



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

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

GZ: VGW-123/077/6828/2025-9
Bewerbergemeinschaft bestehend aus:
A. GmbH,
B. GmbH

Wien, 02.06.2025

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der Bewerbergemeinschaft (bestehend aus: A. GmbH, B. GmbH), vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigkeitserklärung der Nicht-Zulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarungen über die Erbringung von Wirtschaftsprüfungsleistungen (Los 1 und Los 2)", der Wien Holding GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH,

durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag vom 05.05.2025, die Entscheidungen vom 25.04.2024 über die Nichtzulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren „Wirtschaftsprüfungsleistungen“ wegen Rechtswidrigkeit für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Wien Holding GmbH (im Folgenden: Antragsgegnerin) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich in zwei Losen zum Abschluss zweier Rahmenvereinbarungen für Wirtschaftsprüfungsleistungen. Los 1 betrifft Wirtschaftsprüfungsleistungen der Wien Holding GmbH. Los 2 betrifft Wirtschaftsprüfungsleistungen der Hafen Wien GmbH. Aus den Rahmenvereinbarungen sollen Dienstleistungsaufträge abgerufen werden können.

Die Bietergemeinschaft A. GmbH und B. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) hat für beide Lose einen Teilnahmeantrag gestellt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin am 25.04.2025 jeweils für Los 1 und für Los 2 mitgeteilt, dass sie für das weitere Verhandlungsverfahren nicht zugelassen werde, weil sie bei der Bewertung ihres Teilnahmeantrags nicht die erforderliche Punktezahl erreicht habe.

Die Antragstellerin hat am 05.05.2025 für beide Lose einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung über ihre Nichtzulassung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

In ihrem Nachprüfungsantrag brachte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Antragsgegnerin habe folgende Auswahlkriterien festgelegt:

„1. Inhaltliche Bewertung des Eignungsprojekts (Konzernabschlussprüfung):	400 Punkte.
2. Bewertung der Schlüsselpersonen:	600 Punkte.
Punkte gesamt:	1000 Punkte“

Das erste Auswahlkriterium „Inhaltliche Bewertung des Eignungsprojekts (Konzernabschlussprüfung)“ sei in zwei Subkriterien geteilt. Gemäß dem ersten

Subkriterium erhalte der Bewerber 200 Punkte, „sofern es sich beim Referenzprojektauftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Vergabe-RL (...) handelt“.

Das zweite Auswahlkriterium „Bewertung von Schlüsselpersonen“ sei ebenso in zwei Subkriterien geteilt. Gemäß dem ersten Subkriterium erhalte der Bewerber für jede benannte Schlüsselperson 150 Punkte, „sofern es sich beim Referenzprojektauftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Vergabe-RL (...) handelt“.

Die Antragstellerin habe als Eignungs- und zu bewertendes Auswahlreferenzprojekt auf den Auftrag der Konzernabschlussprüfung für die C. GmbH verwiesen. Als Schlüsselpersonen seien zwei namentlich angeführte Personen benannt worden, welche im Referenzprojekt tätig gewesen seien.

Der Referenzauftrag sei im Wege eines offenen Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich vergeben worden. Die Bekanntmachung sei am 22.05.2023 im Amtsblatt der EU zur Bekanntmachungsnummer ... mit ausdrücklichem Hinweis darauf erfolgt, dass die Richtlinie 2024/24/EU die Rechtsgrundlage bilde. Als Auftraggeber seien die D. GmbH und die E. GmbH tätig gewesen. Das Los 3 dieses Vergabeverfahrens habe die Prüfung Einzel- und Konzernabschluss der F. GmbH und der C. GmbH beinhaltet. Die im konkreten Teilnahmeantrag benannten Schlüsselpersonen seien in diesem Referenzauftrag tätig gewesen.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass sie in diesen beiden Subkriterien (Auftraggebereigenschaft) die Maximalpunkte hätte erreichen müssen, dh 500 Punkte. Ohne die nachteilige (unrichtige) Auswahlbewertung hätte die Antragstellerin daher die Maximalpunktezahl von 1000 Punkten erreichen und jedenfalls zur Legung eines Angebotes eingeladen werden müssen.

Wenn die Antragsgegnerin ihre Bewertung mit null Punkten damit begründe, dass ihrer Rechtsansicht nach der Referenzauftrag die Prüfung der C. GmbH umfasse und diese kein Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU sei, so widerspreche dies offenkundig der Rechtsansicht der C. GmbH selbst. Diese habe neben dem bezeichneten Referenzauftrag auch andere Liefer-

/Dienstleistungsaufträge stets im Wege eines öffentlichen Vergabeverfahrens gemäß BVergG ausgeschrieben und vergeben.

