

TE Lvwg Erkenntnis 2024/5/14 VGW-123/077/4512/2024

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.2024

Entscheidungsdatum

14.05.2024

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
50/01 Gewerbeordnung
L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2018 §20 Abs1 letzter Satz
GewO 1994 §32 Abs1 Z9
GewO 1994 §1 Abs4
WVRG §22

1. BVergG 2018 § 20 heute
2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 21.08.2018
1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997
1. GewO 1994 § 1 heute
2. GewO 1994 § 1 gültig ab 13.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2018
3. GewO 1994 § 1 gültig von 19.03.1994 bis 12.07.2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.in Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Ooppel und die Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der A., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "... Arena - Strategischer Partner", der B., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 20.03.2024 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE Æ ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE :

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 hat in der Letztangebotsphase ein Letztangebot abgegeben.

Die Antragsgegnerin hat zunächst eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der nunmehrigen Antragstellerin erlassen, gegen die von der C. (nunmehrige mitbeteiligte Partei) ein Nachprüfungsantrag eingebracht wurde. Das Nachprüfungsverfahren wurde vom Verwaltungsgericht unter der Zahl VGW-123/077/9124/2023 geführt und mit Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, rechtskräftig abgeschlossen.

In dem zitierten Erkenntnis wurde die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der nunmehrigen Antragstellerin mit der Begründung nichtig erklärt, dass ein Teil der von der C. behaupteten Ausscheidensgründe auf das Angebot der nunmehrigen Antragstellerin zutreffen und dieses Angebot auszuschneiden ist. Gegen das zitierte Erkenntnis wurde kein Rechtsmittel an die Höchstgerichte eingebracht.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 20.03.2024 (im Folgenden: Ausscheidensentscheidung) mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, ihr Angebot auszuschneiden.

Die Antragstellerin hat am 02.04.2024, und im Hinblick auf die unmittelbar vorangegangenen Feiertage rechtzeitig, einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung 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 Ausscheidensentscheidung detailliert dargelegt. Die Pauschalgebühren wurden von der Antragstellerin entrichtet.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit Beschluss vom 10.04.2024, VGW-124/077/4513/2024, abgewiesen.

Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten bestehen im Wesentlichen darin, die in der Ausscheidensentscheidung angeführten Ausscheidensgründe würden nicht zutreffen. Darüber hinaus sei das Angebot der einzigen Mitbewerberin auszuschneiden und müsse das Vergabeverfahren für den Fall, dass auch das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sein sollte, zwingend widerrufen werden.

In Vorbereitung für die mündliche Verhandlung ist ein Schriftsatzwechsel erfolgt.

Die Antragsgegnerin hat in ihrer Replik im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass sie mit ihrer Ausscheidensentscheidung der im Erkenntnis des Verwaltungsgerichts vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, dargelegten Rechtsansicht gefolgt sei.

Die C. hat gegen den Nachprüfungsantrag rechtzeitig begründete Einwendungen erhoben und am nachfolgenden Schriftverkehr sowie an der mündlichen Verhandlung als weitere Partei teilgenommen.

Es wurde am 30.04.2024 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt und Verlauf:

„Der Antragsgegnervertreter (AGV) teilt mit, dass er seinen heute eingebrachten Schriftsatz vor der Verhandlung dem Antragstellervertreter ASTV und dem Vertreter der C. (TNBV) ausgefolgt hat.

Der ASTV gibt dazu an, dass er diesen Schriftsatz überflogen habe, weil die Zeit vor der Verhandlung für ein detailliertes Durchlesen für ihn nicht ausgereicht habe.

Der TNBV gibt an, dass er den Schriftsatz durchgelesen habe.

Der ASTV bestreitet das Vorbringen in der Replik des AGV und verweist dazu auf sein eigenes Vorbringen.

Dem ASTV wird vom Richter vorgehalten, wie er die Befugnisfrage der AST im Hinblick auf § 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 beurteilt. Dem ASTV wird vom Richter vorgehalten, wie er die Befugnisfrage der AST im Hinblick auf Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO 1994 beurteilt.

