebe. Es sei ausdrücklich angeführt, dass im Rahmen des Auswahlverfahrens die Eignungsreferenzen nicht berücksichtigt würden, die Nennung derselben Referenz als Auswahlkriterium aber zulässig sei. Schon daraus habe die

Antragstellerin erkennen können, dass die Referenzeignung und die Referenzauswahl getrennt zu erbringen gewesen wären, wenngleich dieselben Unternehmen angeführt werden durften.

Die Antragstellerin habe zwei zulässige Eignungsreferenzen Auswahl vorgelegt. Nach dem klaren Text der Ausschreibung sei jedoch gefordert gewesen, dass eine Auftragsreferenz vorgelegt und diese mit Punkten versehen werde. Das mehrere Auftragsreferenzen Auswahl vorgelegt würden, sei zwar zulässig, führe aber nicht dazu, dass die Auftragssummen addiert würden (für die Vergabe der Punkte). Dies wäre nur dann zulässig, wenn dies so ausgeschrieben worden wäre, was tatsächlich aber nicht der Fall sei.

Durch die Zusammenzählung der durch die Antragstellerin vorgelegten Auftragsreferenzen Auswahl seien die anderen Bewerber, die allesamt Auftragsreferenzen Auswahl in der Weise vorgelegt hätten, dass sie die maximale Punkteanzahl erreichten, beschwert, weil dadurch ein Bewerber, der diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ebenfalls in die 2. Stufe gekommen wäre. Es sei zwar richtig, dass die Antragstellerin ihren Teilnahmeantrag eine umfangreiche Referenzliste beigeschlossen habe, diese umfangreiche Referenzliste umfasse jedoch nur die Firmen der Unternehmen, nicht aber deren Adressen, das Auftragsvolumen, die Dauer der Geschäftsbeziehung und die anderen, jeweils für die Formulare 8 und 9 erforderlichen Angaben. Auch Bestätigungen seien nicht enthalten gewesen.

Die Antragsgegner hätten - den Bestimmungen des Vergabegesetzes entsprechend - die Teilnahmeantrag bis zum Ende des Abgabeschlusses nicht und dann gemeinsam geöffnet. Die Möglichkeit, ein Verbesserungsverfahren durchzuführen, sei im vorliegenden Fall nicht gegeben gewesen, da die Antragsgegnerin davon ausgehen habe müssen, dass die Antragstellerin bewusst die Auftragsreferenz Eignung auf Formular 8 und die Auftragsreferenz Auswahl auf Formular 9 so und nicht anders ausgefüllt habe und ebenso bewusst keine anderen Vertragspartner anzugeben gedacht habe. Aus welchem Grund dies die Antragstellerin getan habe, sei für die Antragsgegnerin nicht zu hinterfragen gewesen.

Das Nachreichen einer Auftragsreferenz, im gegenständlichen Fall betreffend den Antrag „B.“, sei unzulässig und die Zulassung dieser Nachreichung hätte die anderen Teilnahmebewerber benachteiligt. Generell zum Nachreichen von Nachweisen sei auf die Ausführungen von Öhler/Schramm im Kommentar zum Bundesvergabegesetz, Rz 27 zu § 103 zu verweisen: „Andere als die dem fristgerechten Teilnahmeantrag beigelegten Nachweise dürfe der Auftraggeber aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung aller Bewerber nicht berücksichtigen“. Dies stimme mit der von der Antragstellerin genannten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes 2003/04/0186 überein, die keineswegs zur Untermauerung der Rechtsansicht der Antragstellerin herangezogen werden könne.

In ihrer Stellungnahme vom 13.10.2014 wendet die Antragstellerin dazu Folgendes ein:

Zur Behebbarkeit verweise sie zunächst auf die ohnedies weitgehend erschöpfenden Erläuterungen in ihrem Nachprüfungsantrag. Lediglich mit Blick auf die nunmehrige Entgegnung der Auftraggeber werde dazu ergänzend folgendes vorgebracht: Wenn die Auftraggeber ausführten, es sei keine Möglichkeit gegeben gewesen, ein Verbesserungsverfahren durchzuführen, da die Auftraggeber „davon ausgehen mussten, dass die Antragstellerin bewusst die Auftragsreferenz Auswahl auf Formular 9 so und nicht anders ausgefüllt habe und ebenso bewusst keine anderen Vertragspartner anzugeben gedachte“, sei dieser Standpunkt schon allein deshalb unverständlich, weil demnach sämtliche Mängel - im Widerspruch zu den vergaberechtlichen Vorgaben - unbehebbar wären. Dazu käme, dass gerade im vorliegenden Fall für die Auftraggeber völlig klar sein müsste, dass die von ihr in den Formblättern 8 und 9 gemachten Angaben auf einem Missverständnis beruhten. Sie hätten nämlich im Formular 8 gar keine Referenz mit dem von den Auftraggebern angeführten Mindestauftragswert angegeben (wohl aber im Formular 9), was die Auftraggeber dazu veranlasst habe, ihren Teilnahmeantrag wegen Nichterfüllung der Mindestanforderung nicht einmal zu bewerten. Es könne sicher nicht unterstellt werden, dass ein Bewerber bewusst eine derart sinnlose Bewerbung abgebe, die nicht einmal bewertet würde.