Die einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 12.05.2025, VGW-124/077/6829/2025, erlassen.

Die Antragsgegnerin hat zum Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 12.05.2025 repliziert und im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die Antragstellerin habe es in ihrem Teilnahmeantrag zunächst unterlassen, die Bieterlücke Eignungsprojekt zu befüllen und ihren Referenzauftraggeber zu nennen. Mit Aufklärungsersuchen vom 01.04.2025 habe die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit diesem Umstand konfrontiert.

Mit Schreiben vom 02.04.2025 habe die Antragstellerin mitgeteilt, dass „die D. GmbH“ als vergebende Stelle fungiert habe, „formaler Auftraggeber“ sei aber die „C. GmbH“ gewesen.

Aufgrund dieser Aufklärung und des Umstands, dass sich die mit dem Teilnahmeantrag übermittelte Beschreibung des Eignungsprojekts ausschließlich mit dem C.-Konzern (und nicht mit der G.) befasst habe, habe es für die Antragsgegnerin keinen Zweifel gegeben, dass es die C. GmbH sei, die als Referenzprojektauftraggeber nominiert werde.

Zu den Bieterlücken Schlüsselpersonen führte die Antragsgegnerin aus, die Antragstellerin habe die C. GmbH nicht nur für ihr Eignungsprojekt Konzernabschlussprüfung, sondern auch als Referenz ihrer Schlüsselpersonen genannt. So habe sie in ihren Eigenerklärungen gemäß Pkt. 3.6.5 und Pkt. 3.6.6. des Teilnahmeantrags für die Schlüsselperson 1 „C. GmbH – 2023“ und für die Schlüsselperson 2 „C. GmbH – 2024“ angegeben und angeführt (angekreuzt), dass es sich bei der C. GmbH um einen ausschreibungspflichtigen Auftraggeber im Sinne der Vergabe-RL handeln würde. Aufgrund dieser eindeutigen Angaben im Teilnahmeantrag habe es für die Antragsgegnerin keinen Zweifel daran angegeben, dass die Antragstellerin auch für die Schlüsselpersonen die C. GmbH als Projektauftraggeberin nominiert habe.

Mit Aufforderungsschreiben vom 28.04.2025 habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin einen Computerausdruck übermittelt, der den Referenzprojektauftrag betreffen soll. In diesem Ausdruck werde die D. GmbH als Projektauftraggeber genannt. Die Antragsgegnerin sei aufgefordert worden, zum Umstand Stellung zu nehmen, dass tatsächlich die Beauftragung dieses Referenzprojekts im Wege eines Vergabeverfahrens gemäß BVergG erfolgt sei.

Daraufhin habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie aufgrund der Angaben im Teilnahmeantrag und im Aufklärungsschreiben davon habe ausgehen müssen, dass die C. GmbH – und nicht die D. GmbH – als Referenzprojektauftraggeber genannt worden sei. Dass die C. GmbH keine ausschreibungspflichtige Auftraggeberin sei, sei auch von der Antragstellerin nicht bezweifelt worden.

Im Nachprüfungsantrag werde nun erstmals behauptet, dass auch die C. GmbH öffentliche Auftraggeberin sei. Aufgrund welcher fachlichen Tätigkeiten dies anzunehmen sei oder wie das im Einklang mit den Behauptungen des Aufforderungsschreibens vom 28.04.2025 betreffend die öffentliche Auftraggebereigenschaft der D. GmbH stehe, bleibe unerklärt.

Die C. GmbH sei keine öffentliche Auftraggeberin.

Gemäß § 4 Abs. 1 Ziffer 2 lit. a BVergG 2018 müsse die C. GmbH, um öffentliche Auftraggeberin zu sein, zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Sie müsse weiters zumindest teilrechtsfähig sein (§ 4 Abs. 1 Ziffer 2 lit. b BVergG 2018) und entweder von einem öffentlichen Auftraggeber überwiegend finanziert werden, dessen Aufsicht unterstehen oder von ihm sonst beherrscht werden (§ 4 Abs. 1 Ziffer 2 lit. c BVergG 2018). Diese Prüfung habe die Antragsgegnerin vorgenommen.

Die C. GmbH stehe zu 66,70 % im Eigentum der D. GmbH, die wiederum zu 99,84 % im Eigentum der Stadt Graz stehe. Eine - zumindest mittelbare - Beherrschung durch einen öffentlichen Auftraggeber (Stadt Graz) sei daher gegeben.