Der ASTV bringt dazu vor, die AG habe in der Fragebeantwortung 8 bestandsfest festgelegt, dass die Befugnis des Baumeisters durch einen Subunternehmer nachgewiesen werden kann. Weiters habe die AG in der Festlegung Eignung vom 07.04.2023 in Punkt 2 festgelegt, dass ausschließlich als Gewerbeberechtigung Baumeister bzw. Architekt bzw. eine gleichwertige Befugnis nachzuweisen seien. Die Befugnis, die mittels Subunternehmer nachgewiesen wurde, habe genau diesen bestandsfesten Festlegungen entsprochen. Ein Abgehen davon würde die AST diskriminieren und zu einer Verpflichtung des Widerrufs des Vergabeverfahrens führen. Die AST ist eine Projektgesellschaft, die für den gegenständlichen Auftrag zunächst Korrespondenzdienstleistungen erbringen werde und insbesondere in der Auftrags Erfüllung die Finanzierung organisieren werde.

Auf Vorhalt des Richters, ob der ASTV die Festlegung so verstehe, dass damit § 32 Abs. 1 Z 9 GewO 1994 außer Kraft gesetzt worden sei und von der Frage der Befugnis aus betrachtet die Leistung befugnisfrei angeboten werden könne, soweit ein Baumeister als Subunternehmer eingesetzt werde, gibt der ASTV an: Auf Vorhalt des Richters, ob der ASTV die Festlegung so verstehe, dass damit Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO 1994 außer Kraft gesetzt worden sei und von der Frage der Befugnis aus betrachtet die Leistung befugnisfrei angeboten werden könne, soweit ein Baumeister als Subunternehmer eingesetzt werde, gibt der ASTV an:

Ja, das ist korrekt, die bestandsfeste Festlegung hat diese Bedeutung.

Der AGV verweist dazu auf das Erkenntnis VGW-123/077/9124/2023 und die darin ausgeführten Entscheidungsgründe.

Der TNBV bringt dazu vor, die Frage sei rechtskräftig und vollkommen richtig entschieden worden. Der TNBV verweist weiters ausdrücklich auf § 1 Abs. 4 GewO 1994. Weiters verweist der TNBV auf den Einleitungssatz des § 32 Abs. 1 GewO 1994, wonach die sonstigen Rechte nur Gewerbetreibenden zustünden und folglich eine Befugnis zumindest für irgendeine Gewerbeberechtigung vorliegen müsse. Die bestandsfesten Festlegungen würden lediglich festsetzen, wann welche Befugnisnachweise zu erbringen seien, würden jedoch nicht das System der GewO 1994 und § 32 GewO 1994 außer Kraft setzen. Im Detail werde auf den letzten Schriftsatz des Verfahrens VGW-123/077/9124/2023 verwiesen. Der TNBV bringt dazu vor, die Frage sei rechtskräftig und vollkommen richtig entschieden worden. Der TNBV verweist weiters ausdrücklich auf Paragraph eins, Absatz 4, GewO 1994. Weiters verweist der TNBV auf den Einleitungssatz des Paragraph 32, Absatz eins, GewO 1994, wonach die sonstigen Rechte nur Gewerbetreibenden zustünden und folglich eine Befugnis zumindest für irgendeine Gewerbeberechtigung vorliegen müsse. Die bestandsfesten Festlegungen würden lediglich festsetzen, wann welche Befugnisnachweise zu erbringen seien, würden jedoch nicht das System der GewO 1994 und Paragraph 32, GewO 1994 außer Kraft setzen. Im Detail werde auf den letzten Schriftsatz des Verfahrens VGW-123/077/9124/2023 verwiesen.

Der ASTV bringt dazu vor, die bestandsfeste Festlegung betreffe nicht den „Nachweis“ der Befugnis, sondern das „Aufweisen“ der Befugnis.

Der Richter fragt den ASTV, was aus seiner Sicht im gegenständlichen Verfahren im Vergleich zum Verfahren VGW-123/077/9124/2023 in der Frage der Rechtsnachfolge der AST nach der Bietergemeinschaft substantiell neu sei.

Der ASTV führt dazu aus, vergleichbar mit der Frage der Befugnis hätte die AST auch hier auf die bestandsfeste Festlegung der AG vertrauen dürfen, dass eine Umbildung der Bietergemeinschaft auch noch in der Phase der Abgabe der Letztangebote zulässig sei. Die AST habe von der Möglichkeit dieser bestandsfesten Festlegung Gebrauch gemacht und sei Rechtsnachfolgerin der Bietergemeinschaft und damit eingeladene Bieterin.

Der AGV verweist dazu auf das Erkenntnis VGW-123/077/9124/2023. Die Ausscheidensentscheidung stütze sich auf die darin enthaltenen Ausführungen.

