



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-123/095/16230/2023-28
Bietergemeinschaft „A.“ bestehend aus:
1. Arch. DI B. C.,
2. D. GmbH,
3. Arch. DI E. F.

Wien, 23.4.2024

Geschäftsabteilung: VGW-K

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Eva Schreiner als Vorsitzende und seine Richter Dr. Lukas Diem als Berichterstatter sowie Mag. Gero Schmied als Beisitzer über den Antrag der Bietergemeinschaft „A.“ bestehend aus: 1. Arch. DI B. C., 2. D. GmbH, 3. Arch. DI E. F., vertreten durch Rechtsanwälte OG, vom 29.12.2023, auf Nichtigerklärung mehrerer, näher bezeichneter Bestimmungen der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Ernst Happel Stadion-Infrastrukturelle Impulse-Wandelbares Dach-Totalunternehmer“ der Wiener Sportstätten Betriebsgesellschaft m.b.H. nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15.2.2024 den

BESCHLUSS

gefasst und verkündet:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung mehrerer, näher bezeichneter Bestimmungen der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Ernst Happel Stadion-Infrastrukturelle Impulse-Wandelbares Dach-Totalunternehmer“ wird gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 zurückgewiesen.

II. Gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 2.853,- 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

1. Die Wiener Sportstätten Betriebsgesellschaft m.b.H führt als Auftraggeberin unter der Bezeichnung „Ernst Happel Stadion-Infrastrukturelle Impulse-Wandelbares Dach-Totalunternehmer“ ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich durch.

2. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 29.12.2023, eingelangt beim Verwaltungsgericht am selben Tag, richtet sich gegen näher bezeichnete Ausschreibungsbestimmungen. Zugleich hat die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Einen Nachweis über die Entrichtung der Pauschalgebühren in Höhe von € 2.853,- hat die Antragstellerin den Anträgen beigefügt.

2.1. Unter der Rubrik „Interesse und drohender Schaden“ führt die Antragstellerin aus, dass nach der einschlägigen Judikatur der Nachweis des Interesses und des drohenden Schadens im Nachprüfungsantrag bereits dann erbracht sei, wenn die entsprechende Behauptung plausibel sei. Insbesondere die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung im Wege des Totalunternehmerauftrags liege in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin, weshalb diese ein begründetes Interesse an der Erbringung dieser Leistung habe. Aufgrund einer Beibehaltung der Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe drohe der Antragstellerin ein massiver (wirtschaftlicher) Schaden. Unter anderem drohe ihr der Verlust eines wesentlichen Referenzprojekts, welches in Österreich kaum wieder zu erlangen sei. Durch die Rechtswidrigkeiten entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit auf die spätere Zuschlagserteilung, weshalb ihr zudem ein wirtschaftlicher Verlust (Deckung von Geschäftsgemeinkosten und Erzielung eines angemessenen Gewinnes) drohe. Aufgrund der bisherigen Anstrengungen der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in näher genannter Höhe angefallen (Kosten für die Rechtsverfolgung, Gebühren und sonstige mit der Verfahrensteilnahme verbundene Kosten). Durch die im Folgenden näher ausgeführten Rechtswidrigkeiten sei daher zumindest ein Schaden in dieser Höhe entstanden. Bestandteil des Schadens seien auch die für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühren.

2.2. Unter der Rubrik „Beschwerdepunkte und Bezeichnung der verletzten

Rechte“ führt die Antragstellerin aus, dass sie sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt erachte. Insbesondere sei sie in ihren Rechten auf Formulierung rechtskonformer und sachlicher Ausschreibungsbestimmungen, auf gesetzmäßige Ausgestaltung von Ausschreibungsunterlagen, sodass die Teilnahme und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken angeboten werden könnten, auf transparente Verfahrensgestaltung, sodass „willkürliches“ Verhalten bei der Abwicklung des Verfahrens ausgeschlossen werde und eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sei, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs, auf rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens und auf Zuschlagserteilung (allenfalls auch Widerruf eines rechtswidrigen Verfahrens) verletzt.

2.3. Unter der Rubrik „Maßgeblicher Sachverhalt und Begründung der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung“ führt die Antragstellerin auf das Wesentliche zusammengefasst Folgendes aus:

Die Beschränkung der Bietergemeinschaft auf zwei Unternehmen sei sachlich nicht zu begründen. Da die Antragstellerin bereits selbst die maximale Mitgliederzahl einer Bietergemeinschaft überschreite, wäre ihr ein solches Vorhaben verwehrt.

Das Verbot der Weitergabe an Sub-Subunternehmen sei verboten, wengleich es hierfür keine sachliche Begründung gebe.

Die geforderte firmenmäßig gefertigte Bestätigung über die verpflichtende Besichtigung der Örtlichkeiten der Baustelle stehe im Widerspruch zur Gleichbehandlung aller Bieter.

Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen könne ein Bieter „im Ausnahmefall“ auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers zurückgreifen, wengleich dieser Ausnahmefall nicht definiert sei. Für die Antragstellerin sei daher nicht abschätzbar, ob die geplante Heranziehung eines Subunternehmers für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit den angeführten „Ausnahmefall“ darstelle und damit zulässig wäre oder nicht.

In den Ausschreibungsbestimmungen sei weiters vorgesehen, dass die Transportwege für Stahlelemente und die faltbare Membran in die Bewertung des Bestangebotes einfließen. Dabei erfolge die Bemessung jeweils anhand der Wegstrecke (Luftlinie) zwischen Fertigungsort/Produktionsort und der Baustelle. Eine sachliche

Rechtfertigung für die gewählten Bewertungsstufen sei nicht erkennbar.

In den Ausschreibungsunterlagen fehlten weiters Vorgaben zum Denkmal- bzw. Brandschutz. Für die Antragstellerin sei nicht ansatzweise der Aufwand für eine denkmalschutzkonforme Planung erkennbar. Eine Kalkulation der Position für weiterführende Planungsleistungen nach Behördenerfordernissen sei daher iSd § 88 Abs. 2 BVergG 2018 nicht möglich.

Gemäß den Ausschreibungsunterlagen seien branchenübliche ÖNORMEN zu Herstellungstoleranzen ausgeschlossen. Gemäß § 110 BVergG 2018 sei auf vorhandene technische Spezifikationen Bedacht zu nehmen. Die Herstellung von Bauwerken ohne Toleranzen sei schlichtweg unmöglich.

Hinsichtlich des Baugrundes würden in den Ausschreibungsunterlagen Angaben zu den Bodenverhältnissen fehlen. Mangels derartiger Angaben sei dies iSd § 88 Abs. 2 BVergG 2018 nicht kalkulierbar.

Aus diesen Gründen beantragt die Antragstellerin, die ihrer Ansicht nach rechtswidrigen Ausschreibungsbestimmungen für nichtig zu erklären bzw. die Ausschreibung aufgrund der Vielzahl rechtswidriger Bestimmungen insgesamt für nichtig zu erklären.

3. Mit Schriftsatz vom 1.1.2024 erteilte die Auftraggeberin Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung. Sie beantragte, diesen Antrag mangels Legitimation zurückzuweisen, in eventuelle wegen Überwiegens der dagegensprechenden Interessen abzuweisen.