Die Prüfung der Antragsgegnerin basiere auf einer umfassenden Auswertung sämtlicher relevanter Unterlagen (z.B. Gesellschaftsvertrag, GISA-Berechtigungen, gelistete Ausschreibungen im Unternehmensserviceportal, Geschäftsberichte, Jahresabschlüsse, Websites, Judikatur- und Literaturrecherche). Dabei habe die Antragsgegnerin festgestellt, dass die C. GmbH keine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art erfülle. Die C. GmbH sei ein Außenwerbeunternehmen (ähnlich der I. GmbH, die an der C. GmbH auch beteiligt sei) und ein führender Anbieter im südösterreichischen Raum. Sie erwirtschafte Umsätze aus der Vermietung von Werbeflächen und agiere dabei in einem wettbewerbsintensiven Markt. Mithin sei die Antragstellerin in den Subkriterien „Auftraggebereigenschaft“ völlig zu Recht mit null Punkten bewertet worden.

Die Antragstellerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag behauptet, dass der Referenzauftrag im Wege eines offenen Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich vergeben worden sei. Sie gebe dazu selbst an, dass *„als Auftraggeber die D. GmbH und die E. GmbH tätig“* gewesen seien. Es sei freilich rechtsirrig, die C. GmbH allein schon aus diesem Grund als öffentliche Auftraggeberin zu qualifizieren. Die bloße Einbindung in das Vergabeverfahren eines ausschreibungspflichtigen Dritten begründe nämlich noch keine Auftraggebereigenschaft im vergaberechtlichen Sinn.

Zur Behauptung der „stetigen Ausschreibungen“ der C. GmbH werde ausgeführt, dass die C. GmbH nur zweimal als Auftraggeberin in einem Vergabeverfahren genannt werde. Zu beachten sei dabei freilich, dass die genannten Vergabevorhaben von mehreren (zum großen Teil tatsächlich ausschreibungspflichtigen) Auftraggebern des G.-Konzerns abgewickelt worden seien. Dass bei einer Auftraggebergemeinschaft, die mehrheitlich aus ausschreibungspflichtigen Auftraggebern bestehe, auch die nicht ausschreibungspflichtigen Unternehmen förmlich mitvergeben müssten, entspreche geltendem Vergaberecht, mache aber die nicht ausschreibungspflichtigen Unternehmen nicht zu öffentlichen Auftraggebern. Tatsächlich fände sich mit Ausnahme dieser beiden Vergabeverfahren - trotz des

mehr als 100-jährigen Bestehens des Unternehmens - auch keine einzige weitere förmliche Ausschreibung der C. GmbH.

Die Antragstellerin hat darauf mit Schreiben vom 28.05.2025 Folgendes repliziert:

Die Antragstellerin verwies darauf, dass sie die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 30.04.2025 darauf hingewiesen habe, dass die erfolgte Bewertung der Auftraggebereigenschaft ihres Referenzprojektes mit null Punkten unrichtig sei, weil der von ihr geltend gemachte Referenzauftrag in einem Vergabeverfahren gemäß BVergG vergeben worden und die D. GmbH sowie die E. GmbH Auftraggeber gewesen seien. Die tatsächlichen Auftraggeber des Referenzprojekts seien öffentliche Auftraggeber. Ob die C. GmbH öffentliche Auftraggeberin sei, sei daher ohne rechtliche Relevanz.

Es wurde am 02.06.2025 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen (mit redaktionellen Korrekturen des Verhandlungsprotokolls) folgenden Verlauf und Inhalt:

„Erörtert wird zunächst, dass das schriftliche Vorbringen der Parteien sowie der Akteninhalt bekannt sind und vom Gericht insoweit kein Bedarf gesehen wird, bereits durch schriftliche Vorbringen Bekanntes mündlich zu wiederholen. Es ergeht daher die Frage, ob und in wie weit von den Verfahrensparteien über das bereits erstattete schriftliche Vorbringen hinaus Erörterungsbedarf gesehen wird.

Die Antragstellerin (im Folgenden: AST) verweist darauf, dass in ihrem Schreiben nach erfolgter Übermittlung der anfechtungsgegenständlichen Entscheidung der Antragsgegnerin (im Folgenden: AG) die angeschlossene Beilage ./.J ein Ausdruck aus der offiziellen Datenbank des Bundeskanzleramtes gemäß § 59 Bundesvergabegesetz sei.

Darüber hinaus besteht aus Sicht der AST kein weiterer Erörterungsbedarf.

Die AG legt dar, dass sie in ihrer Duplik insoweit nur auf das Vorbringen der AST repliziert habe, wonach die AST die AG bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens darüber informiert habe, dass die D. GmbH öffentliche Auftraggeberin des Referenzauftrags gewesen sei. Möglicherweise habe die AST gemeint, dass sie diese Mitteilung an die AG vor der Einleitung des Vergabekontrollverfahrens bzw. Nachprüfungsverfahrens getätigt habe.

Die AST gibt dazu an, dass es richtig sei, dass diese Mitteilung vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens an die AG erfolgt sei.