Gleiches gelte hinsichtlich der Auswahlreferenzen: Sie habe im Formblatt 9 zwei Referenzen genannt und jeweils eine Bestätigung des Referenzbeauftragten eingeholt. Bei einer Referenz habe der Auftragswert unter EUR 0,4 Millionen gelegen, sodass diese Referenz nach den Festlegungen der Ausschreibung keine Punkte erzielen habe können, also letztlich völlig sinnlos sei. Auch in diesem Zusammenhang könne nicht unterstellt werden, dass ein Bewerber bewusst solche sinnlosen Referenzen vorlege. Dazu käme, dass sie in ihrem Teilnahmeantrag eben auch eine weitere Referenzliste mit weiteren Referenzgebern beigeschlossen habe, sodass die Auftraggeber umso mehr die Möglichkeit in Betracht ziehen haben müssen, dass sie in den Formblättern 8 und 9 bei zutreffendem Verständnis der Ausschreibung auch andere Referenzen angegeben hätten. Nach alledem hätten die Auftraggeber keinesfalls davon ausgehen müssen, dass sie den Teilnahmeantrag bewusst so vorgelegt hätten, dass dieser von den Auftraggebern letztlich berücksichtigt würde. Unverständlich sei auch der Hinweis der Auftraggeber, wonach diesen diesbezüglich Detektivarbeit zugemutet würde. Abgesehen davon, dass die vorliegenden Formalfehler und Missverständnisse betreffend die Bewertung leicht erkennbar gewesen seien, hätte ein kurzes Telefonat oder Aufklärungsschreiben genügt, um sie zu einer Verbesserung anzuleiten.

Ebenso wenig überzeuge die Darlegung der Auftraggeberin, wonach sich die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin materiell verbessern würde, weil damit eine zunächst nicht vorhandene Eignung und damit die theoretische Möglichkeit der Erreichung der 2. Stufe erlangt werde. Diese Ausführung sei schon deshalb unzutreffend, weil jede Behebung eines Mangels dazu führe, dass ein zuvor mangelhaftes, also nicht zu berücksichtigendes Angebot oder ein nicht zu berücksichtigender Teilnahmeantrag doch zu berücksichtigen sei. Der Standpunkt der Auftraggeber würde also wiederum in Widerspruch zu den vergaberechtlichen Vorgaben nur dazu führen, dass sämtliche Mängel stets unbehebbar wären. Dazu käme, dass es im vorliegenden Fall eben nicht darum ginge, eine „zunächst nicht vorhandene Eignung“ zu ergänzen: Sie hätten die in dem nachgereichten Referenzblatt angeführten Leistungen zum Ende der Teilnahmefrist bereits erbracht. Der Standpunkt der Auftraggeber würde also wiederum im Widerspruch zu den vergaberechtlichen Vorgaben nur dazu führen, dass sämtliche Mängel stets unbehebbar wären. Die im Rahmen der Eignungs- und Auswahlkriterien zu

beurteilende Eignung sei zu diesem Zeitpunkt daher bereits gegeben gewesen. Ergänzt worden wäre im Fall eines Verbesserungsverfahrens lediglich der formale Nachweis dieser Eignung, nämlich durch Vorlage von ausschreibungskonform ausgefüllten Formblättern. Die Auftraggeber hätten in diesem Zusammenhang selbst darauf hingewiesen, dass es sich hierbei um eine sachgerechte Formalisierung handle. Umso mehr wäre ihnen Gelegenheit zur Verbesserung zu geben gewesen: Durch die Verbesserung hätte sich die Wettbewerbsstellung der Antragstellerin nicht materiell verbessert, sondern bloß dem in der Ausschreibung vorgegebenen Formalismus entsprochen.

Der Vorwurf, dass die - ohne Aufforderung - nachgereichte Referenz im ursprünglichen Teilnahmeantrag „nicht einmal andeutungsweise konkretisiert“ gewesen sei, sei schlicht unzutreffend. Wie schon im Nachprüfungsantrag dargelegt, hätten sie ihrem Teilnahmeantrag eine Referenzliste beigegeben, die unter anderem den Auftraggeber der nachgereichten Referenz ausweise. Richtig sei, dass weitere, zur Bewertung dieser Referenz erforderlichen Informationen, z.B. deren Auftragswert, in dieser Referenzliste nicht enthalten gewesen seien. Das ändere aber nichts daran, dass die in der nachgereichten Referenz ausgewiesenen Leistungen zum Zeitpunkt des Endes der Teilnahmefrist bereits erbracht gewesen seien und darüber hinaus die Rechtsprechung zumindest in einem solchen Fall bloß fehlender Informationen für eine im Teilnahmeantrag bereits genannte Referenz einen behebbaren Mangel annehme (siehe die bereits im Nachprüfungsantrag in Punkt 1.2.4 zitierten Entscheidungen des BVA vom 16.11.2009, N/0106-BVA/05/2009-22 und VKS Wien vom 16.09.2010, VKS-7278/10). Anzumerken sei, dass den genannten Entscheidungen aus der Rechtsprechung Fälle zugrunde lagen, bei denen Informationen nicht bloß an falscher Stelle im Teilnahmeantrag abgegeben gewesen seien, sondern vielmehr diese ebenfalls völlig fehlten. Die demgegenüber von den Auftraggebern zitierte Literaturstelle (Öhler/Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 103 Rz 27), wonach der Auftraggeber andere als dem Teilnahmeantrag beigelegte Nachweise nicht berücksichtigen dürfe, sei aus dem Zusammenhang gerissen. Die gleichen Autoren relativierten diese Aussage nämlich selbst, indem sie sich zwar nur eine Randziffer darunter erneut gegen die Nachreichung aussprechen würden, aber nur, sofern diese im Sinne der Rechtsprechung des VwGH die

Wettbewerbsstellung eines Bewerbers in Bezug auf die Auswahl materiell verbessern könnte (Öhler/Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 103 Rz 28).