4. Mit Beschluss vom 3.1.2024, ZI. VGW-124/095/16233/2024, erließ das Verwaltungsgericht Wien eine einstweilige Verfügung. Mit dieser setzte es die Angebotsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus. Zum Vorbringen, dass der Antragstellerin die Legitimation fehle, führte das Verwaltungsgericht Wien aus, dass die Antragstellerin die Antragslegitimation gemäß § 18 WVRG 2020 zumindest insoweit plausibel dargelegt habe, dass auf Ebene des Provisorialrechtsschutzes nicht offensichtlich sei, dass sie kein Interesse am Abschluss des Vertrages habe. Aufgrund der gesetzlich festgelegten eingeschränkten Überprüfung der Antragslegitimation iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 (arg.: „nicht offensichtlich fehlen“) im Zusammenhang mit der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 25 Abs. 1 WVRG 2020 komme dem Vorbringen der Auftraggeberin keine Berechtigung

zu. Eine Interessenabwägung ergebe, dass die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der konkreten einstweiligen Verfügung gegenüber gegenläufigen Interessen überwiegen.

5. Mit Schriftsatz vom 10.1.2024 nahm die Auftraggeberin inhaltlich Stellung zum Nachprüfungsantrag.

5.1. Sie legte näher dar, weshalb es der – nach eigener Bezeichnung – Bietergemeinschaft „A.“ sowohl in fachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht an der Möglichkeit einer Angebotslegung und deshalb an der Antragslegitimation fehle. Auf das Wesentliche zusammengefasst führt die Auftraggeberin aus, dass die Antragstellerin durch die D. GmbH allenfalls einen kleinen Bruchteil der geforderten Befugnisse aufweisen könne. Aufgrund des Umstandes, dass weitaus überwiegend Ausführungsleistungen ausgeschrieben seien – sämtliche Hauptgruppen des Leistungsverzeichnisses beinhalteten nahezu ausschließlich Ausführungsleistungen –, sei die Übernahme eines Gesamtauftrags auf Grundlage einer Ziviltechnikerbefugnis gänzlich ausgeschlossen. Die Auftraggeberin verweist auf § 3 Abs. 4 ZTG, in welcher Bestimmung ausdrücklich normiert sei, dass Ziviltechniker im Rahmen ihrer Fachgebiete zu ausführenden Tätigkeiten nicht berechtigt seien. Dies gelte auch für die Übernahme eines Gesamtauftrages. Jeder Bieter habe mit seinem Angebot Referenzen zu zehn näher erläuterten Kategorien, die mit den Inhalten des Leistungsverzeichnisses korrespondierten, vorzulegen. Diese Referenzen seien von keinem der Interessenten, somit auch nicht von der Antragstellerin, in Zweifel gezogen worden. Nach den vorliegenden Informationen der Auftraggeberin (Internetrecherche und Marktkenntnis) könne kein Mitglied der Bietergemeinschaft auch nur eine der geforderten Referenzen vorweisen, weshalb es der Antragstellerin jedenfalls an der technischen Leistungsfähigkeit fehle. Ebenso könnten die Vorgaben für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von der Antragstellerin nicht erbracht werden. Die Antragstellung dürfte konkret in der Funktion als BerufsvertreterInnen [...] gestellt worden sein. Mangels Verbandslegitimation im österreichischen Vergabebereich läge aus Sicht der Auftraggeberin die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht vor.

5.2. Zu den behaupteten Rechtswidrigkeiten führt die Auftraggeberin auf das Wesentliche zusammengefasst wie folgt aus:

Hinsichtlich der Beschränkung der Bietergemeinschaft sei die Auftraggeberin dem

Ansinnen der Antragstellerin insofern entgegengekommen, als mit einer Klarstellung im Zuge der Fragenbeantwortung, die am 1.1.2024 auf dem ANKÖ-Vergabeportal hochgeladen worden sei, die Höchstzahl der Bietergemeinschaftsmitglieder von zwei auf fünf erhöht worden sei. Die Änderung sei aber nicht erfolgt, weil die ursprüngliche Einschränkung als unsachlich einzustufen wäre.

Dasselbe gelte auch für das Verbot der Sub-Subvergabe. Mit einer Klarstellung im Zuge der genannten Fragenbeantwortung habe die Auftraggeberin die vormalige Position im Leistungsverzeichnis gänzlich gestrichen. Auch diese Änderung sei nicht erfolgt, weil die ursprüngliche Regelung als unsachlich einzustufen wäre.

Auch im Hinblick auf das Zurückgreifen auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers „im Ausnahmefall“ sei im Zuge der genannten Fragebeantwortung eine entsprechende Klarstellung erfolgt.

Im Hinblick auf das Zuschlagskriterium „Transportwege“ habe die Auftraggeberin ein einfaches und sachliches Zuschlagskriterium geschaffen, das in gleicher Weise auf alle Angebote angewendet werden könne und das sich bereits mehrfach bewährt habe.

Bezüglich der Kalkulierbarkeit der Leistung werde im Nachprüfungsantrag ohne substanzielles Vorbringen behauptet, dass die ausgeschriebene Leistung im Hinblick auf den Denkmalschutz, den Brandschutz, die Vorgabe technischer Standards und den Baugrund nicht kalkulierbar wäre. Tatsächlich treffe dies – wie die Auftraggeberin näher darlege – nicht zu.

6. Mit Schreiben vom 11.1.2024 übermittelte das Verwaltungsgericht Wien der Antragstellerin die Stellungnahmen der Auftraggeberin vom 1.1.2024 und vom 10.1.2024 und forderte die Antragstellerin auf, darzulegen und entsprechend nachzuweisen, inwiefern iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 von ihrer Seite ein Interesse am Vertragsschluss besteht und inwiefern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, dies insb. bezogen auf die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Eignungsanforderungen sowie bezogen auf die Ausführungen der Auftraggeberin.

7. Mit Schriftsatz vom 23.1.2024 erstattete die Antragstellerin nach entsprechender Fristerstreckung dazu sowie zu den Stellungnahmen der Auftraggeberin vom 1.1.2024 und 10.1.2024 eine Replik. Darin legte sie erneut die aus ihrer Sicht in