Der Richter fasst kurz zusammen, dass als AG des Referenzprojekts zunächst die C. GmbH und im späteren Verlauf die D. GmbH angeführt wurde. Zur Eigenschaft beider Gesellschaften als öffentliche AG findet sich im Vergabeakt und im Vorbringen Material, das für eine Beurteilung der Eigenschaft als öffentlicher AG ausreichend erscheint. Es spricht nach der Aktenlage einiges dafür, dass die C. GmbH keine öffentliche AG, die D. GmbH hingegen eine öffentliche AG ist.

Zur Frage der Einstufung jeweils der C. GmbH und der D. GmbH als möglicher öffentlicher AG wird von den Parteien kein über das bisherige Vorbringen hinausgehendes Vorbringen erstattet.

Die AG weist aber für den Fall, dass das Gericht davon ausgehen sollte, dass die D. GmbH der Bewertung des Teilnahmeantrags der AST zugrunde zu legen wäre, darauf hin, dass die AST dennoch nicht die erforderliche Anzahl von zumindest 850 Punkten erreichen würde, um in die Auswahl für die weitere Teilnahme am Vergabeverfahren zu kommen. Ihre Bewertung würde sich unter dieser Voraussetzung zwar um 200 Punkte auf 700 Punkte verbessern, damit wäre der Teilnahmeantrag der AST aber lediglich viertgeriht. Die 300 Punkte (2x150 Punkte) zusätzlich für eine bessere Bewertung ihres Auswahlprojekts könne die AST auf diese Weise nicht erzielen, weil das Auswahlprojekt nicht ausgewechselt werden könne.

Die AST entgegnet, dass das Referenzprojekt (Auswahlprojekt) durch die Nennung der D. GmbH als tatsächliche AG inhaltlich nicht abgeändert werde. Es sei zwischen der Leistungsempfängerin einerseits und der Auftraggeberin andererseits zu unterscheiden. Die C. GmbH sei Leistungsempfängerin gewesen, weil die Leistung an die C. GmbH erbracht worden sei. Die Ausschreibung sei jedoch durch die D. GmbH erfolgt und die D. GmbH sei daher Auftraggeberin der an die C. GmbH erbrachten Leistung gewesen.

Die AG legt den Gang des Vergabeverfahrens wie im Vergabeakt dokumentiert dar. Die Befüllung des Teilnahmeantrages habe darauf hingedeutet, dass die C. GmbH Auftraggeberin des Auswahlprojekts gewesen sei. Es sei auch ein Mitarbeiter der C. GmbH als Auskunftsperson angeführt worden, die ausdrückliche Angabe der Auftraggeberin aber zunächst unterblieben. Die AG habe daher ausdrücklich nachgefragt und von der AST die ausdrückliche Auskunft erhalten, dass die C. GmbH Auftraggeberin sei.

Die AST gibt dazu an, dass die genannte Auskunftsperson sowohl zum inhaltlichen Auftrag als auch zum zugrundeliegenden Vergabeverfahren hätte Auskunft erteilen können.“

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mündlich verkündet. Die Antragstellerin hat fristgerecht eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses verlangt.

Das Verwaltungsgericht geht von folgendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus:

Die Wien Holding GmbH führt ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss zweier Rahmenvereinbarungen über die Dienstleistung „Wirtschaftsprüfungsleistungen“. Das Vergabeverfahren ist in zwei Lose gegliedert. Los 1 betrifft die Wirtschaftsprüfung der Wien Holding GmbH. Los 2 betrifft die Wirtschaftsprüfung der Hafen Wien GmbH. Die Laufzeit der Rahmenvereinbarungen beträgt jeweils ein Jahr mit jeweils einer Verlängerungsoption für ein weiteres Jahr.

Die Teilnahmeunterlagen sind bestandsfest. Sie sehen eine Punktebewertung der Teilnahmewerber vor. Je Los waren die besten drei Bewerber zu ermitteln, wobei im Fall des Punktegleichstands am dritten Platz auch mehr als drei Bewerber zum Verhandlungsverfahren zugelassen werden konnten.

Im Teilnahmeantrag waren mittels Eigenerklärung ein Referenzprojekt über erbrachte Wirtschaftsprüfungsleistungen sowie zwei Schlüsselpersonen zu nennen.

Für das Referenzprojekt waren insgesamt maximal 400 Punkte zu vergeben. Die Hälfte davon, 200 Punkte, waren zu vergeben, sofern es sich beim Referenzbeauftragter um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Vergabe-RL 2014/23/EU bzw. 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU handelt. Die anderen 200 Punkte wurden gestaffelt je nach der Größe des geprüften Konzerns vergeben, wobei die volle Anzahl von 200 Punkten zu vergeben war, wenn der Konzern im Prüfzeitraum aus 11 oder mehr Konzerngesellschaften bestanden hat.

