



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/095/11021/2024-11
A. GmbH

Wien, 25.9.2024

Geschäftsabteilung: VGW-K

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden und Dr. Diem als Berichter sowie durch seine Richterin Dr. Zirm als Beisitzerin über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, vom 14.8.2024, auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 5.8.2024 betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 48, „Rahmenvereinbarung für die Container- und Abfallwirtschaftlichen Transporte 2024-2028, Teilleistung 1: Abholung privater Strauch- und Grünschnitt und Transporte für Deponie B.“, AZ: MA 48-...-...-2024, den

BESCHLUSS

gefasst und verkündet:

I. Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 5.8.2024 betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 48, „Rahmenvereinbarung für die Container- und Abfallwirtschaftlichen Transporte 2024-2028, Teilleistung 1: Abholung privater Strauch- und Grünschnitt und Transporte für Deponie B.“, AZ: MA 48-...-...-2024 wird gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 als unzulässig zurückgewiesen.

II. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 2.027,20 selbst zu tragen.

III. Gegen diesen Beschluss ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Begründung

I. Verfahrensgang und Sachverhalt

1. Die Stadt Wien (in der Folge: Auftraggeberin) führt unter der Bezeichnung „Rahmenvereinbarung für die Container- und Abfallwirtschaftlichen Transporte 2024-2028“, AZ: MA 48-...-...-2024, ein offenes Verfahren zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen in sieben Losen betreffend die Erbringung von Dienstleistungen im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip. Verfahrensgegenständlich ist Los 1 „Teilleistung 1: Abholung privater Strauch- und Grünschnitt und Transporte für Deponie B.“. Der geschätzte Auftragswert dieses Loses überschreitet bereits den Schwellenwert.

2. Die Ausschreibungsunterlagen sehen in Punkt 1.9. der Leistungsbeschreibung vor, dass sich Arbeits- und Bietergemeinschaften an der Ausschreibung beteiligen dürfen, wobei die Anzahl der Mitglieder gemäß § 21 Abs. 2 BVergG 2018 mit zwei begrenzt wird.

3. Die A. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) und die C. GmbH haben eine Arbeitsgemeinschaft (in der Folge: Arbeitsgemeinschaft) gebildet. Der Beteiligungsanteil der Antragstellerin beträgt dabei 75 %, jener der C. GmbH 25 %. Die Arbeitsgemeinschaft hat fristgerecht vor Ablauf der Angebotsfrist am 29.4.2024, 12:00 Uhr, ein Angebot u.a. betreffend Los 1 gelegt. Die Antragstellerin hat kein eigenständiges Angebot abgegeben.

4. Mit Schreiben vom 15.5.2024 forderte die Auftraggeberin die Arbeitsgemeinschaft über die Vergabeplattform des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) u.a. auf, diverse Nachweise und Unterlagen, u.a. eine „Registerrauskunft für Verbände für C. GmbH“, nachzureichen. In diesem Schreiben findet sich u.a. die Wendung: „Im MD BD SR 75 wurde Fr. D. E. bevollmächtigt[,] die ARGE, bestehend aus A. GmbH und C. GmbH, nach außen hin zu vertreten“, wobei die Auftraggeberin die (zunächst) fehlende Vollmacht beanstandet hat.

Am 17.5.2024 wurde die Vollmacht nachgereicht und am 27.5.2024 die Registerauskunft für Verbände.

5. Mit Schreiben vom 15.7.2024 teilte die Auftraggeberin via ANKÖ an den von der Arbeitsgemeinschaft bekanntgegebenen und für die Angebotsabgabe via ANKÖ verwendeten Firmennamen (A. GmbH) und Benutzer (D. E.) sowie an die von der Arbeitsgemeinschaft bekanntgegebene und für die Angebotsabgabe via ANKÖ verwendete E-Mailadresse (office@A..at) mit, dass dieses zu Los 1 abgegebene Angebot gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2018 ausgeschieden werde.