### III. Sachverhaltsfeststellungen:

Die Auftraggeberin H.-spital GmbH, Wien, N.-gasse und KH E. GmbH, Wien, L.-straße, führt ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach den Bestimmungen des BVergG 2006 betreffend die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Wäscheversorgung im H.-spital und im KH E. Wien im Oberschwellenbereich durch.

Vergebende Stelle ist die Firma K. in M., P.

Am 25.7.2014 erfolgte die Veröffentlichung im Supplement zum ABl 2014/S 141-253297.

Laut Punkt 2.4. Ausgangslage und Ausschreibungsziel der Teilnahmebestimmungen, Punkt 2.4.1. Gesamtvorhaben und Projektziel beabsichtigen das H.-spital und das Krankenhaus E. in Wien die Wäscheversorgung/Wäschereinigung durch einen externen Dienstleister erbringen zu lassen. Der Umfang ist wie folgt definiert: Flachwäsche, Frottierwäsche, Decken und Pölster in Mietwäsche, Sterilwäschedienst und Bereichskleidung, Reinigungsutensilien. Das H.-spital hat sieben bettenführende Stationen und ca. 10.000 stationäre Patienten und ca. 9.000 ambulante Patienten pro Jahr. Es werden ca. 8.500 Operationen und endoskopische Eingriffe durchgeführt. Das H.-spital beschäftigt ca. 350 Personen. Das Krankenhaus E. in Wien hat sieben bettenführende Stationen und ca. 7.000 stationäre Patienten und ca. 9.400 ambulante Patienten pro Jahr. Es werden ca. 5.000 endoskopische Eingriffe durchgeführt. Das Krankenhaus E. in Wien beschäftigt ca. 300 Personen. Laut Punkt 2.4.2. Zeitlicher Ablauf ist der voraussichtliche Beginn des Dienstleistungsauftrages Februar 2015 mit einer geplanten Vertragslaufzeit von 5 Jahren.

Die Teilnahmefrist endete mit 25.08.2014 um 10:00 Uhr. Die Antragstellerin stellte vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist einen Teilnahmeantrag.

Der Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 03.09.2014 mitgeteilt, dass sie nicht für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen werde. Begründend wurde ausgeführt, die Ausschreibungsunterlagen würden als zwingendes Mindestkriterium hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit den Nachweis eines Referenzprojektes mit einem Auftragswert von EUR 0,4 Millionen/Jahr vorsehen und würden die vorgelegten Referenzen den geforderten Auftragswert nicht erreichen. Da sie die Eignung nicht erfüllen würde, könne die Bewerberin bei der weiteren Bewerbung nicht berücksichtigt werden.

Punkt 2.6.1 der TU „Verfahrensablauf Stufe“ lautet:

*„Der Auslober prüft im Eignungsverfahren die Angaben und Nachweise der Bewerber in ihren Teilnahmeanträgen, sofern diese fristgerecht eingereicht worden sind, auf Vorliegen von Ausschlussgründen und Eignungskriterien (zwingende Mindestanforderungen). Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes oder bei Nichterfüllen eines Eignungskriteriums kann der Bewerber jedenfalls nicht zur Teilnahme an der Stufe 2 eingeladen werden.“*

*Die auf Grundlage der Auswahlkriterien ausgewählten drei besten Bewerber werden zur Angebotsabgabe eingeladen.*

*Ergibt die Bewertung aufgrund von Punktegleichheit am 3. Rang mehr als 3 Bewerber, werden auch entsprechend mehr Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert.“*

Punkt 2.6.2 der TU „Verfahrensablauf Stufe 2“ lautet:

*„Der Verfahrensablauf für die 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens wird in den Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe konkret festgelegt werden. Die folgenden Informationen sollen interessierten Unternehmen einen vorläufigen Überblick über die geplante Vorgehensweise verschaffen. Der Auftraggeber behält sich ausdrückliche Änderungen im Verfahrensablauf vor. Die in die Stufe 2 gelangten Bewerber werden zur Vorstellung des Unternehmens und zur Vorstellung der Logistik für Wäscheversorgung zu einem ersten Hearing eingeladen. Nach der Vorstellungsrunde werden vom Auftraggeber die*

*Ausschreibungsunterlagen für die Abgabe des Qualitäts- und Preisangebotes übermittelt. Nach Prüfung des Qualitäts- und Preisangebotes wird mit den Bietern, welche in die 2. Stufe gelangt sind, ein zweites Hearing durchgeführt. Vom Auftraggeber wird nach dem zweiten Hearing die Ausschreibungsunterlage für das „last and final offer“ ausgesendet. Auf Basis dieser „last and final offers“ erfolgt der Zuschlag.“*

Punkt 3. Der TU „Eignungs- und Ausschlusskriterien“ lautet:

*„Zur Teilnahme berechtigt sind nur Unternehmen, die nachweislich über die Eignung (Befugnis, technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) verfügen und bei denen kein Ausschlussgrund gemäß § 68 Bundesvergabegesetz vorliegt.“*

Punkt 3.3.3.2. der TU „Technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Wäscheversorgung H.-spital und Krankenhaus E. in Wien“ lautet:

*„Ein zwingendes Mindestanforderung für die technische Leistungsfähigkeit des Bewerbers ist der Nachweis mindestens eines Referenzprojektes im Bereich Wäscheversorgung, mit folgenden Merkmalen: Auftragswert von zumindest EUR 0,40 Millionen für Wäscheversorgung und Wäschereinigung (exkl. USt) pro Jahr. Das Auftragsverhältnis muss zumindestens ein Jahr bestehen. Der Bewerber hat die Mindestreferenz in dem dafür vorgesehenen Formular 8 nachzuweisen.“*

Punkt 4.1. TU „Auswahlkriterium Auftragsreferenz“ lautet:

*„Der Bieter erhält für eine Auftragsreferenz abhängig vom Auftragsvolumen pro Jahr im Referenzprojekt gemäß unten angeführter Tabelle. Der Auftrag muss bereits über mindestens ein Jahr und ungekündigt weiterbestehen, oder über drei Kalenderjahre gelaufen sein.“*

<i>Auftragsvolumen pro Jahr</i>	<i>Punkte</i>
<i>Punktemaximum größer € 0,9 Mio. pro Jahr</i>	<i>20</i>

*Auftragssumme um € 0,1 Mio. über den € 0,4 Mio. pro Jahr.*

Je € 0,1Mio. über den € 0,4 Mio. werden je zusätzlichen Umsatz von 0,1 Mio. 4 Punkte vergeben. 4

€ 0,4 Mio. pro Jahr 0

*Im Rahmen des Auswahlverfahrens werden die Eignungsreferenzen nicht berücksichtigt.*

*Die Nennung derselben Referenz als Auswahlkriterium ist zulässig."*

Dem im Akt aufliegenden von der Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Teilnahmeantrag beigelegten „Formular 8 - Auftragsreferenz Eignung“ legte diese folgende Nachweise vor:

1. eine „Referenzliste“ (Auszug aus der Kundenliste), in der mehrere Firmennamen bzw. Namen von Unternehmen wie „Österreichische Nationalbank“, „Wiener Stadthallen Betriebs GesmbH“, aber auch „B.: ...“ u.a. ohne Adresse, Angabe des Referenzauftraggebers, Auftragsvolumen ect. aufgelistet sind.

2. Auftragsreferenz Eignung:

Auftragstitel: E. Krankenhaus, Auftragnehmer: T. GmbH, Leistungszeitraum seit 1991, Name des Auftraggebers: E. Krankenhaus, Ansprechperson: Hr. Dipl.-KH-St., MSC, Telefon: ..., Adresse: ..., Kurzbeschreibung: Versorgung des Krankenhauses mit Stationswäsche, Personalwäsche und OP-Schleusenwäsche, Auftragswert pro Jahr: EUR 38\*.\*\*\*,\*\*. Die vorgelegte Referenz, die durch den Referenzauftraggeber E. Krankenhaus Wien Gemeinnützige Betriebsges.m.b.H., Wien, ..., bestätigt wurde, datiert vom 30.07.2014.

Auftragstitel: H.-spital, Auftragnehmer: T. GmbH, Leistungszeitraum ab 1986, Name des Auftraggebers: H.-spital Wien, Ansprechperson: EHRW. SR Z., Telefon: ..., Adresse: .Wien, ..., Kurzbeschreibung: Versorgung des H.-spital mit Stationswäsche, Personalwäsche, OP-Sterilwäsche seit 1986, OP-Schleusenwäsche, Auftragswert pro Jahr: EUR 33\*.\*\*\*,\*\*. Das Formular 8 -

Auftragsreferenz Eignung datiert vom 07.08.2014 und wurde ersatzbeglaubigt durch den Bewerber T..

Den einen Bestandteil des Aktes bildenden von der Antragstellerin eingereichten Formular 9 – „Auftragsreferenz Auswahl“ zufolge legte diese als Auftragsreferenz Auswahl vor:

1. Auftragstitel: P. GmbH Auftragnehmer: T. GmbH, Leistungszeitraum seit 2008, Name des Auftraggebers: P. GmbH, ... , Ansprechperson: Mag. G., Telefon: ..., Adresse: ..., Wien, Kurbeschreibung: Versorgung des Krankenhauses mit Stationswäsche und Personalbekleidung inkl. Schrankservice, Auftragswert pro Jahr: EUR 54\*.\*\*\*,\*\*. Die Auftragsreferenzauswahl datiert mit 13.08.2014 und wurde bestätigt als Vertreter von der P. GmbH, G..

2. Auftragstitel: E. Spital, Auftragnehmer: T. GmbH, Leistungszeitraum ab 2000, Name des Auftraggebers: E. Spital Wien, Ansprechperson: Fr. Mag. M., Telefon: ..., Adresse: Wien, L.-straße, Kurzbeschreibung: Versorgung des E. Spital mit Stationswäsche, Personalwäsche, OP-Sterilwäsche seit 2000, OP-Schleusenwäsche, Auftragswert pro Jahr: EUR 35\*.\*\*\*,\*\*. Die Auftragsreferenzauswahl datiert vom 07.08.2014 und wurde ersatzbeglaubigt durch den Bewerber T..