Für die Schlüsselpersonen waren insgesamt maximal 600 Punkte zu vergeben. Jeweils 150 Punkte, somit insgesamt 300 Punkte, waren zu vergeben, wenn der Referenzprojektauftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Vergabe-RL 2014/23/EU bzw. 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU war. Jeweils weitere 150 Punkte, somit insgesamt weitere 300 Punkte, waren nach der Dauer der Berufserfahrung der genannten Schlüsselpersonen zu vergeben.

Die Antragstellerin hat für beide Lose jeweils einen Teilnahmeantrag gestellt. Ihre Teilnahmeanträge wurden jeweils mit 500 Punkten bewertet, wodurch die

Antragstellerin jeweils nicht in die engere Wahl der drei Erstgereihten gekommen ist.

Für dieses Bewertungsergebnis der Teilnahmeanträge der Antragstellerin war entscheidend, dass der von ihr angegebene Referenzauftraggeber nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Vergabe-RL 2014/23/EU bzw. 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU gewertet worden ist. Dadurch haben die Teilnahmeanträge der Antragstellerin beim Auswahlkriterium Referenzauftraggeber um 200 Punkte weniger und je namhaft gemachter Schlüsselperson um 150 Punkte weniger erhalten, als wenn der Auftraggeber in dem von der Antragstellerin angeführten Referenzauftrag als öffentliche Auftraggeber gewertet worden wäre. Im Fall einer solchen Wertung wären die Teilnahmeanträge der Antragstellerin mit jeweils 1000 Punkten zu bewerten gewesen und die Antragstellerin wäre dann mit jeweils der maximal erreichbaren Punktezahl unter den ersten drei Teilnahmewerbern platziert gewesen.

Die Antragstellerin hat in ihrem Teilnahmeantrag jeweils durch Ankreuzen angegeben, dass es sich beim Referenzauftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Vergabe-RL 2014/23/EU bzw. 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU handelt. Sie hat auch jeweils den Großteil der im Formular des Teilnahmeantrags verlangten Angaben zum Referenzauftrag gemacht, jedoch mit Ausnahme der Befüllung der Bieterlücke zur Angabe des Referenzauftraggebers. Auch zu den Schlüsselpersonen hat die Antragstellerin in ihrem Teilnahmeantrag jeweils den Großteil der im Formular des Teilnahmeantrags verlangten Angaben gemacht, wobei sie ebenfalls die Bieterlücke nicht befüllt und damit den Referenzauftrag nicht angegeben hat.

Die Antragsgegnerin hat an die Antragstellerin am 1.4.2025 ein Aufklärungsersuchen gesendet und unter anderem vorgehalten, dass die Antragstellerin in ihrem jeweiligen Teilnahmeantrag keinen Referenzprojektauftraggeber genannt hat. Es war die Frage angefügt: „Gehen wir richtig in der Annahme, dass es sich beim Referenzprojektauftraggeber um die C. GmbH handelt?“

Die Antragstellerin hat dieses Ersuchen am 2.4.2025 dahingehend beantwortet, dass als vergebende Stelle die G. in Vertretung durch die D. GmbH fungiere und formaler Auftraggeber jeweils die zu prüfende Gesellschaft, im konkreten Fall daher die C. GmbH, sei.

Die Antragsgegnerin hat daraufhin geprüft, ob die C. GmbH öffentliche Auftraggeberin ist. Das Ergebnis dieser Prüfung hat die Antragsgegnerin im Vergabeakt mit Aktenvermerk dokumentiert.

Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 25.04.2025 darüber informiert, dass sie zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren nicht zugelassen werde. Diesem Schreiben war der die Antragstellerin betreffende Teil des Bewertungsprotokolls angeschlossen.

Die Antragstellerin hat daraufhin ihre rechtliche Vertretung beigezogen und über diese mit E-Mail vom 30.04.2025 ersucht, die Entscheidung über die Nichtzulassung der Antragstellerin zum weiteren Vergabeverfahren zurückzunehmen. In diesem Schreiben wies die Antragstellerin mittels angeschlossener Beilage nach, dass in dem gegenständlichen Referenzauftrag tatsächlich die D. GmbH – anstatt der C. GmbH – Auftraggeberin gewesen war.

Die Antragsgegnerin beantwortete dieses Schreiben am 02.05.2025 und wies in ihrer Antwort unter anderem darauf hin, dass die Antragstellerin auf die diesbezügliche Nachfrage der Antragsgegnerin ausdrücklich erklärt habe, dass die C. GmbH Auftraggeberin des Referenzprojekts gewesen sei.