einigen Bestimmungen der Ausschreibung vorliegenden Rechtswidrigkeiten dar. Zur Frage ihrer Antragslegitimation führt die Antragstellerin aus, dass die Auftraggeberin auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verweise, die nicht einschlägig sei. Die Frage der Antragslegitimation sei bislang im Zusammenhang mit dem Sekundärrechtsschutz (Feststellungsverfahren) von Bedeutung gewesen, weil nur bei derartigen Sachverhalten eine ex post-Betrachtung der Eignung überhaupt möglich sei. Die Auftraggeberin wünsche sich jedoch eine Beurteilung in der Zukunft; es sei dazu auf § 79 BVergG 2018 zu verweisen. Der maßgebliche Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung sei im gewählten offenen Vergabeverfahren der Zeitpunkt der Angebotsabgabe. Die Antragslegitimation könne der Antragstellerin nur „abgesprochen“ werden, wenn das Gericht die überprüfbare Festlegung treffen könnte, dass es der Antragstellerin nicht möglich sei, zum Ende der Angebotsfrist die Eignung zu erfüllen. Es wäre sohin in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eine zukünftige Tatsache festzustellen. Die Antragstellerin begehrt die Nichtigerklärung der Ausschreibungsbestimmungen vor Abgabe der Angebote bzw. vor dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung. Dieses Rechtsschutzverfahren sei aber geradezu notwendig, um überhaupt ein chancenreiches Angebot legen zu können. Die Auftraggeberin führe eine Reihe von technischen Eignungskriterien an, welche die Bieter im Falle einer Angebotslegung im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachzuweisen hätten. Das angerufene Gericht solle nach Auffassung der Auftraggeberin darauf aufbauend eine Eignungsprüfung der Antragstellerin im Rechtsschutzverfahren vornehmen, dies als Voraussetzung der Antragslegitimation. Die Antragstellerin wäre damit gezwungen, die Eignungsnachweise bereits vor dem gesetzlichen Zeitpunkt (§ 79 Z 1 BVergG 2018) nachzuweisen. Eine vorgezogene Eignungsprüfung stelle eine Verletzung des Grundsatzes der Bietergleichbehandlung dar. Während die übrigen Interessenten bis zum Ende der Angebotsfrist ihr Angebot verfassen dürften, soll der Antragstellerin eine vorgezogene Eignungsprüfung auferlegt werden. Die Eignungsprüfung der Antragstellerin würde daher zeitlich weit vor jener der Mitbewerber liegen. Ein derartiges Vorgehen wäre über den Einzelfall hinaus jedenfalls von rechtlicher Bedeutung. Gesetzlich sei als Voraussetzung zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ein Interesse am Vertragsabschluss und eine Rechtswidrigkeit zu behaupten (§ 18 Abs. 1 WVRG 2020). Eine detaillierte rechtliche Überprüfung als Antragsvoraussetzung nach den Wünschen der Auftraggeberin sehe das Gesetz nicht vor. Darüber hinaus ignoriere die Auftraggeberin mit ihrem Wunsch auf eine vorgelagerte Eignungsprüfung die ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine Angebotsprüfung gerade nicht

Aufgabe des Gerichts im Nachprüfungsverfahren sei. Das Ansinnen der Auftraggeberin nach einer Prüfung der technischen Referenzen entspreche dabei dem gesetzlichen Vorgehen bei der Angebotsprüfung iSd § 135 BVergG 2018. Anforderungen an technische Referenzen müssten inhaltlich überprüft werden, ein bloßes Vorhandensein von Nachweisen sei nicht ausreichend. Insofern müsste das angerufene Gericht eine inhaltlich technische Überprüfung vornehmen, welche ex lege nur Personen zu übertragen sei, die derartige Fachkenntnisse besitzen würden (§ 134 BVergG 2018). Das Vorbringen der Auftraggeberin zur mangelnden Antragslegitimation sei daher ex lege und unter Verweis auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung „gänzlich zu verwerfen“.

Weiters werde von der Auftraggeberin der Verdacht geäußert, dass den Mitgliedern der Antragstellerin wegen ihrer berufsbegleitenden Tätigkeiten eine Angebotslegung unmöglich sei. Dies sei aus mehrerlei Hinsicht nicht nachvollziehbar. Die Auftraggeberin mutmaße, dass es sich bei der Antragstellerin um die G. handeln würde, welche nicht antragslegitimiert sei. Das Vorbringen sei offenkundig unrichtig, da die Antragstellerin eine Arbeitsgemeinschaft aus drei selbständigen ZiviltechnikerInnen sei. Hierauf sei somit nicht näher einzugehen. Würde man dem Vorbringen der Auftraggeberin folgen, so dürften gesetzliche BerufsvertreterInnen ihren unternehmerischen Tätigkeiten nicht mehr nachgehen. Dies käme einem verfassungsrechtlich bedenklichen Berufsverbot gleich.

Die Auftraggeberin begründe ihre Behauptung einer mangelnden Antragslegitimation damit, dass die Antragstellerin nicht alle erforderlichen Befugnisse besitze. Dem sei entgegenzuhalten, dass die Auftraggeberin zum Vorwurf der unsachlichen Beschränkung der Bietergemeinschaft ausführe, dass bestandsfest die Anzahl der Subunternehmen keinerlei Begrenzung unterliege. Daraus ergebe sich schon denklogisch, dass die Antragstellerin gerade nicht allein sämtliche Eignungsanforderungen erfüllen müsse, obwohl dies die Auftraggeberin mit der erwünschten vorgezogenen Eignungsprüfung anders suggeriere. Es sei nicht unmöglich, die erforderlichen technischen Voraussetzungen durch Subunternehmer zu substituieren.

8. Mit Schriftsatz vom 1.2.2024 erstattete die Auftraggeberin eine Replik zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 23.1.2024. Darin führt sie aus, dass sie vom Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unter anderem deshalb überrascht worden

sei, weil der Antrag von einer nicht einmal annähernd zur Angebotslegung befähigten und am konkreten Leistungsgegenstand interessierten Bietergemeinschaft stamme. In der Replik der Antragstellerin sei weder die Fragestellung des Verwaltungsgerichts Wien vom 11.1.2024 beantwortet noch in irgendeiner Weise plausibel dargelegt worden, dass seitens der Antragstellerin ein subjektives Interesse am konkreten Vertragsschluss bestehe. Vielmehr lege das von der G. initiierte und „orchestrierte mediale Trommelfeuer“ nahe, dass mit dem gegenständlichen Antrag allein ein objektives Interesse am konkreten Vorhaben seitens einer wichtigen Berufsgruppe bestehe. Dieses Interesse sei in inhaltlicher Hinsicht durchaus zu begrüßen, ändere aber nichts am vergaberechtlich geforderten subjektiven Interesse an der konkreten Aufgabenstellung. Ein Nachprüfungsantrag diene der Durchsetzung subjektiver Rechte der Bieter, nicht aber der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens. Um „Popularanträge“ auszuschließen, werde gefordert, dass ein Antragsteller ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018 unterliegenden Vertrages behaupte und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Es mangle dann an der Antragslegitimation, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeiten die Situation des Antragstellers nicht verbessert würde.

Konkret habe die Antragstellerin acht Ausschreibungsbestimmungen als vermeintlich rechtswidrig angefochten. Entgegen der medialen „Begleitmusik“ sei die beabsichtigte Vergabe an einen Totalunternehmer nicht bekämpft worden und somit in Bestandskraft erwachsen. Die angefochtenen vermeintlichen Rechtswidrigkeiten änderten somit nichts am Umfang des Ausschreibungsgegenstandes. Die Antragstellerin sei jedoch – was sie auch nicht bestreite – nicht einmal annähernd in der Lage, ein Angebot im Hinblick auf die ausgeschriebenen Totalunternehmerleistungen zu legen. Es fehle ihr in diesem Zusammenhang an der Befugnis, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der technischen Leistungsfähigkeit. In ihren bisherigen Ausführungen habe die Antragstellerin nicht einmal ansatzweise plausibilisieren können, wie sie diese „Flanke“ schließen wolle. Dabei sei festzuhalten, dass die Auftraggeberin dem Verwaltungsgericht Wien keine Eignungsprüfung pro futuro abverlange. Entsprechend der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes werde lediglich eine Plausibilitätsprüfung eingefordert, den die Antragstellerin aus Sicht der Auftraggeberin nicht bestanden habe. Wie die Anzeige der G. vom 24.1.2024 und die „flankierenden“ Interviews

eines ihrer Mitglieder belegten, stehe ihrer Teilnahme das zur Vergabe gelangende Totalunternehmerpaket im Wege. Dies habe sie jedoch nicht bekämpft.