Nachdem die Antragstellerin von ihrer Nicht-Zulassung zur Teilnahme informiert wurde, ersuchte sie um die „Umdeutung ihrer Auftragsreferenz- Auswahl P.“, die sie mit Formblatt 9 vorgelegt hat, als „Auftragsreferenz- Eignung“ und legte am 3.9.2014 eine „Referenz- Auswahl“, datiert vom 3.8.2014, ersatzbeglaubigt durch den Bewerber T. hinsichtlich des B. vor. Der Auftragswert dieser Referenz beträgt EUR 1.2\*\*.\*\*\*.\*\*\* pro Jahr.

Der einen Bestandteil des Vergabeaktes bildenden E-Mail der Auftraggeberin vom 11.09.2014 wurde der Antragstellerin Folgendes mitgeteilt:

*„Sehr geehrter Herr Mag. T.,*

*Ihr Ersuchen zur Zulassung zur 2. Stufe kann leider aus vergaberechtlicher Sicht nicht berücksichtigt werden. Nach Auskunft unserer Rechtsberatung ist eine Zulassung vergaberechtlich nicht möglich. Weiters wurde durch uns als vergebende Stelle eine weitere zusätzliche Auskunft bei einer weiteren Rechtsanwaltskanzlei eingeholt. Auch unter der Berücksichtigung, dass wir die Formulare, für die Eignung Formular 8 und Auswahl Formular 9, als Eignung berücksichtigen, dürfen wir die nachgereichte Referenz nicht berücksichtigen. Die Originalstellungnahme unserer Rechtsberatung lautet wie folgt: „Die von ihnen eingeholte Auskunft deckt sich mit der Ansicht des Kommentars zum Bundesvergabegesetz (Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, Rz 27 zu § 103)“. Andere als die dem fristgerechten Teilnahmeantrag beigelegten Nachweise (...) darf der Auftraggeber aber aus Gründen der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bieter nicht berücksichtigen. Dennoch wird T. nicht zur 2. Stufe zuzulassen und zur Angebotsabgabe einzuladen sein. Leider kann ich Ihnen keine erfreulichere Nachricht zukommen lassen. Ich kann Ihnen anbieten, dass wir uns morgen ab ca. 10.30 Uhr im H.-spital zu einer gemeinsamen Besprechung einfinden, um persönlich den Sachverhalt zu besprechen. Sie können mich telefonisch bis ca. 09.00 Uhr erreichen und dann wieder ab ca. 10.00 Uhr.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*P. K.*

*K."*

In dieser Angelegenheit führte das Verwaltungsgericht Wien am 11.12.2014 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der die Antragstellerin und die Antragsgegnerin sowie deren rechtsfreundliche Vertretungen erschienen.

Beweis wurde erhoben durch Akteneinsicht und durch Einvernahme der Parteien.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr T., wurde einvernommen und führte aus, er habe mit Herrn K. nach schriftlichem Erhalt der Entscheidung zur Nicht-Zulassung zur Teilnahme unmittelbar telefonischen Kontakt aufgenommen und auf seine, mittels Formblatt 9, nachgewiesene Referenz hingewiesen, Herr K. habe ihm das auch zugestanden.

Weiters habe er auf seine Referenzliste verwiesen, wonach bestätigt werde, dass er auch hinsichtlich der Auswahlkriterien seit Jahren entsprechende Leistungen erbringe. Er habe am 03.09.2014 umgehend mit dem B. Kontakt aufgenommen.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Antragstellerin offensichtlich am 03.09.2014 dem B. die Referenz übermittelt habe und sich diese am nächsten Tag geholt habe. Die Bestätigung des B. datiere vom 03.09.2014, das Datum 03.08.2014 betreffe die Eigenerklärung des Herrn T. (der Antragstellerin).

Herr T. sagte weiters aus, er sei, als seine Mitarbeiterin die Referenzen vorgelegt habe, auf Urlaub gewesen. Es habe sich hier um eine an Jahren junge Mitarbeiterin gehandelt, die erfahren gewesen sei, aber gerade aus der Karenz zurückgekommen und in Teilzeit beschäftigt gewesen sei. Die Unterlagen seien grundsätzlich vorbereitet gewesen, am 21.08.2014 eingereicht worden, allerdings nicht die Referenz B., die an sich auch vorbereitet gewesen sei. Hier sei ein Fehler passiert.

Die übrigen Referenzen datierten vom 07.08.2014, sie seien damals vorbereitet gewesen, es sei sehr schwierig gewesen alles im August vorzubereiten. Das Datum 03.08.2014 auf der Referenz des B. sei damit zu erklären, dass er das damals schon ausgefüllt habe, aber Herr S., der der Vertreter des B. bzw. die genannte Ansprechperson sei, damals auf Urlaub gewesen sei. Die Datierung des Nachweises von Referenzen hänge immer damit zusammen, wann man die Vertreter des jeweiligen Referenzauftraggebers erreichen könne.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Auftraggeberin brachte vor, es sei grundsätzlich richtig, dass, hätte man die Referenz P. als Eignung und die nachgereichte Referenz B. als Auswahlreferenz gewertet, man die Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe zulassen hätte müssen.

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mündlich verkündet.

#### IV. 1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 WVRG 2014 regelt dieses Landesgesetz die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) durch folgende Auftraggeberinnen und Auftraggeber (öffentliche Auftraggeberinnen, öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 164 und 165 des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 und Auftraggeberinnen oder Auftraggeber im Sinne des § 4 Z 1 bis 4 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012): Wien als Land oder Gemeinde.

Gemäß § 2 Abs. 1 WVRG 2014 unterliegt die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergG 2006 und dem BVergGVS 2012 durch die in § 1 genannten Auftraggeberinnen und Auftraggeber der Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht Wien.