Der TNBV bringt vor, § 1201 ABGB würde regeln, dass bei einer Umgestaltung einer Bietergemeinschaft die Rechte des ausscheidenden Gesellschafters auf die Gesellschaft übergingen. Die AST berufe sich zu Unrecht auf diese Bestimmung. Die AST sei nicht verbleibende Gesellschaft, sondern in Wahrheit sei sie „aus der Gesellschaft ausgeschert“. Dies siehe man auch daran, dass die verbleibenden Gesellschafter einen eigenen Nachprüfungsantrag gestellt hätten und somit nicht freiwillig aus der Gesellschaft ausgetreten seien. Der TNBV bringt vor, Paragraph 1201, ABGB würde regeln, dass bei einer Umgestaltung einer Bietergemeinschaft die Rechte des ausscheidenden

Gesellschafter auf die Gesellschaft übergangen. Die AST berufe sich zu Unrecht auf diese Bestimmung. Die AST sei nicht verbleibende Gesellschaft, sondern in Wahrheit sei sie „aus der Gesellschaft ausgeschert“. Dies siehe man auch daran, dass die verbleibenden Gesellschafter einen eigenen Nachprüfungsantrag gestellt hätten und somit nicht freiwillig aus der Gesellschaft ausgetreten seien.

Der ASTV bringt dazu vor, das Vorbringen des TNBV werde bestritten. Die AST sei Rechtsnachfolgerin der Bietergemeinschaft. Der erwähnte Nachprüfungsantrag sei nicht von den beiden anderen ehemaligen Gesellschaftern, sondern von einem der ehemaligen Gesellschafter gestellt und im Übrigen zurückgezogen worden. Von diesem Gesellschafter sei übrigens die Wahl der Direktvergabe bekämpft worden und nicht eine Festlegung im gegenständlichen Vergabeverfahren. Außerdem habe dieser Mitbewerber kein Angebot gelegt.

Der Richter spricht an, dass die AST im Nachprüfungsverfahren eine Reihe von Ausscheidensgründen betreffend das Angebot der TNB behauptet hat. Die Behauptung der Ausscheidensgründe stimmt im Wesentlichen mit den bereits im Verfahren VGW-123/077/9124/2023 thematisierten Ausscheidensgründen im Zusammenhang mit der damaligen Frage der Antragslegitimation der nunmehrigen TNB überein.

Der AGV bringt dazu auf Frage des Richters vor, dass die Anhängigkeit der Prüfung des Angebotes der TNB rechtlich dahingehend zu sehen ist, dass mit der erfolgten Behebung der Zuschlagsentscheidung das Angebot der TNB wieder im Stadium der Angebotsprüfung sei. Die behaupteten Ausscheidensgründe seien jedoch bereits abschließend geprüft worden und sei die Angebotsprüfung, die dem Verfahren VGW-123/077/9124/2023 zu Grunde gelegen sei, hinsichtlich der behaupteten Ausscheidensgründe weiterhin aufrecht.

Der ASTV bringt dazu vor, aus der Tatsache, dass die Prüfung des Angebotes der TNB (welche nach Rechtsauffassung des ASTV im gegenständlichen Verfahren nicht TNB sei) inhaltlich abgeschlossen sei, würde bewirken, dass das VGW zuständig sei, eine diesbezügliche „Überprüfung“ der Prüfung der AG vorzunehmen. Darüber hinaus sei das Thema des unzureichenden Vadiums nicht Gegenstand des Verfahrens VGW-123/077/9124/2023 gewesen und hätte das VGW daher insbesondere diese Frage inhaltlich zu prüfen.

Die Verhandlung wird um 13:29 Uhr unterbrochen, um die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der TNB zu erörtern. Die AST und der ASTV verlassen den Verhandlungssaal. Die Verhandlung wird ohne Beisein der AST und des ASTV fortgesetzt.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse: siehe Beiblatt B1

Die TNB und der TNBV verlassen den Verhandlungssaal um 13:50 Uhr.

Preisprüfung: siehe Beiblatt B2

Die AST/der ASTV und die TNB/der TNBV betreten den Verhandlungssaal um 14:11 Uhr, die Verhandlung wird nun mit allen Parteien fortgesetzt.

Der Richter fasst kurz zusammen, was unter Ausschluss zunächst nur der AST und dann auch der TNB erörtert worden ist.