Die fehlende Eignung bestehe in folgenden Umständen: Die Antragstellerin sei nicht befugt, die gegenständliche Totalunternehmerleistungen zu erbringen. Bei allen drei Mitgliedern der Antragstellerin handle es sich um ZiviltechnikerInnen. Deren Befugnis richte sich nach § 3 ZTG 2019. Sie könnten nach Abs. 1 leg. cit. Gesamtplanungsaufträge übernehmen, sofern wichtige Teile der Arbeiten dem Fachgebiet des jeweiligen Ziviltechnikers zuzuordnen seien. Ziviltechniker seien jedoch nicht zu ausführenden Tätigkeiten (§ 3 Abs. 4 ZTG 2019) oder zur Annahme von Gesamtaufträgen, die im Wesentlichen ausführende Tätigkeiten beinhalteten, berechtigt. Da die Antragstellerin den konkreten Totalunternehmerauftrag nicht einmal annehmen dürfe, könne sie auch die fehlende Befugnis nicht durch Weitergabe an Subunternehmer substituieren. Mit den Ausführungen in der Replik vom 23.1.2024 habe die Antragstellerin geradezu plausibilisiert, dass sie nicht in der Lage sei, ein nicht auszuscheidendes Angebot im Hinblick auf die bestandfesten Ausschreibungsinhalte zu legen. Die Antragstellerin verfüge auch über keine der bestandfest geforderten wirtschaftlichen Kennzahlen. In der Replik werde nicht dargelegt, inwiefern ein entsprechend befähigtes Unternehmen bei der Angebotslegung zur Seite stehe. Es fehle somit an jeglicher Darlegung einer Aussicht auf Erfüllen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Zudem verfüge die Antragstellerin weder über das erforderliche Personal noch die erforderliche Gerätschaft, um die konkreten Leistungen zu erbringen. Sie könne kein einziges, sachlich gefordertes und bestandfest vorgegebenes Referenzprojekt mit ihren Kapazitäten nachweisen. Die Replik vom 23.1.2024 enthalte keinerlei Plausibilisierung, wie dieses „Manko“ ernsthaft behoben werden könne.

In dieser Replik verwehre sich die Antragstellerin noch gegen eine angeblich unzutreffende Mutmaßung, wonach die G. hinter dem Nachprüfungsantrag stecke. Tatsächlich sei am nächsten Tag eine Anzeige der besagten G. in einer Wochenzeitung veröffentlicht worden. Zugleich seien flankierende Medienberichte, in denen jeweils Architekt DI B. C. als Sprecher der G. auftrete, erfolgt. Auf ihrem Internetauftritt brüste sich die G. mit durchaus „martialischer“ Wortwahl geradezu mit der Anfechtung: „Kampfansage gegen unfaire Vergabe – G. gegen Totalunternehmerausschreibungen – nur der offene Generalplaner- und Architekturwettbewerb garantiert das beste Projekt!“. Eine derartige „Klaviatur“ komme bei einem Antrag, der völlig entkoppelt von der G. sei, mit Sicherheit nicht zum Einsatz. Die

Mutmaßung, dass es sich gegenständlich um keinen von subjektivem Interesse getragenen Antrag, sondern um eine unzulässige „Verbandsklage“ bzw. einem unzulässigen „Populارانtrag“ handle, habe sich bewahrheitet.

9. Am 15.2.2024 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Parteien teilnahmen. Im Anschluss daran verkündete das Verwaltungsgericht Wien die Entscheidung.

10. Mit Schriftsatz vom 19.2.2024 beantragte die Antragstellerin die schriftliche Ausfertigung der mündlich verkündeten Entscheidung.

II. Feststellungen

1. Die Wiener Sportstätten Betriebsgesellschaft m.b.H führt als Auftraggeberin unter der Bezeichnung „Ernst Happel Stadion-Infrastrukturelle Impulse-Wandelbares Dach-Totalunternehmer“ ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich durch. Im Hinblick auf die Errichtung eines wandelbaren Daches im Ernst-Happel-Stadion sollen Totalunternehmerleistungen beauftragt werden.

Die Bekanntmachung im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 8.12.2023. Die Frist für die Abgabe von Angeboten wurde von der Auftraggeberin mit 9.1.2024 festgelegt. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den Schwellenwert iSd § 12 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 um weniger als das Zehnfache.

2. Die Position 00.1121 Z des Leistungsverzeichnisses der Ausschreibung lautet auszugsweise wie folgt:

„TT1904 Verbot der Weitergabe an Sub-Subunternehmen

Besondere Vertragsbestimmungen zur Weitergabe von Leistungen

In Ergänzung zu Punkt 2.2.2 der WD 313 bzw. WD 314 wird festgelegt: Der Auftragnehmer bzw. Subunternehmer hat die ihm übertragenen Leistungen aus diesem Vertrag selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung durch einen Subunternehmer an weitere Unternehmen (Sub-Subunternehmen) ist unzulässig. Der Auftragnehmer hat dies sicherzustellen.“

3. Die Beilage 13.06 des Formblattes SR-75 der Ausschreibung lautet auszugsweise wie folgt:

Seite 1:

„VERPFLICHTUNGSERKLÄRUNG ZUR BILDUNG EINER ARBEITSGEMEINSCHAFT

Die Anzahl der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft wird seitens des Auftraggebers mit 2 gemäß § 21 (2) bzw. § 194 (2) BVergG 2018 begrenzt.“

4. Die Beilage 13.07.2 des Formblatts SR-75 der Ausschreibung lautet auszugsweise wie folgt:

„ANTRAG AUF GENEHMIGUNG VON SUBUNTERNEHMERN

Ich (Wir) beantrage(n) die Genehmigung von Subunternehmern für jene Teilleistungen, welche ich (wir) beabsichtige(n) nicht selbst zu erbringen:

[...]

Ich (Wir) erkläre(n) auf die Kapazitäten des (der) Subunternehmer(s) aus Gründen der Befugnis (Spalte A), der technischen Leistungsfähigkeit (Spalte B) oder, im Ausnahmefall, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Spalte C) zurückzugreifen.

Ich (Wir) nehme(n) zur Kenntnis, dass der (die) beantragte(n) Subunternehmer die Kriterien der beim Auftraggeber erforderlichen Bieterprüfung erfüllen muss (müssen).

Ich (Wir) verpflichte(n) mich (uns) jeden beabsichtigten Wechsel und Einsatz eines neuen Subunternehmers unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise dem AG rechtzeitig bekannt zu geben.