Gemäß § 7 Abs. 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Gemäß § 11 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache mit Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Abs. 2 sind die Erkenntnisse im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen.

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2014 hat die Antragstellerin für Anträge gemäß den §§ 20 Abs. 1, 28 und 33 Abs. 1 und 2 hat oder der Antragsteller jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 15 Abs. 3 WVRG 2014 beträgt die Gebühr für Anträge gemäß § 28 die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.

Gemäß § 20 Abs. 1 erster Satz WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BvergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit a BvergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 22 Abs. 1 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigklärungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Wien jedenfalls die Antragstellerin oder der Antragsteller und die Auftraggeberin oder der Auftraggeber.

Gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigklärungsverfahrens ferner jene Unternehmerinnen oder Unternehmer, die durch die von der

Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigklärungsverfahrens.

Gemäß § 24 Abs. 1 WVRG 2014 sind Anträge auf Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 ist gesondert anfechtbar im offenen Verfahren:

im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme;

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände.

Gemäß § 6 BVergG 2006 sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind.

Gemäß § 68 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber – unbeschadet der Abs. 2 und 3 - Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn

1. der Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen sie oder – sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt – gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§ 278a des Strafgesetzbuches – StGB, BGBl. Nr. 60/1974), Bestechung (§§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG, BGBl. Nr. 448), Betrug (§§ 146 ff StGB), Untreue (§ 153 StGB), Geschenkkannahme (§ 153a StGB), Förderungsmisbrauch (§ 153b StGB) oder Geldwäscherei (§ 165 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;
2. über ihr Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde;
3. sie sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen oder eingestellt haben;
4. gegen sie oder – sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt – gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;

5. sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;

6. sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben, oder

7. sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Gemäß § 68 Abs. 2 BVergG 2006 können an Unternehmer, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen, jedoch Aufträge im Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 29 Abs. 2 Z 7 und 38 Abs. 2 Z 3 und 4 vergeben werden, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht.

Gemäß § 68 Abs. 3 BVergG 2006 kann von einem Ausschluss von Unternehmern gemäß Abs. 1 Abstand genommen werden, wenn

1. auf deren Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann, oder

2. im Falle des Abs. 1 Z 6 nur ein geringfügiger Rückstand hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben besteht.

Gemäß § 103 Abs. 1 BVergG 2006 sind nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung in den einschlägigen Publikationsmedien gemäß den §§ 46, 50 bis 52 und 55 bekannt zu machen.

Gemäß § 103 Abs. 2 BVergG 2006 können Anträge auf Teilnahme brieflich oder elektronisch gestellt werden. Interessenbekundungen auf Teilnahme können auch telefonisch oder mittels Telefax übermittelt werden.

Gemäß § 103 Abs. 3 BVergG 2006 hat der Unternehmer, benötigt er Subunternehmer, um die erforderliche Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen, die in Frage kommenden Subunternehmer bereits mit dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben.

Gemäß § 103 Abs. 4 BVergG 2006 ist unter Bedachtnahme auf Abs. 6 und 7 leg. cit. Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die gemäß den §§ 68 bis 77 BVergG 2006 als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, Gelegenheit zur Beteiligung am nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und am Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu geben.

Gemäß § 103 Abs. 5 BVergG 2006 darf der Auftraggeber vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Frist für deren Einreichung Kenntnis erhalten. Über die Prüfung der Teilnahmeanträge ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Der Bewerber kann in den seinen Teilnahmeantrag betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen. Bei der Gestaltung der Niederschrift ist darauf Bedacht zu nehmen.

Gemäß § 103 Abs. 6 BVergG 2006 ist die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer entsprechend der Leistung festzulegen. Sie darf bei nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich nicht unter fünf, bei nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich nicht unter drei liegen. Bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich darf die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen. Bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich soll die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und

zuverlässigen Unternehmen grundsätzlich nicht unter drei liegen; Ausnahmen sind aus sachlichen Gründen zulässig. Die Gründe für diese Unterschreitung sind vom Auftraggeber festzuhalten. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben.

Gemäß § 103 Abs. 7 BVergG 2006 hat der Auftraggeber, langen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmen ein, unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmen anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen. Die maßgeblichen Gründe für die Auswahl sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche, bei der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens gemäß den §§ 61 bis 63, 66 und 67 drei Tage, nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Die Gründe der Nicht-Zulassung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.

Gemäß § 103 Abs. 8 BVergG 2006 darf der Auftraggeber, langen in der Folge weniger Teilnahmeanträge von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmen als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmen ein, im Oberschwellenbereich keine zusätzlichen Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen. Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber zusätzliche Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen.