Gegen diese Entscheidung brachte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 25.7.2024 beim Verwaltungsgericht Wien einen Nachprüfungsantrag ein. Während des Nachprüfungsverfahrens teilte die Auftraggeberin am 30.7.2024 mit, dass sie die Ausscheidensentscheidung zurückgenommen habe. In der Folge stellte das Verwaltungsgericht Wien mit Beschluss vom 5.8.2024, ZI. VGW-123/095/9872/2024-8, das Nachprüfungsverfahren ein.

6. Mit Schreiben vom 5.8.2024 teilte die Auftraggeberin via ANKÖ an den von der Arbeitsgemeinschaft bekanntgegebenen und für die Angebotsabgabe via ANKÖ verwendeten Firmennamen und Benutzer sowie an die von der Arbeitsgemeinschaft bekanntgegebene und für die Angebotsabgabe via ANKÖ verwendete E-Mailadresse mit, dass das Angebot zu Los 1 ausgeschieden werde. Es sei nach einer vertieften Angebotsprüfung und drei Aufklärungsversuchen durch die Auftraggeberin zum einen als Angebot mit nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018, zum anderen als unvollständig im Sinne des § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 zu bewerten und daher auszuschneiden. In der Ausscheidensentscheidung wird nicht ausdrücklich Bezug genommen, dass das Angebot von der Arbeitsgemeinschaft abgegeben wurde. In der Ausscheidensentscheidung, die im Kopf Bezug nimmt auf „Firma A. GmbH[,] F.-straße[,] ... G.[,] Per Vergabepattform“, finden sich u.a. folgende Wendungen: „An alle Bieter erging am 15.05.2024 eine Anfrage zur Klärung [...]“, „Seitens der A. GmbH wurde am 17.5.2024 bestätigt [...]“, „Angebotspreis[...] der A. GmbH“, „Die A. GmbH wurde daher am 1.7.2024 aufgefordert [...]“, „A. GmbH übermittelte daraufhin [...]“, „Aus diesen Gründen ist das Angebot der Fa. A. GmbH für die TL 1 nach einer vertieften Angebotsprüfung und dreier Aufklärungsversuche durch die Auftraggeberin [...] auszuschneiden“.

7. Gegen diese Entscheidung richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 14.8.2024. Darin tritt die Antragstellerin mit näherer Begründung den Ausführungen der Auftraggeberin entgegen. Einen Nachweis über

die Entrichtung von Pauschalgebühren in Höhe von € 2.027,20 hat die Antragstellerin beigebracht.

8. Im Zuge des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat die Auftraggeberin (am 27.8.2024) eine Stellungnahme verfasst.

9. Am 11.9.2024 hat das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der die Antragstellerin und ihre rechtsfreundliche Vertretung sowie die Auftraggeberin teilgenommen haben. Im Anschluss daran verkündete das Verwaltungsgericht Wien die Entscheidung.

10. Mit Schriftsatz vom 24.9.2024 beantragte die Antragstellerin die schriftliche Ausfertigung der mündlich verkündeten Entscheidung.

II. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Vergabe- und Gerichtsakt. Die relevanten Umstände wurden zudem in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert. Im Einzelnen:

1. Die Feststellungen zu I.1. stützen sich auf den Vergabeakt, insbesondere auf die Bekanntmachung, die Leistungsbeschreibung und die Schätzkostenberechnung. Den geschätzten Auftragswert hat die Auftraggeberin zudem in der Stellungnahme vom 27.8.2024 bekanntgegeben.

2. Die Feststellungen zu I.2. stützen sich auf die Leistungsbeschreibung.

3. Die Feststellungen zu I.3. stützen sich auf das im Vergabeakt einliegende Angebot der Arbeitsgemeinschaft, insbesondere auf die ausgefüllte Beilage 13.06 („Verpflichtungserklärung zur Bildung einer Arbeitsgemeinschaft“), sowie auf das Protokoll hinsichtlich der Angebotsabgabe. Zudem hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass das Gesamtangebot hinsichtlich mehrerer Lose, u.a. auch hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Los 1, von der Arbeitsgemeinschaft abgegeben wurde. Zunächst hat sie zwar behauptet, dass das Angebot von der Antragstellerin gelegt wurde. Nachdem ihr das im Vergabeakt einliegende Angebot der Arbeitsgemeinschaft gezeigt wurde, hat sie aber ihre Angaben revidiert und eingeräumt, dass das Angebot von der Arbeitsgemeinschaft abgegeben wurde. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung ebenfalls

ausdrücklich angegeben, dass sie abgesehen vom Angebot, das sie gemeinsam mit der C. GmbH als Arbeitsgemeinschaft gelegt hat, kein eigenständiges Angebot für die ausgeschriebene Leistung abgegeben hat.