Ich (Wir) verpflichte(n) mich (uns) weiters, die vorgenannte Mitteilungspflicht sämtlichen Unternehmern in der Subunternehmerkette vertraglich zu überbinden. Die Erklärung(en) des (der) angeführten Subunternehmer(s) ist (sind) dem Angebot angeschlossen.“

5. Die Beilage 13.08.1 des Formblattes SR-75 der Ausschreibung lautet auszugsweise wie folgt:

Seite 1 und 2:

„LISTE DER FÜR DIE EIGNUNGSPRÜFUNG ERFORDERLICHEN NACHWEISE

Ich (Wir) verpflichte(n) mich (uns) die nachfolgend angeführten Unterlagen (bei Vorlage einer Eigenerklärung über Aufforderung) vorzulegen:

[...]

Nachweise der Befugnis (§ 81 BVergG 2018):

Vorlage einer Urkunde über die Eintragung des Unternehmers im betreffenden in Anhang IX des BVergG 2018 angeführten Berufs- oder Handelsregister des Sitzstaates oder die Vorlage der betreffenden in Anhang IX des BVergG 2018 genannten Bescheinigung.

Für jene Bewerber, Bieter und deren Subunternehmer, die für die weitere Teilnahme am Vergabeverfahren bzw. für die Mitwirkung an der Vertragsabwicklung in Betracht kommen, wird der Auftraggeber überdies eine Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum

Lohn- und Sozialdumpingbekämpfung (Kompetenzzentrum LSDB) gemäß § 35 des Lohn- und Sozialdumping- Bekämpfungsgesetzes – LSD-BG, BGBl. I Nr. 44/2016, einholen, ob diesen eine rechtskräftige Entscheidung gemäß § 31 LSD-BG zuzurechnen ist.

[...]

Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (§ 84 BVergG 2018):

- den Nachweis einer entsprechenden Berufs-/Betriebshaftpflichtversicherung in einer Höhe von mind. EUR 5.000.000,-
- eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft),
- eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre.

Kann ein Unternehmer aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die geforderten Nachweise nicht beibringen, so ist der Auftraggeber berechtigt, einen anderen für geeignet erachteten Nachweis zu fordern.

Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung;

Für die Stahlbauarbeiten ist für den Tätigkeitsbereich ein Mindestumsatz in Höhe von \geq EUR 15,00 Mio nachzuweisen.

Für den Seilbau, den Antriebs- und Fahrtechnikbereich ist ein gemeinsamer Mindestumsatz in Höhe von \geq EUR 15,00 Mio insgesamt nachzuweisen.

Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit (§ 85 BVergG 2018):

- Der Bieter hat für den Bereich Stahlbauprojekte die gemäß Beilage 13.08.1 Seiten 3, 4 und 5 geforderterten Referenzen/Nachweise zu erbringen.
- Der Bieter hat für den Bereich Membranbau die gemäß Beilage 13.08.1 Seiten 6, 7 geforderterten Referenzen/Nachweise zu erbringen.
- Der Bieter hat für den Bereich Seilbau die gemäß Beilage 13.08.1 Seiten 8, 9, 10 geforderterten Referenzen/Nachweise zu erbringen.
- Der Bieter hat für den Bereich Fahrtechnik die gemäß Beilage 13.08.1 Seiten 11 und 12 geforderterten Referenzen/Nachweise zu erbringen.“

Seite 3:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Stahlbauprojekte 1

1) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren mindestens 5 Stahlbauprojekte mit sichtbaren Details und Schweißarbeiten bei Projekten ähnlicher Art mit einer Gesamttonnage von \geq 3.000 to ausgeführt hat. Projekte ähnlicher Art beziehen sich auf z.B. auf Stadionbauten, Projekte mit hohem technischen Niveau, exponierte Stahlkonstruktionen (keine Industrieanlagen). Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Stahlbauarbeiten erbracht werden.“

Seite 4:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Stahlbauprojekte 2

2) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren mindestens 2 Stahlbauprojekte mit Bauteillängen von ≥ 30 m und Einzelgewichten von ≥ 30 to ausgeführt hat. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Stahlbauarbeiten erbracht werden.“

Seite 5:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Stahlbauprojekte 3

3) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass für projektrelevante Stahlbauarbeiten die erforderliche Geräteausstattung vorhanden ist, insbesondere muss er über eine CNC gesteuerte Fräsanlage verfügen, mit der Kopfplatten (ca. 1,5m * 1,5 m) nach dem Verschweißen bearbeitet werden können. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen Stahlbauarbeiten erbracht werden.“

Seite 6:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Membranbau 1

1) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren mindestens 5 Membranprojekte mit einer Membrangröße von ≥ 5.000 m² ausgeführt hat. Projekte ähnlicher Art beziehen sich z.B. auf Stadionbauten, Projekte mit hohem technischen Niveau, exponierte Installationsbedingungen. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Membranbau erbracht werden.“

Seite 7:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Membranprojekte 2

2) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren mindestens 2 Membranbauprojekte mit einer Kombination von Membrane und Polyestergurten als tragende Elemente ausgeführt hat. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Membranbau erbracht werden.“

Seite 8:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Seilbau 1

1) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren mindestens 3 Leichtbauprojekte basierend auf einem vorgespannten Speichenradprinzip mit einer Größe von jeweils ≥ 5.000 m² ausgeführt hat. Projekte ähnlicher Art beziehen sich z.B. auf Stadionbauten, Projekte mit hohem technischen Niveau, exponierte und vorgespannte Seilkonstruktionen. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Seilbau erbracht werden.“

Seite 9:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Seilbau 2

2) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren zumindest 5 Seiltragwerke mit vollverschlossenen Spiralseilen und einem gesamten Seilgewicht von ≥ 500 to ausgeführt hat. Projekte ähnlicher Art beziehen sich z.B. auf Stadionbauten, Projekte mit hohem technischen Niveau, exponierte und vorgespannte Seilkonstruktionen. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Seilbau erbracht werden.“

Seite 10:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Seilbau 3 – Seilsystem (techn. Zulassung)

3) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass zumindest die Hälfte der bei den technischen Nachweisen unter Seilbau 1 und Seilbau 2 vom Bieter angeführten Seilbauprojekte mit vollumfänglich getestet und geprüften Seilsystemen die über eine technische Zulassung (z.B. ETA) verfügen, ausgeführt wurden. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Seilbau-Seilsysteme erbracht werden.“

Seite 11:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Fahrtechnik 1

1) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren an mindestens 2 projektrelevanten wandelbaren Dächern mit einer Größe von $\geq 5.000 \text{ m}^2$ die Fahrtechnik ausgeführt hat. Projekte ähnlicher Art beziehen sich z.B. auf Stadionbauten, Projekte mit hohem technischen Niveau, etc. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Fahrtechnik erbracht werden.“

Seite 12:

„NACHWEIS der TECHNISCHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT – Fahrtechnik 2

2) Vom Bieter ist der Nachweis zu führen, dass er in den letzten 10 Jahren an mindestens 2 seilgeführten raffenden Membranbauprojekten mit jeweils einer Größe von $\geq 5.000 \text{ m}^2$ die Fahrtechnik ausgeführt hat. Projekte ähnlicher Art beziehen sich z.B. auf Stadionbauten, Projekte mit hohem technischen Niveau, etc. Dieser Nachweis kann auch durch ein Subunternehmen für Fahrtechnik erbracht werden.“

6. Die über das Vergabeportal ANKÖ veröffentlichte Fragenbeantwortung (Stand 1.1.2024) lautet auszugsweise wie folgt:

„61: Klarstellung zur Anzahl der Mitglieder einer Bietergemeinschaft

Um die Legung eines Angebots im Sinne eines größtmöglichen Wettbewerbs zu erleichtern, wird die Maximalanzahl der Mitglieder einer Bietergemeinschaft (Formblatt Beilage 13.06 im Formblatt SR-75) von zwei (2) auf fünf (5) erhöht.