Die anwesenden Parteien erklären übereinstimmend, kein weiteres Vorbringen zu haben.“

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mündlich verkündet und vom Vertreter der Antragstellerin eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses beantragt.

Das zitierte Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, lautet auszugsweise:

(...)

Das Verwaltungsgericht geht von folgendem entscheidungswesentlichem Sachverhalt aus:

Die Antragsgegnerin führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Auftrags betreffend die Errichtung und den nachfolgenden Betrieb einer Multifunktionshalle.

Die Antragstellerin war zunächst als präsumtive Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Die nunmehrige mitbeteiligte Partei hat gegen die damalige Zuschlagsentscheidung einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Das Nachprüfungsverfahren wurde zur Zahl VGW-123/077/9124/2023 geführt. Die damalige Antragstellerin hat ihren Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung unter anderem damit begründet, die damalige präsumtive Zuschlagsempfängerin sei für das Anbieten der ausschreibungsgegenständlichen Leistung nicht ausreichend befugt

und sie sei überdies nicht eingeladene Bieterin des Verhandlungsverfahrens, weshalb sie nicht berechtigt sei, ein Letztangebot abzugeben.

Das Verwaltungsgericht hat die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der nunmehrigen Antragstellerin mit Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, nichtig erklärt. Die tragenden Gründe dieser Nichtigerklärung bestanden im Wesentlichen darin, dass die nunmehrige Antragstellerin gewerberechtlich nicht ausreichend befugt gewesen ist, die ausschreibungsgegenständliche Leistung anzubieten, und dass die Antragstellerin nicht rechtmäßige Teilnehmerin an der zweiten Phase des Verhandlungsverfahrens und folglich nicht berechtigt war, ein Letztangebot abzugeben.

Gegen dieses Erkenntnis wurde weder eine Beschwerde an den VfGH noch eine außerordentliche Revision an den VwGH erhoben.

Nach der Nichtigerklärung der obgenannten Zuschlagsentscheidung hat die Antragsgegnerin die im Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, näher ausgeführten Ausscheidensgründe aufgegriffen und der vormaligen präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Ausscheidensentscheidung vom 20.03.2024 übermittelt. Zu den Ausscheidensgründen hat die Antragsgegnerin in der Ausscheidensentscheidung auf die jeweiligen Ausführungen des Verwaltungsgerichts im Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, verwiesen.

Folgende Sachverhaltsfeststellungen aus dem Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, sind mit der Maßgabe, dass die damalige präsumtive Zuschlagsempfängerin nunmehr Antragstellerin ist, unverändert gültig:

Die Antragstellerin ist eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Großbritannien.

In der Teilnahmephase war die Antragstellerin 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, ... 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 Antragstellerin als damaliges 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 ... Arena – Strategischer Partner, Seiten 25 bis 26, im Detail festgelegt.

Die geforderten Umsätze wurden im Teilnahmeantrag nicht von der nunmehrigen Antragstellerin, 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 Antragstellerin, 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 Antragstellerin übermittelt bzw. im Wege des elektronischen Vergabeportals zur Verfügung gestellt.

Erst ab der Information der Bieter vom 12.6.2023 wurde die Antragstellerin neben der Vertreterin der in Rede stehenden Bietergemeinschaft in den Verteiler aufgenommen. In dieser Zeit wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin auch für das elektronische Vergabeportal freigeschaltet. Die Antragstellerin 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 Antragstellerin befunden. Eine Klärung, in welcher Funktion die Antragstellerin neben der Vertreterin der Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren auftritt, ist nicht erfolgt.

Zur Abgabe eines Letztangebotes durch diese Bietergemeinschaft ist es nicht gekommen. Die Antragstellerin 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 Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag eingebracht, in dem sie im Wesentlichen argumentiert hat, dass die Antragstellerin 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 zur ZI VGW-123/077/9124/2023 nicht mehr festgestellt werden, als dass unter den Mitgliedern der Bietergemeinschaft keine Einigung über ein Letztangebot erfolgt ist und die präsumtive Zuschlagsempfängerin alleine ein Letztangebot abgegeben hat. Eine allfällige Rechtsnachfolge der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach der Bietergemeinschaft wurde von der Antragsgegnerin nicht geprüft, sondern offenkundig angenommen bzw. unterstellt.

In ihrem Letztangebot als Einzelunternehmerin hat die nunmehrige Antragstellerin ein zweites Referenzprojekt nachgereicht.

Betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat die nunmehrige Antragstellerin in ihrem Letztangebot Umsatzzahlen nachgereicht und nachgewiesen.