Es wird festgestellt, dass die von der Antragstellerin am 02.04.2025 erteilte Auskunft, wonach die C. GmbH Auftraggeberin des geltend gemachten Referenzprojekts gewesen sei, falsch war. Die Antragstellerin ist bei der Erteilung dieser Auskunft einem Irrtum erlegen.

Auftraggeberinnen des geltend gemachten Referenzauftrags waren tatsächlich die D. GmbH und die E. GmbH. Zumindest bei der D. GmbH handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des BVergG 2018.

Die Antragstellerin hat ihren Irrtum in der von ihr angegebenen Person des Auftraggebers ihres Referenzprojekts erst nach der Übermittlung der Entscheidung über die Nichtzulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren erkannt und aufgeklärt.

Die C. GmbH steht mehrheitlich im Eigentum der D. GmbH, welche wiederum mehrheitlich im Eigentum der Stadt Graz steht.

Unternehmensgegenstand der C. GmbH ist die „Durchführung von Werbungen in allen Zweigen des Werbegeschäfts, die Werbungsmittlung, die Errichtung und der Betrieb von Werbeanlagen aller Art und der Vertrieb von Werbegegenständen“. Die C. GmbH verfügt über Gewerbeberechtigungen für das freie Gewerbe „Plakatierung, Kino- und Lichtreklame, sowie Übernahme aller Arten Reklamegeschäfte auf eigene Rechnung, desgleichen Herstellung und Vertrieb von Reklameobjekten und Gegenständen, insoweit die Herstellung und der Betrieb derselben nicht Gegenstand einer an eine besondere Bewilligung (Konzession) oder befähigungsnachweisgebunden ist“ sowie für das freie Gewerbe „Werbeberater“ und für das freie Gewerbe „Werbungsmittler gemäß § 103 Abs. 1 lit. b Z 55 GewO 1973“.

Die C. GmbH bietet ihre Tätigkeiten auf dem freien Markt an und steht dabei im Wettbewerb mit anderen Werbeunternehmen.

Das Unternehmen der C. GmbH besteht seit etwa hundert Jahren. Ausschreibungen nach dem BVergG hat die C. GmbH bisher nur in zwei Fällen durchgeführt. Dabei handelt es sich in einem Fall um die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung betreffend die Lieferung von elektrischer Energie für das „Haus Graz 2024“, wobei die C. GmbH eine von dreißig Auftraggebern war. Im anderen Fall handelt es sich um die Lieferung von Erdgas für das „Haus Graz 2024“, wobei die C. GmbH eine von neun Auftraggebern war. Das Erfordernis einer Ausschreibung gemäß BVergG hat sich in beiden Fällen daraus ergeben, dass ein großer Teil der Auftraggeber jeweils öffentlicher Auftraggeber war.

Nach den von der Antragstellerin im Vergabeverfahren gemachten Angaben und von ihr vorgelegten Unterlagen waren die Angaben, dass es sich bei der

Auftraggeberin um die C. GmbH gehandelt hätte, schlüssig. Etwaige Zweifel an der Richtigkeit dieser Angaben der Antragstellerin ergeben sich erst durch die Angaben der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag, wonach die Auftraggeberinnen des Referenzprojektes tatsächlich die D. GmbH und die E. GmbH gewesen seien, wobei es sich bei den tatsächlichen Auftraggeberinnen um öffentliche Auftraggeberinnen im Sinne der Vergaberichtlinien handeln würde.

Tatsächlich hat sich die Antragstellerin bei ihrer Angabe, dass es sich bei der Auftraggeberin um die C. GmbH gehandelt habe, zu ihrem Nachteil geirrt und ihren Irrtum erst nach der Übermittlung der antragsgegenständlichen Entscheidung der Antragsgegnerin über die Nichtzulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren erkannt. Auftraggeber des Referenzauftrags sind stattdessen die D. GmbH und die E. GmbH gewesen, wobei es sich zumindest bei der D. GmbH um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne der Vergaberichtlinien handelt.

Die erfolgte, vergleichsweise schlechtere Bewertung der Teilnahmeanträge der Antragstellerin geht somit darauf zurück, dass die Antragstellerin zu ihrem Nachteil die C. GmbH anstatt der D. GmbH und der E. GmbH als Auftraggeberin genannt hat.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf der klaren und übersichtlichen Dokumentation im Vergabeakt, dem im Nachprüfungsverfahren erstatteten schriftlichen Vorbringen der Verfahrensparteien und der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

Der Irrtum, der der Antragstellerin bei der von ihr im Vergabeverfahren gegebenen Aufklärung über die Person der Auftraggeberin ihres Referenzauftrags unterlaufen ist, sowie das Erkennen dieses Irrtums nach Übermittlung der Entscheidung der Antragsgegnerin über die Nichtzulassung der Antragstellerin zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren, wurden im Nachprüfungsverfahren im Rahmen des Schriftverkehrs und in der mündlichen Verhandlung herausgearbeitet, wobei die

Beweiswürdigung auch auf dem in der mündlichen Verhandlung gewonnenen unmittelbaren Eindruck des Senates beruht.