62: Klarstellung zum Verbot einer Sub-Subvergabe

Zur Erleichterung der Angebotslegung im Sinne eines größtmöglichen Wettbewerbs wird die Position 001121 Z des Leistungsverzeichnisses gänzlich gestrichen. Im Hinblick auf die Sub-Subvergabe gilt daher ausschließlich die Festlegung in Abschnitt 5.20.1.3 der VD 314. Eine Sub-Subvergabe bedarf jeweils der Zustimmung der Auftraggeberin. Diese wird die Zustimmung erteilen, wenn ein sachlicher Grund für die Weitergabe besteht und die Einhaltung aller gesetzlichen Rahmenbedingungen durch den jeweiligen Sub-Subunternehmer gewährleistet ist

63: Klarstellung zur Besichtigungsbestätigung

Entgegen der Formulierung in Position 00.0033 Z ist die Besichtigungsbestätigung entsprechend dem zur Verfügung gestellten Besichtigungsformular nur rechtsgültig von einem Vertreter des Interessenten zu fertigen. Die Besichtigungen werden

- wie bisher - unter voller Einhaltung der Gleichbehandlung abgewickelt. Die Teilnahme an einer Besichtigung verpflichtet naturgemäß nicht zur tatsächlichen Angebotslegung.

64: Klarstellung zum allfälligen Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch einen Subunternehmer.

Zur Beilage 13.07.2 des Formblatts SR-75 (Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern) wird klargestellt, dass davon ausgegangen wird, dass Subunternehmer im Regelfall nicht für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden. Sollte dies dennoch der Fall sein, bedarf es einer entsprechenden solidarischen Haftung des Subunternehmers (siehe Beilage 13.07.3 – Erklärung des Subunternehmers). In diesem Sinne ist die Formulierung "im Ausnahmefall, der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Spalte C)" in der Beilage 13.07.2 - Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern zu verstehen."

7. Die im Leistungsverzeichnis angeführten, konkret ausgeschriebenen Leistungen beinhalten zum überwiegenden Teil Ausführungsleistungen. In untergeordnetem Umfang sind Planungsleistungen im Leistungsverzeichnis enthalten. Besonderheiten bestehen bei der ausgeschriebenen Leistung darin, dass das wandelbare Dach eine enorme Spannweite aufweisen muss, weder die bestehende Stahlbetonkonstruktion noch das Bestandsdach können mit additiv signifikanten Lasten belastet werden, weshalb eine vom bestehenden Stadion komplett entkoppelte Konstruktion gefordert ist. Für die Leistungserbringung erforderlich sind daher insbesondere auch Spezialkenntnisse im Membran- und Maschinenbau.

8. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine Bietergemeinschaft. Diese setzt sich aus drei selbständigen ZiviltechnikerInnen, DI B. C., D. GmbH und DI E. F., zusammen. DI B. C. ist Präsident der G.. DI H. I. ist einer von drei geschäftsführenden Gesellschaftern der D. GmbH und Vizepräsident der G.. DI E. F. ist [...] innerhalb der G..

Die Antragstellerin bzw. deren Mitglieder erbringen selbst keine ausführenden Tätigkeiten, die von der vorliegenden Ausschreibung gefordert sind. Die Antragstellerin hat nicht plausibel gemacht, dass sie in Bezug auf die Befugnis, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die technische Leistungsfähigkeit im Stande ist, die ausgeschriebenen Leistungen selbst zu erbringen. Sie hat auch nicht plausibel gemacht, dass sie diese Voraussetzungen bis zum Ende der Angebotsfrist durch geeignete Subunternehmer oder durch Eingehen einer erweiterten Bietergemeinschaft erfüllen kann.

9. Die Antragstellerin hat acht Ausschreibungsbestimmungen angefochten, u.a.

die in der Beilage 13.06 des Formblattes SR-75 vorgesehene Beschränkung der Bietergemeinschaft auf zwei Unternehmen, das in Position 00.1121 Z des Leistungsverzeichnisses vorgesehene Verbot der Weitergabe an Sub-Subunternehmen sowie die Wortfolge „im Ausnahmefall“ in der Beilage 13.07.2 des Formblattes SR-75. Nicht angefochten wurde, dass gegenständlich eine Totalunternehmerleistung ausgeschrieben wurde. Ebenso wurde nicht releviert, dass die Frist zur Angebotslegung zu kurz wäre oder dass die Eignungskriterien in der Beilage 13.08.1 des Formblattes SR-75 in Bezug auf die Befugnis sowie die wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit rechtswidrig wären.

10. Herr DI B. C. hat sich in seiner Funktion als Präsident der G. mehrfach medial geäußert und dabei u.a. angegeben, dass nur wenige, „vielleicht, zwei drei Firmen in Österreich“ so spezialisiert seien, dass sie den vorliegenden Totalunternehmerauftrag erfüllen könnten. Ein Totalunternehmerverfahren, bei dem „architektonische Planungen oft als Nebenleistung mitlaufen würden“, sei „nicht geeignet, das beste Projekt zu finden“.

III. Beweiswürdigung

1. Die Feststellungen zu II.1. bis II.6. sind unbestritten und stützen sich auf den Vergabeakt (insb. hinsichtlich Ausschreibungs[bestimmungen] und Fragebeantwortungen). Weiters gründen die Feststellungen auf den Angaben der Parteien in ihren Schriftsätzen sowie der mündlichen Verhandlung.

2. Die Feststellungen zu Punkt II.7. sind unbestritten und stützen sich auf das Leistungsverzeichnis sowie die schriftlichen und mündlichen Angaben der Auftraggeberin im Verfahren, denen die Antragstellerin nicht bzw. bezogen auf das Leistungsverzeichnis nicht substantiiert entgegengetreten ist.

3. Die Feststellungen zu Punkt II.8. stützen sich im Hinblick auf die Tätigkeit der Mitglieder der Antragstellerin auf ihr schriftliches Vorbringen und ihre Angaben in der Verhandlung.

Dass die Antragstellerin keine der von der Ausschreibung geforderten ausführenden Tätigkeiten erbringt, ist unbestritten und ergibt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung. Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung auf Befragen ausgeführt, dass sie keine ausführenden

Tätigkeiten durchführt und ist auch den darauf bezogenen, substantiierten Ausführungen der Auftraggeberin im Verfahren nicht entgegengetreten.