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 nunmehrige Antragstellerin 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“): 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 Paragraph 49, Absatz eins, 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 ... 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 ... 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 Ziviltechniker-Gesetz oder eine vergleichbare Befugnis. ? Befugnis zur Planung der Arena: Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 5, GewO oder Architekt gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, Ziviltechniker-Gesetz oder eine vergleichbare Befugnis.

? Befugnis zur Errichtung der Arena: Baumeister gemäß § 94 Z 5 GewO oder eine vergleichbare Befugnis. ? Befugnis zur Errichtung der Arena: Baumeister gemäß Paragraph 94, Ziffer 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 Ziviltechniker-Gesetzes verwiesen; die vorzulegenden Nachweise ergeben sich aus Anhang IX zum BVergG 2018. Bei Unternehmern aus dem EU/EWR-Ausland wird auf das Erfordernis einer Dienstleistungsanzeige bzw. die einschlägigen Vorschriften des Ziviltechniker-Gesetzes verwiesen; die vorzulegenden Nachweise ergeben sich aus Anhang römisch 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 nunmehrige Antragstellerin 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 nunmehrige Antragstellerin 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 nunmehrige Antragstellerin mit ihrem Letztangebot durch Nennung eines erforderlichen Subunternehmers mit aufrechter Befugnis für das Baumeistergewerbe erbringen wollen.

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 ... 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 ...

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 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 vergleiche 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. 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).

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 nunmehrige Antragstellerin 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 nunmehrigen Antragstellerin beigebracht. Die Referenz #2 wurde von der nunmehrigen Antragstellerin als Mitglied der Bietergemeinschaft beigebracht. Für den Fall, dass das Mitglied, welches die Referenz #1 beigebracht 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 nunmehrige Antragstellerin gehandelt hat, wäre die Patronatserklärung der Konzernmutter dieses Mitglieds vom Erklärungsinhalt dieser Patronatserklärung nach dem Ausscheiden des betreffenden Mitglieds der Bietergemeinschaft nicht für die nunmehrige Antragstellerin 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 nunmehrige Antragstellerin als Einzelunternehmerin sind diese Referenz #1 und das Mitglied der Bietergemeinschaft, das diese Referenz eingebracht hat, weggefallen. Die nunmehrige Antragstellerin hat mit ihrem Letztangebot an Stelle der weggefallenen Referenz eine andere Referenz nachgereicht.

Die Antragsgegnerin hat dazu geprüft und verifiziert, dass die nunmehrige Antragstellerin 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 nunmehrigen Antragstellerin ausgereicht. Darüber hinaus erscheint das Vorbringen der Antragsgegnerin glaubhaft, dass sich das Fehlen einer Auswahlreferenz, wenn die nunmehrige Antragstellerin an Stelle der Bietergemeinschaft und lediglich unter Vorlage der Referenz #2 (ohne die Referenz #1) einen Teilnahmeantrag gestellt hätte, nicht in einer Nichtauswahl der nunmehrigen Antragstellerin zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ausgewirkt hätte und die nunmehrige Antragstellerin 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 ... Arena – Strategischer Partner, Seiten 25 und 26) jeweils angeführte Mindestumsatz nachgewiesen wird. 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 ... 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 nunmehrige Antragstellerin nicht mehr eingebunden war.

Zu dem obigen Sachverhalt wurden im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung keine neuen Sachverhaltsaspekte aufgezeigt und haben sich keine Änderungen ergeben.

Zum Angebot der mitbeteiligten Partei wurden im Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, ebenfalls Sachverhaltsfeststellungen getroffen.

Diese Sachverhaltsfeststellungen gehen darauf zurück, dass im genannten Nachprüfungsverfahren argumentiert wurde, das Angebot der damaligen Antragstellerin sei auszuscheiden und ihr würde folglich die Antragslegitimation fehlen.