4. Die Feststellungen zu I.4. stützen sich auf das im Vergabeakt einliegende Schreiben vom 15.5.2024 sowie die Antworten vom 17.5.2024 und 27.5.2024.

5. Die Feststellungen zu I.5. stützen sich auf die im Vergabeakt einliegende Ausscheidensentscheidung vom 15.7.2024, auf das Protokoll hinsichtlich der Angebotsabgabe, aus dem ersichtlich ist, welchen Firmennamen und welchen Benutzer sowie welche E-Mailadresse die Arbeitsgemeinschaft für die Angebotsabgabe via ANKÖ verwendet hat; weiters auf den Gerichtsakt betreffend das zur Zahl VGW-123/095/9872/2024 protokollierte Nachprüfungsverfahren.

6. Die Feststellungen zu I.6. stützen sich auf die im Vergabeakt einliegende Ausscheidensentscheidung vom 5.8.2024, auf das Protokoll hinsichtlich der Angebotsabgabe, aus dem ersichtlich ist, welchen Firmennamen und welchen Benutzer sowie welche E-Mailadresse die Arbeitsgemeinschaft für die Angebotsabgabe via ANKÖ verwendet hat; zudem hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt, dass die Ausscheidensentscheidung vom 5.8.2024 via ANKÖ an den Benutzernamen bzw. an die E-Mail-Adresse übermittelt wurde, die auch bei der Angebotslegung verwendet wurden.

7. Die Feststellungen zu I.7. stützen sich auf den Nachprüfungsantrag vom 14.8.2024 sowie den beigelegten Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühren. Dass der Nachprüfungsantrag von der Antragstellerin gestellt wurde, ist unstrittig. Im Nachprüfungsantrag wird die A. GmbH als Antragstellerin genannt und an keiner Stelle findet sich ein Hinweis, dass der Nachprüfungsantrag von der Arbeitsgemeinschaft gestellt worden wäre. Dass der Nachprüfungsantrag von der Antragstellerin gestellt wurde, hat der Antragstellervertreter in der mündlichen Verhandlung zudem ausdrücklich bestätigt.

8. Die Feststellungen zu I.8. stützen sich auf die Stellungnahme vom 27.8.2024.

9. Die Feststellungen zu I.9. stützen sich auf das Verhandlungsprotokoll vom 11.9.2024.

10. Die Feststellungen zu I.10. stützen sich auf den Antrag vom 24.9.2024.

III. Rechtliche Beurteilung

1. Gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. sie oder er ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, dessen Nachprüfung gemäß § 1 dieses Landesgesetzes in den Vollziehungsbereich des Landes Wien fällt, und 2. ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 21 Abs. 2 BVergG 2018 können Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der öffentliche Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Der öffentliche Auftraggeber darf Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem öffentlichen Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

2. Durch § 21 Abs. 2 fünfter Satz BVergG 2018 wird ausdrücklich normiert, dass Arbeits- und Bietergemeinschaft als solche parteifähig sind, wobei diese Parteifähigkeit jedoch auf die gemäß dem BVergG 2018 gewährten Rechte eingeschränkt ist (siehe ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 57 f.). Hat daher eine Arbeits- oder Bietergemeinschaft ein Angebot gelegt oder einen Teilnahmeantrag gestellt und ergibt sich in weiterer Folge die Notwendigkeit, einen Nachprüfungsantrag zu stellen, so ist nur die Arbeits- oder Bietergemeinschaft als solche zur Antragstellung berechtigt, nicht hingegen einzelne ihrer Mitglieder (siehe VwGH 8.8.2018, Ro 2015/04/0028; 8.9.2021, Ra 2019/04/0079 im Kontext der gleichlautenden Rechtslage nach dem

BVergG 2006; vgl. auch VwGH 20.10.2004, 2004/04/0134 im Kontext des BVergG 2002; siehe gleichlautend im Kontext des BVergG 2018 ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 57 f.).