Dass die Antragstellerin unzweifelhaft nicht im Stande ist, den Auftrag im Hinblick auf die ausführenden Tätigkeiten aus eigenem zu erbringen und damit zusammenhängend die korrespondierenden, von ihr nicht angefochtenen Eignungsanforderungen, insbesondere im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit – die diesbezüglich geforderten Referenzen stellen insbesondere auf in der Vergangenheit durchgeführte ausführende Tätigkeiten ab –, selbst zu erfüllen, stützt sich ebenso auf ihre Angaben in der Verhandlung. Auf die Frage, wie sie – angesichts der medialen Äußerung des DI B. C. in seiner Funktion als Präsident der G., wonach nur wenige, vielleicht, zwei drei Firmen in Österreich so spezialisiert seien, dass sie den vorliegenden Totalunternehmerauftrag erfüllen könnten – die ausgeschriebene Leistung erbringen möchte, gab sie ohne nähere Konkretisierung an: „Indem wir uns verstärken.“

Dass die Antragstellerin nicht plausibel darlegen konnte, dass sie die fehlenden Eignungsanforderungen mithilfe einer erweiterten Bietergemeinschaft oder durch Subunternehmer erfüllen kann, gründet auf nachfolgenden Erwägungen:

Die Antragstellerin hat im Verfahren unter Bezugnahme auf das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach sie nicht über die erforderliche Befugnis verfüge, lediglich ausgeführt, dass sie aufgrund der nunmehrigen Nichtbeschränkung der Subunternehmer nicht sämtliche Eignungsanforderungen selbst erfüllen müsse. Es sei nicht unmöglich, die erforderlichen technischen Voraussetzungen durch Subunternehmer zu substituieren. Abgesehen davon, dass die Antragstellerin mit dieser Angabe auch zum Ausdruck bringt, eben nicht selbst über die geforderten Eignungsanforderungen zu verfügen, hat sie darüber hinaus weder plausibel dargelegt oder nachgewiesen, entsprechende konkrete Kooperationsbemühungen unternommen zu haben. Dem an die Antragstellerin bereits mit Schreiben des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.1.2024 ergangenen Auftrag, darzulegen bzw. nachzuweisen, inwiefern bezogen auf die festgelegten Eignungskriterien und die Ausführungen der Auftraggeberin in deren Schriftsätzen ein Interesse am Vertragsschluss besteht und inwiefern ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden droht, kam die Antragstellerin trotz erfolgter Fristerstreckung nicht nach und erfolgte insbesondere kein Verweis auf potentielle heranzuziehende Subunternehmer. So erschöpfte

sich das Vorbringen der Antragstellerin in ihrer Replik vom 23.1.2024 im Wesentlichen auf den Verweis darauf, sie müsse nicht sämtliche Eignungsanforderungen allein erfüllen und sei es nicht unmöglich, die erforderlichen technischen Voraussetzungen durch Subunternehmer zu substituieren (Rz 2.8.).

Das erstmalig in der mündlichen Verhandlung erstattete Vorbringen der Antragstellerin, wonach Kontakt zu einem ausländischen Unternehmen aufgenommen worden sei, das auf Stahlbau und Membrane spezialisiert sei, erweist sich aus nachfolgenden Erwägungen als nicht glaubwürdig und damit unplausibel:

Die Antragstellerin wurde im Hinblick auf diese behaupteten Kooperationsbemühungen eingehend befragt und hat angegeben, dass keine schriftliche Kommunikation mit diesem Unternehmen vorgelegt werden könne. Es habe mit diesem Unternehmen nur ein einziges, kurzes Telefongespräch gegeben, das die Konzipientin des Vertreters der Antragstellerin geführt habe, wobei weder der Name des Gesprächspartners noch das konkrete Datum des Gesprächs genannt werden konnte. Dies steht nicht im Einklang mit der allgemeinen Lebenserfahrung, so würde bei einer die Übernahme und Ausführung eines potentiellen Auftrages in dieser Größenordnung sicherstellenden Kommunikation diese in zumindest rudimentären Zügen, so eben die Dokumentation des Namens des Gesprächspartners und des Datums, wohl festgehalten werden. In Ermangelung einer solchen Dokumentation erscheint die behauptete Kooperationsbemühung insgesamt unglaubwürdig. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass dieser behauptete Kontakt tatsächlich stattgefunden hat. Abgesehen davon erscheint das Vorbringen aber auch aus folgenden Überlegungen unglaubwürdig: Hätte ein Gespräch mit einem ausländischen Unternehmen bezüglich des Eingehens einer Kooperation tatsächlich „glaublich vor den Weihnachtstagen“, wie in der Verhandlung angegeben, stattgefunden, so hätte die Antragstellerin auf die entsprechend konkrete Aufforderung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.1.2024 dies wohl in ihre Stellungnahme vom 23.1.2024 aufgenommen und nicht bloß abstrakt darauf verwiesen, dass es „nicht unmöglich ist, die erforderlichen technischen Voraussetzungen durch Subunternehmer zu substituieren“. Es erscheint sohin nicht schlüssig und lebensnah, dass die Antragstellerin auf den entsprechend konkreten Vorhalt des Verwaltungsgerichtes Wien, diese, wenn auch noch nicht vertraglich fixierte Kooperationsmöglichkeit nicht erwähnt. Und selbst wenn ein Kontakt auf diese Weise stattgefunden hätte, würde sich dieser insgesamt als zu vage und somit zur Plausibilisierung einer Kooperationsbemühung nicht geeignet erweisen, zumal daraus

überhaupt nichts für die Vertragsgestaltung abzuleiten wäre. Aufgrund all dieser Umstände war vom Verwaltungsgericht Wien festzustellen, dass die Antragstellerin weder plausibel machen noch darlegen konnte, dass sie innerhalb der Angebotsfrist die geforderte Eignung auch unter Eingehung weiterer Kooperationen erreichen und die ausgeschriebene Leistung erbringen kann.

4. Die Feststellungen zu Punkt II.9. sind unbestritten und ergeben sich aus dem Nachprüfungsantrag.

5. Die Feststellungen zu Punkt II.10. sind unbestritten und ergeben sich aus den im Verfahren insbesondere von der Auftraggeberin vorgelegten medialen Berichten. Unter anderem hat DI B. C. in der Verhandlung die Richtigkeit der Angaben jenes Zeitungsartikels bestätigt, dessen Inhalt in den Feststellungen wiedergegeben wurde.

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zurückweisung des Antrages mangels Antragslegitimation der Antragstellerin

1.1. 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.

1.2. Mit diesen Voraussetzungen sollen „Popularanträge“ ausgeschlossen werden; es sind daher nur jene Unternehmer antragslegitimiert, die den Auftrag erhalten wollen (vgl. VwSlg. 17.842 A/2010). Jene Anträge, die offenkundig ohne subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des Antragstellers zu einem Vergabeverfahren gestellt werden, das heißt, bei denen aus der Vergabeentscheidung dem Antragsteller keinesfalls ein Schaden erwachsen kann, sind folglich unzulässig. Dahinter steht der Gedanke, dass ein Nachprüfungsverfahren der Durchsetzung subjektiver Interessen und daraus resultierender Teilnahmerechte eines Bieters bzw. eines Bewerbers dienen soll, nicht aber der Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit

des Vergabeverfahrens (VfSlg. 16.391/2001; vgl. auch VwGH 6.3.2013, 2010/04/0037).