Diese Sachverhaltsfeststellungen lauten wie folgt (wobei die damalige präsumtive Zuschlagsempfängerin nunmehr Antragstellerin und die damalige Antragstellerin nunmehr weitere Partei ist):

„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 präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachgereiht ist. Würde das Angebot der präsumtiven 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 ergeben 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 präsumentiven Zuschlagsempfängerin verschafft hätte oder zumindest in Kenntnis von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der präsumentiven 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 präsumentiven Zuschlagsempfängerin aufgezeigten inhaltlichen Übereinstimmungen von zeitlich vorangegangenen Behauptungen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag und zeitlich nachfolgenden Behauptungen in österreichischen Medien betreffend das Projekt der präsumentiven Zuschlagsempfängerin 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.“

Wenn die Antragstellerin im nunmehrigen Nachprüfungsantrag (erstmalig) vorbringt, die mitbeteiligte Partei habe mit dem Letztangebot ein Vadium mit den im Nachprüfungsantrag näher ausgeführten Merkmalen nicht vorgelegt, so ist dazu festzustellen, dass sich der Nachweis eines Vadiums mit den erforderlichen Merkmalen im Vergabeakt Ordner 15 bei den Unterlagen zum Letztangebot der mitbeteiligten Partei befindet und die Erbringung des Nachweises des verlangten Vadiums durch die Mitbewerberin von der Antragsgegnerin nachvollziehbar geprüft wurde. Die Mitbewerberin hat das verlangte Vadium nachgewiesen.

Wenn die Antragstellerin im nunmehrigen Nachprüfungsantrag (neuerlich) vorbringt, die mitbeteiligte Partei würde über kein ausschreibungskonformes Referenzprojekt verfügen, so ist festzustellen, dass die Frage eines ausschreibungskonformen Referenzprojekts der mitbeteiligten Partei bereits im Nachprüfungsverfahren zur Zahl VGW-123/077/9124/2023, im Zusammenhang mit der Frage der Antragslegitimation im damaligen Verfahren Gegenstand der inhaltlichen Nachprüfung war. Die mitbeteiligte Partei hat im Vergabeverfahren den Nachweis eines ausschreibungskonformen Referenzprojekts erbracht und wurde dies von der Antragsgegnerin nachvollziehbar geprüft. Im Detail wird auf die oben zitierten Sachverhaltsfeststellungen im Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, verwiesen.

Betreffend die von der Antragstellerin (neuerlich) behaupteten Mängel der Errichtung einer Veranstaltungshalle durch die mitbeteiligte Partei in Italien ist zunächst festzustellen, dass auch diese Frage bereits im Nachprüfungsverfahren zur Zahl VGW-123/077/9124/2023, im Zusammenhang mit der Frage der Antragslegitimation im damaligen Verfahren Gegenstand der inhaltlichen Nachprüfung war. Es haben sich weder Hinweise auf die von der Antragstellerin

behaupteten Mängel noch Hinweise auf eine allfällige Zurechenbarkeit solcher Mängel an die mitbeteiligte Partei ergeben. Im Detail wird auf die oben zitierten Sachverhaltsfeststellungen im Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, verwiesen.

Darüber hinaus wurde dieser Aspekt in der Verhandlung vom 30.04.2024 unter Ausschluss der nunmehrigen Antragstellerin und der Öffentlichkeit hinterfragt und haben sich weder Hinweise dafür ergeben, dass die mitbeteiligte Partei die in Rede stehende Halle in Italien errichtet hätte, noch Hinweise dafür, dass bei der Errichtung der Veranstaltungshalle in Italien der Auftragnehmerin Mängel unterlaufen wären. Bei der mitbeteiligten Partei handelt es sich um einen international tätigen Konzern. Die in Rede stehende Veranstaltungshalle in Italien wurde von einem Mitglied des Konzerns errichtet, welches nicht ident mit der mitbeteiligten Partei ist.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, die mitbeteiligte Partei habe im Nachprüfungsverfahren eine Reihe von Details zum Letztangebot der Antragstellerin vorgebracht, die sie bei Einhaltung der vergaberechtlichen Geheimhaltungspflichten nicht kennen dürfte, so ist zunächst festzustellen, dass auch diese Frage bereits im Nachprüfungsverfahren zur Zahl VGW-123/077/9124/2023, im Zusammenhang mit der Frage der Antragslegitimation im damaligen Verfahren Gegenstand der inhaltlichen Nachprüfung war. Es haben sich bereits damals keine Anhaltspunkte für die Annahme ergeben, dass sich die mitbeteiligte Partei Informationen über das Letztangebot der Antragstellerin in unzulässiger Weise beschafft oder Informationen über dieses Letztangebot in unzulässiger Weise weitergegeben hätte. Im Detail wird auf die oben zitierten Sachverhaltsfeststellungen im Erkenntnis vom 16.10.2023, VGW-123/077/9124/2023, verwiesen.

Darüber hinaus wurde dieser Aspekt in der Verha

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at