Gemäß § 103 Abs. 9 BVergG 2006 hat der Auftraggeber die ausgewählten Bewerber gleichzeitig schriftlich zur Angebotsabgabe aufzufordern. Der Aufforderung sind, sofern die Unterlagen nicht im Internet bereitgestellt werden, die Ausschreibungsunterlagen und allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. Sie hat zumindest die folgenden Angaben zu enthalten:

1. sofern die zusätzlichen Unterlagen nicht beim Auftraggeber verfügbar sind, die Anschrift bzw. elektronische Adresse der Stelle, bei der die zusätzlichen Unterlagen angefordert werden können; außerdem sind der Betrag und die Bedingungen für die Zahlung des Betrages anzugeben, der gegebenenfalls für die zusätzlichen Unterlagen zu entrichten ist;
2. den Tag, bis zu dem die Angebote eingehen müssen, die Anschrift bzw. die elektronische Adresse der Stelle, bei der sie einzureichen sind, sowie die Sprache, in der sie abzufassen sind;
3. einen Hinweis auf die veröffentlichte Bekanntmachung;
4. die Angabe der Unterlagen, die gegebenenfalls beizufügen sind;
5. gegebenenfalls, sofern die Unterlagen im Internet bereitgestellt werden, die Internet-Adresse (URL), unter der die Unterlagen im Internet verfügbar sind;
6. die (im Verhältnis ihrer Bedeutung festgelegten oder gereihten) Zuschlagskriterien, falls sie nicht in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind, sowie
7. alle weiteren besonderen Teilnahmebedingungen.

Sind die zusätzlichen Unterlagen im Sinne der Z 1 nicht beim Auftraggeber verfügbar, so hat die Stelle, bei der die zusätzlichen Unterlagen angefordert werden können, allen ausgewählten Bewerbern, die die Unterlagen rechtzeitig angefordert haben, diese unverzüglich nach Erhalt der Anforderung zu übermitteln.

#### IV.2. Rechtlich folgt daraus:

Die Einbringung der Beschwerde der T. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, Antrag auf Nichtigklärung der „Nicht-Zulassung zur Teilnahme“ betreffend das Vergabeverfahren "Wäscheversorgung H.-spital und KH E. Wien"

durch die H.-spital GmbH, Wien, N.-gasse und die KH E. GmbH, Wien, L.-straße, als Auftraggeberin, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, erfolgte fristgerecht iSd § 24 WVRG 2014 und war ordnungsgemäß vergebührt (§ 16 WVRG 2014). Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich gegen die Mitteilung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme vom 3.9.2014, sohin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 1 Abs. 1 BVergG 2006 iVm § 1 WVRG 2014.

Die Beschwerde ist daher zulässig und war sohin das Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht die Festlegung hervor, dass die Bewerber als Eignung Referenzprojekte mit einem Mindestauftragsvolumen von EUR 0,4 Millionen pro Jahr exkl. USt nachzuweisen hatten. Dieser Nachweis war den Ausschreibungsunterlagen zur Folge mit dem Formblatt 8 zu erbringen.

Die Antragstellerin hat mit dem Formblatt 8 zwei Referenzen vorgelegt, die beide Aufträge unter EUR 0,4 Millionen ausgewiesen haben und sohin formal und materiell die Eignung nicht belegt hatten. Insofern hat die Auftraggeberin bei ihrer Prüfung des Teilnahmeantrages – zu Recht – festgehalten, dass die Auftragsreferenz E. Krankenhaus mit EUR 38\*.\*\*\*,\*\* und H.-spital mit EUR 33\*.\*\*\*,\*\* als Eignungsreferenzen die Mindestanforderung nicht erfüllten.

Unbestritten steht jedoch fest und ergibt sich dies aus dem Akteninhalt in Verbindung mit dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass die Antragstellerin bereits vor bzw. bei Einreichung ihres Teilnahmeantrages das Mindestkriterium, nämlich die geforderten „Eignungs- und Ausschlusskriterien“ (siehe Punkt 3.3.3.2. „Technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Wäscheversorgung H.-spital und Krankenhaus E. in Wien“) erfüllt und einen Nachweis darüber beigelegt hat.

Die Antragstellerin hat nämlich mit Formblatt 9 eine „Auswahlreferenz“, nämlich die Auswahlreferenz „P. GmbH“, vorgelegt, die mit einem Auftragswert pro Jahr in Höhe von EUR 54\*.\*\*\*,\*\* die Anforderungen des Punktes 3.3.3.2. „Technische Leistungsfähigkeit“ erfüllt.

Der Antragstellerin ist in diesem Zusammenhang auch zu folgen, dass dem Teilnahmeantrag zu entnehmen ist, dass es sich bei der Anführung und Vorlage der Nachweise hinsichtlich der Eignung um einen offensichtlichen Irrtum der Antragstellerin gehandelt hat, der der Antragsgegnerin auffallen musste. Angesichts der Tatsache, dass die Antragstellerin das Mindestkriterium „Technische Eignung“ aktenkundig erfüllt hat, ist die Anführung von Eignungsreferenzen, die allesamt unter dem geforderten Mindestauftragswert liegen, tatsächlich sinnlos.

Unbestritten und aktenkundig steht weiters fest, dass die Antragstellerin bereits vor bzw. zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages auch über eine „Auswahlkriterium Auftragsreferenz“ (siehe Pkt 4.1. TU) verfügt hat, mit der sie die höchstzulässige Punkteanzahl von 20 Punkten aufgrund des Auftragsvolumens/pro Jahr erzielen konnte.

Aktenkundiger- und unbestrittener Weise hat die Antragstellerin – ebenfalls mit Formblatt 8 – eine Referenzliste vorgelegt, auf der unter anderem das „B.: ...“ als Referenz angeführt ist.