In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag zunächst geltend gemacht, dass bei dem von ihr angeführten Referenzauftrag tatsächlich die D. GmbH und die E. GmbH Auftraggeber gewesen seien. Diese Auftraggeber seien öffentliche Auftraggeber. Die Teilnahmeanträge der Antragstellerin hätten daher jeweils mit der maximalen Zahl von 1000 Punkten bewertet werden müssen.

Dazu ist auszuführen, dass die Antragsgegnerin den Auftraggeber in ihren Teilnahmeanträgen nicht genannt hat und sie die Antragsgegnerin deshalb mittels Aufklärungsersuchen ausdrücklich gefragt hat, wer Auftraggeber des von der Antragstellerin geltend gemachten Referenzprojektes war. Die Antragstellerin hat dazu ausdrücklich geantwortet, dass die C. GmbH Auftraggeberin gewesen sei. Für die Antragsgegnerin ergaben sich bei der Bewertung des Teilnahmeantrags der Antragstellerin auf der Grundlage der von der Antragstellerin gemachten Angaben und aus den von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen keine Anhaltspunkte dafür, an der Eigenschaft der C. GmbH als Auftraggeberin des geltend gemachten Referenzprojektes zu zweifeln.

Es obliegt der Antragstellerin, in ihren Eigenerklärungen inhaltlich richtige Angaben zu machen und das erfolgte Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin, wer Auftraggeberin des Referenzprojekts gewesen ist, wahrheitsgemäß zu beantworten. Wenn die Antragsgegnerin die Angaben der Antragstellerin, wonach Auftraggeberin des Referenzauftrags die C. GmbH gewesen sei, ihrer Bewertung zu Grunde gelegt hat, so hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin somit in keinem ihr zustehenden Recht verletzt.

Daraus ergibt sich zunächst die Rechtsfrage, ob die Antragstellerin berechtigt ist, ihren Irrtum betreffend die Angabe des Auftraggebers ihres Referenzprojekts richtigzustellen, nachdem ihr Teilnahmeantrag bewertet und ihr die Entscheidung über die Nichtzulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren übermittelt worden ist.

Das Verwaltungsgericht hat hierzu zunächst erwogen, dass die Antragsgegnerin berechtigt gewesen wäre, den Irrtum in der Person der Auftraggeberin des Referenzprojekts richtigzustellen, wenn die Antragsgegnerin diesen Irrtum selbst bemerkt hätte. Da die Antragsgegnerin auch berechtigt gewesen wäre, ihre Entscheidung zurückzuziehen und die Teilnahmeanträge nochmals zu bewerten, wäre die Antragsgegnerin auch berechtigt gewesen, den Irrtum in der Person der Auftraggeberin des Referenzprojekts auch noch nach der Erlassung der antragsgegenständlichen Entscheidung richtigzustellen und die Bewertung der Teilnahmeanträge zu wiederholen.

Auf der anderen Seite ist es der Antragstellerin oblegen, das erfolgte Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin hinsichtlich der Auftraggeberin des Referenzprojekts sorgfältig zu beantworten und richtige Angaben zur angefragten Auftraggeberin des Referenzprojekts zu machen. Wenn daher die Antragstellerin auf die erfolgte ausdrückliche Nachfrage der Antragsgegnerin über die Person des Auftraggebers des Referenzprojekts unrichtige Angaben gemacht hat und diese unrichtigen Angaben zu einer vergleichsweise schlechteren Bewertung ihres Teilnahmeantrags geführt haben, dann hat die Antragstellerin die Nachteile ihrer unrichtigen Aufklärung selbst zu tragen. Eine vergaberechtliche Verpflichtung der Antragsgegnerin, ihre bereits erfolgte Entscheidung über die Zulassung bzw. Nichtzulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren zurückzunehmen und ihre Bewertung der Teilnahmeanträge zu revidieren, ist nicht ersichtlich.