3. Dementsprechend kommt auch das Interesse am Abschluss des Vertrages iSd § 18 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020 nur der Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft als solcher, nicht jedoch einzelnen ihrer Mitglieder zu (vgl. VwGH 20.10.2004, 2004/04/0134).

4. Wie festgestellt, hat die Antragstellerin kein Angebot zu Los 1 abgegeben. Sie hat vielmehr mit der C. GmbH eine Arbeitsgemeinschaft gebildet und diese Arbeitsgemeinschaft hat ein Angebot zu Los 1 abgegeben. Folglich ist nur die Arbeitsgemeinschaft parteifähig und zur Geltendmachung der Rechte nach dem BVergG 2018 berechtigt.

Daher wäre nur die Arbeitsgemeinschaft als solche berechtigt gewesen, einen Nachprüfungsantrag gegen die an die Arbeitsgemeinschaft gerichtete Ausscheidensentscheidung vom 5.8.2024 zu stellen, nicht jedoch – wie dies vorliegend der Fall ist – die Antragstellerin als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft.

Die Ausscheidensentscheidung vom 5.8.2024 nimmt zwar keinen direkten Bezug auf die Arbeitsgemeinschaft, vielmehr wird darin mehrfach die Antragstellerin erwähnt. Nach dem bei Auslegungen von Willenserklärungen des Auftraggebers maßgebenden objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt bestehen aber keine Zweifel, dass die Ausscheidensentscheidung an die Arbeitsgemeinschaft gerichtet ist und mit dieser Entscheidung das Angebot der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden wird. Zunächst ergibt sich bereits aus dem Kontext, dass die Ausscheidensentscheidung an die Arbeitsgemeinschaft gerichtet ist, hat doch nur diese und nicht die Antragstellerin ein Angebot abgegeben, sodass lediglich das Angebot der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden werden kann. Zudem nimmt die Ausscheidensentscheidung an mehreren Stellen auf Aufklärungsersuchen Bezug, die das Angebot der Arbeitsgemeinschaft betroffen haben. Insbesondere in der in der Ausscheidensentscheidung erwähnten Aufforderung vom 15.5.2024 werden Umstände thematisiert, die die Arbeitsgemeinschaft als solche betreffen. Zudem wurde die Ausscheidensentscheidung vom 5.8.2024 via ANKÖ an die von der Arbeitsgemeinschaft bekanntgegebene und für die Angebotsabgabe via ANKÖ verwendete E-Mailadresse übermittelt (vgl. in ähnlichem Kontext VwGH 8.8.2018, Ro 2015/04/0028, insb. Rz 26 f.). Die

Ausscheidensentscheidung ist daher an die Arbeitsgemeinschaft gerichtet und dieser übermittelt worden. Lediglich die Arbeitsgemeinschaft wäre somit in Bezug auf das Ausscheiden ihres Angebotes berechtigt gewesen, einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

5. Im Ergebnis fehlt es der Antragstellerin am Interesse am Abschluss des Vertrages, weshalb der Nachprüfungsantrag gemäß § 18 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020 zurückzuweisen ist.

6. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat die Antragstellerin, da sie nicht obsiegt hat, die von ihr in korrekter Höhe entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

7. Die Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung orientiert sich hinsichtlich der Antragslegitimation von Arbeitsgemeinschaften bzw. einzelnen ihrer Mitglieder an der zitierten, nicht als uneinheitlich anzusehenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Zudem begründet die Auslegung von Willenserklärungen, wie vorliegend der angefochtenen Ausscheidensentscheidung, nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der gegenständlich zu lösenden Rechtsfragen vor.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss 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/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je € 240,- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Schmied
(Vorsitzender)