Im Zuge des Vergabeverfahrens, nämlich nach Bekanntgabe der Nichtzulassung für die 2. Stufe am 03.09.2014, wurde von der Antragstellerin die Bestätigung über die Referenz „B. mit einem Auftragswert von EUR 1.2\*\*.\*\*\*,\*\*“ übermittelt. Dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung zufolge war dieses Referenzprojekt zum Zeitpunkt der Stellung des Teilnahmeantrages bereits abgeschlossen, dieses Auswahlkriterium sohin bereits erfüllt und bildete sich in den Teilnahmeunterlagen dem Grunde nach ab. Dies ergibt sich einerseits aus dem Vergabeakt und dem glaubwürdigen, schlüssigen, widerspruchsfreien Vorbringen der Antragstellerin in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 11.12.2014.

Damit steht aber fest, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages sowohl die Eignungskriterien erfüllt hat und mit der Referenz „B.“ auch über eine Auswahlreferenz verfügte, die ihr, wie auch von der Antragsgegnerin zugestanden, aufgrund der Höhe des Auftragswertes (EUR

1.2\*\*.\*\*\*.\*\*pro Jahr) iSd Punktes 4.1. „Auswahlkriterium“ die volle Punkteanzahl beschert hätte, sodass sie zur Teilnahme an der 2. Verfahrensstufe zuzulassen gewesen wäre.

In diesem Sinn hatte sich der erkennende Senat mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die „Umdeutung“ einer – nicht den Teilnahmeunterlagen entsprechend vorgelegten – Referenz für die Eignung und die Nachreichung einer sich im Teilnahmeantrag bereits niederschlagenden, aber nicht detailliert bestätigten Auswahlreferenz, als behebbare Mängel zu werten sind.

Der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass die Teilnahmeunterlagen keine Festlegungen hinsichtlich der Behebbarkeit von Mängeln enthalten.

Der Verwaltungsgerichtshof spricht zur Frage der Behebbarkeit von Mängeln in ständiger Judikatur (vgl. VwGH vom 12.5.2011, ZI. 2008/04/0087) aus, dass Mängel als unbehebbar zu qualifizieren sind, deren Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann. Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaeren Mängeln ist darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert würde.

Das Nachreichen eines fehlenden Nachweises, welcher zum maßgeblichen Zeitpunkt des jeweiligen Vergabeverfahrens bereits vorliegt, wird grundsätzlich als behebbar qualifiziert (vgl. VwGH vom 12.5.2011, ZI. 2008/04/0087, VwGH vom 3.9.2008, ZI. 2007/04/0017).

Diesem Grundsatz folgend ist die „Umdeutung“ der mit Formblatt 9 vorgelegten und nachgewiesenen Referenz „P.“ von Auswahlreferenz zu Eignungsreferenz als behebbarer Mangel zu werten, da sich daraus jedenfalls keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin im Verhältnis zu den anderen Bewerbern ergibt.

Aber auch die Wertung der „Auswahlreferenz B.“ führt aus nachstehenden Erwägungen zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Antragstellerin.

Bei der hier verwirklichten Konstellation ist zunächst zu beachten, dass es sich um ein zweistufiges (Verhandlungs)-verfahren handelt, in welchem die Bewerber in der ersten Stufe Nachweise vorzulegen hatten, um zur zweiten Stufe zugelassen zu werden (vgl. Punkt 2.6.1. „Verfahrensablauf Stufe 1“). Erst in der zweiten Stufe (vgl. Punkt 2.6.2. „Verfahrensablauf Stufe 2“) kommt es nach einem „Hearing“ zur Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen und anschließend zur Abgabe des Qualitäts- und Preisangebotes. Wiewohl die Frage der Wertung der Auswahlkriterien eine inhaltliche ist, findet der wesentliche inhaltliche Teil des Vergabeverfahrens grundsätzlich erst in der zweiten Stufe des Verfahrens statt.

Daraus folgt, dass die Möglichkeit einer Verbesserung der materiellen Wettbewerbsstellung gegenüber Bewerbern in der ersten Stufe des Verfahrens zwangsläufig geringer ist, als in der zweiten Stufe bzw. als generell bei Vergabeverfahren, die bereits die Angebotslegung beinhalten. Es kann nämlich zu keiner inhaltlichen Änderung des Angebotes kommen, auch ein maßgeblicher zeitlicher Vorteil zur Ausarbeitung eines Angebotes kann hier nicht schlagend werden. Der dem Teilnahmeantrag der Antragstellerin anhaftende Mangel erschöpft sich in der Nachreichung eines detaillierten Nachweises einer im Akt dem Grunde nach bereits genannten Auswahlreferenz.

Die Antragstellerin hat das Referenzprojekt „B.“ bereits in der Vergangenheit abgeschlossen gehabt, lediglich die konkrete Bestätigung darüber fehlte. Mit der bloßen Nachreichung dieser Bestätigung kann für die Antragstellerin keine relevante Verbesserung ihrer materiellen Wettbewerbsstellung einhergehen.

Damit handelt es sich bei der „Umdeutung“ der mit Formblatt 9 eingereichten Referenz „P.“ in eine Eignungsreferenz sowie der Nachreichung der Bestätigung über die Referenz „B.“ aus Sicht des erkennenden Senates um jeweils behebbare Mängel.

Nachdem fest steht, dass mit der Wertung dieser Referenzen die Antragstellerin zur zweiten Stufe des Vergabeverfahrens zuzulassen wäre, war die Entscheidung über die Nichtzulassung vom 3.9.2014 für nichtig zu erklären.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 WVRG 2014.

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren mit der Frage des Vorliegens eines behebbaren Mangels betreffend Auswahlkriterien im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt und eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage fehlt.

### **B e l e h r u n g**

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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 ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Schweiger  
(Vorsitzender)