In diesem Zusammenhang hervorzuheben ist auch, dass die unrichtigen Angaben der Antragstellerin über die Auftraggeberin des von ihr geltend gemachten Referenzauftrags in sich schlüssig und widerspruchsfrei erschienen sowie auch im Einklang mit den bis dahin von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen standen. Der Antragsgegnerin musste daher der Irrtum, der der Antragstellerin bei Erteilung ihrer Auskunft über den Auftraggeber des Referenzauftrags ist, nicht auffallen. Würde man von der Antragsgegnerin verlangen, dass sie auch ohne ersichtliche Anhaltspunkte ermittelt, ob sich die Teilnahmewerber bei ihren Angaben über die Person des Auftraggebers des Referenzauftrags vielleicht geirrt hätten, so würde dies die Prüf- und Ermittlungspflichten der Antragsgegnerin überspannen. Es wird nicht verkannt, dass Auftraggeber grundsätzlich berechtigt

sind, die Richtigkeit der Erklärungen der Teilnahmewerber in jede Richtung zu überprüfen. Eine so umfangreiche Prüfung der Angaben der Teilnahmewerber ist jedoch für Auftraggeber nicht verpflichtend. Vielmehr dürfen Auftraggeber grundsätzlich davon ausgehen, dass Teilnahmewerber bei der Angabe von Referenzaufträgen in der Lage sind, zwischen Auftraggeber, vergebender Stelle und überprüfter Gesellschaft zu differenzieren und die Frage, wer Auftraggeber des Referenzauftrags war, korrekt zu beantworten. Die Antragsgegnerin war daher berechtigt, die Angaben der Antragstellerin über die Person des Auftraggebers des geltend gemachten Referenzauftrags sowie des geltend gemachten Referenzprojektes der Bewertung des Teilnahmeantrags jeweils für Los 1 und Los 2 zu Grunde zu legen, ohne den Verdacht hegen zu müssen, dass die Antragstellerin zwischen den obgenannten Begriffen unzutreffend differenziert und dadurch eine unrichtige Auskunft erteilt haben könnte.

Die Antragsgegnerin durfte somit bei der Bewertung der Teilnahmeanträge der Antragstellerin davon ausgehen, dass die C. GmbH Auftraggeberin des Referenzauftrags sowie des Referenzprojektes war.

Die Frage, ob die C. GmbH öffentliche Auftraggeberin ist, ist gemäß § 4 Abs. 1 Ziffer 2 BVergG 2018 danach zu beurteilen, ob die C. GmbH die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen der lit. a bis c der zit. Gesetzesstelle erfüllt.

Gemäß § 4 Abs. 1 Ziffer 2 lit. a BVergG 2018 erfordert die Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber nach dieser Gesetzesstelle unter anderem, dass die betreffende Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so handelt es sich bei der betreffenden Einrichtung bereits aus diesem Grund um keine öffentliche Auftraggeberin.

Die Antragsgegnerin hat sorgfältig geprüft, ob die genannte Voraussetzung auf die C. GmbH zutrifft.

Die C. GmbH wird am freien Markt aufgrund von Gewerbeberechtigungen im Werbebereich tätig. Die Tätigkeiten der C. GmbH lassen sich nicht auf die Wahrnehmung von „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher

Art“ zurückführen, sondern stellen vielmehr gewerbliche Tätigkeiten im Wettbewerb des freien Marktes dar.

Die C. GmbH ist daher keine öffentliche Auftraggeberin.

Der Hinweis der Antragstellerin, dass die C. GmbH Rahmenvereinbarungen betreffend die Lieferung von elektrischer Energie und Rahmenvereinbarungen betreffend die Lieferung von Gas jeweils gemäß BVergG öffentlich ausgeschrieben habe, vermag nicht zu bewirken, dass die C. GmbH aus diesem Grund als öffentliche Auftraggeberin anzusehen wäre. Vielmehr ist die Ausschreibung dieser beiden Rahmenvereinbarungen darauf zurückzuführen, dass jeweils eine gemeinsame Ausschreibung mehrerer Auftraggeber vorlag und ein Teil der beteiligten Auftraggeber öffentliche Auftraggeber waren. Darüber hinaus würde auch eine freiwillige Ausschreibung gemäß BVergG durch die C. GmbH nicht bewirken, dass die C. GmbH damit zur öffentlichen Auftraggeberin würde.

Der Hinweis der Antragstellerin, wonach der von der Antragstellerin angeführte Referenzauftrag öffentlich ausgeschrieben worden sei, geht ebenfalls ins Leere. Die Antragstellerin hat dazu im Nachprüfungsantrag selbst belegt, dass als Auftraggeberinnen die D. GmbH und die E. GmbH fungiert haben. Für eine bessere Bewertung der Teilnahmeanträge der Antragstellerin wäre es daher erforderlich gewesen, dass die Antragstellerin die D. GmbH und die E. GmbH als Auftraggeberinnen angeführt hätte.

Die von der Antragstellerin behauptete Unrichtigkeit der Bewertung der Teilnahmeanträge der Antragstellerin liegt daher nicht vor. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war daher spruchgemäß abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 15 WVRG 2020. Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht erfolgreich war, liegen die Voraussetzungen für einen Gebührenersatz durch die Antragsgegnerin nicht vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden

Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr.ⁱⁿ Lettner