Die beiden Tatbestandselemente „Interesse am Vertragsabschluss“ und „entstandener oder drohender Schaden“ sind kumulativ zu erfüllen; bei deren Fehlen ist der Antrag zurückzuweisen. Die Antragslegitimation setzt somit voraus, dass die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Die Antragslegitimation ist somit dann nicht gegeben, wenn selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit die Situation des Antragstellers nicht verbessert würde. Vor diesem Hintergrund erfordert auch die Bejahung der Antragslegitimation das Vorliegen eines Tatsachenvorbringens seitens des Antragstellers, das die Möglichkeit eines Schadenseintrittes wegen Vorliegens der in Nachprüfung gezogenen Vergaberechtswidrigkeit plausibel macht, wozu auch die Erkennbarkeit eines Kausalzusammenhangs zwischen der ins Treffen geführten Rechtswidrigkeit und dem behaupteten Schaden gehört (vgl. VwGH 19.5.2020, Ra 2018/04/0164 im Kontext des WVRG 2014).

Der Antragsteller hat für die Antragslegitimation gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 ein entsprechendes Interesse und einen (drohenden) Schaden in plausibler Weise zu dokumentieren (vgl. VfSlg. 19.266 A/2015 iZm einem Feststellungsverfahren, wobei die dazu ergangene Rechtsprechung für Nachprüfungsverfahren relevant ist; zur grundsätzlichen Übertragbarkeit siehe insb. auch VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060 iZm einem Nachprüfungsantrag, Rz 22 ff., insb. Rz 27).

Bei der Beurteilung der Antragslegitimation im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung können alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden. Im Hinblick auf die Darlegung der Voraussetzungen des Interesses und des Schadens durch den Antragsteller besteht somit zwar keine generelle Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Nachweise, es kann aber auch keine generelle Unzulässigkeit des Einforderns einer bestimmten Glaubhaftmachung postuliert werden. Die Anforderungen an die Plausibilisierung der eigenen Antragslegitimation richten sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalles (siehe zB VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014; weiters etwa VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010; 1.10.2018, Ra 2015/04/0060).

Sofern ein Unternehmer die Ausschreibung wegen behaupteten rechtswidrigen Inhalts anfechten will, weil er dadurch an der Teilnahme am Verfahren gehindert werde, kann im Hinblick auf das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes nicht verlangt werden, dass dieser Unternehmer, um die Antragslegitimation zu erhalten, ein aussichtsloses Angebot legt bzw. einen aussichtslosen Teilnahmeantrag stellt. Aber auch in einem solchen Fall hat ein Unternehmer sein Interesse am späteren Abschluss sowie den (drohenden) Schaden plausibel darzulegen (vgl. VwSlg. 18.158 A/2011; vgl. auch *Thienel*, *Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7 [10]*).

Im Hinblick auf die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten (Eignungs-)Anforderungen ist aber zu berücksichtigen, dass nicht der Nachweis erforderlich ist, dass der Antragsteller bereits über die geforderte Eignung verfügt. Vor Abgabe eines Angebotes bzw. Stellung eines Teilnahmeantrages kann die Angebots- bzw. Teilnahmeantragsfrist auch dafür genutzt werden, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen erst herzustellen. Es ist daher keine zukunftsgerichtete Eignungsprüfung anzustellen. Zulässig und geboten ist es aber auch in dieser Hinsicht, unter Berücksichtigung der dargelegten Parameter eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen (siehe zB VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060 iZm einem Nachprüfungsantrag; vgl. auch zB VwSlg. 19.266 A/2015; VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014; 21.10.2022, Ra 2019/04/0046, jeweils iZm einem Feststellungsantrag und den vergleichbaren Ausführungen, dass bei einem Feststellungsantrag keine rückwirkende Eignungsprüfung vorzunehmen ist).

Bestehen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass ein Unternehmer nicht in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen bzw. ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen, hat es der Verwaltungsgerichtshof nicht als hinreichend erachtet, dass die Plausibilität des Vorbringens zu Schaden und Interesse an der Auftragserteilung nur unter Verweis auf den Geschäftszweig geprüft und allein aus diesem Grund ein (drohender) Schaden bejaht wurde; vielmehr wäre eine weitergehende Prüfung erforderlich gewesen (vgl. VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032; 1.10.2018, Ra 2015/04/0060; VwSlg. 19.266 A/2015). Ist ein Antragsteller nicht in der Lage, die nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit zu erbringen, kann ihr, wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt dargelegt hat, ein Schaden nicht entstehen oder drohen (siehe zB VwGH 26.2.2014, 2011/04/0168). Die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu

erhalten, kann dann nicht beeinträchtigt werden, wenn davon auszugehen ist, dass der Antragsteller die auftragsgegenständliche Leistung nicht vollständig erbringen kann (VwSlg. 18.788 A/2014). Der Verwaltungsgerichtshof hat es in mehreren Fällen auch nicht beanstandet, wenn das Verwaltungsgericht eine bloß ins Treffen geführte Kooperationsmöglichkeit, um die geforderte Eignung zu erbringen, dann nicht als ausreichend für die Antragslegitimation angesehen hat, wenn diese Kooperation nicht entsprechend plausibel gemacht wurde, etwa wenn keine Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Eingehen einer Kooperation existierte (VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010) oder wenn lediglich vorgebracht wurde, zur Leistungserbringung auf geeignete Dritte zugreifen zu können (VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014). Ob die Möglichkeit der Leistungserbringung plausibel dargelegt wird, erfordert eine Prüfung im Einzelfall (*Mayr, Kontrolle und Rechtsschutz, ÖZW 2020, 188, Punkt B.*)

Eine offenkundig fehlende Eignung kann aber dann nicht erfolgreich gegen die Antragslegitimation ins Treffen geführt werden, wenn es um einen Antrag auf Nichtigklärung einer Ausschreibung aufgrund behauptetermaßen rechtswidriger Eignungsanforderungen geht. Vielmehr ist ein Unternehmer berechtigt, ein Nachprüfungsverfahren unmittelbar gegen diese aus seiner Sicht diskriminierenden Spezifikationen einzuleiten (grundlegend EuGH 12.2.2004, C-230/02, *Grossmann Air Service*, Rz 27 ff.; siehe auch EuGH 28.11.2018, C-328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità u.a.*; VwGH 26.9.2012, 2008/04/0161; 21.11.2018, Ra 2016/04/0115; 3.8.2023, Ra 2020/04/0134).

1.3. Aus all dem folgt für die Antragslegitimation der Antragstellerin iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 Folgendes:

1.3.1. Zunächst ist die Antragstellerin im Recht, wenn sie vorbringt, dass im Zusammenhang mit der Beurteilung der Antragslegitimation iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 keine vorgezogene Eignungsprüfung durchzuführen ist. Relevanter Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung ist beim offenen Verfahren, wie die Antragstellerin zutreffend ausführt, der Zeitpunkt der Angebotsöffnung gemäß § 79 Z 1 BVergG 2018. Daraus folgt, dass die Antragstellerin zur Darlegung ihrer Antragslegitimation nicht entgegen dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung im Unterschied zu anderen Bietern ihre Eignung vor Ende der Angebotsfrist während des Nachprüfungsverfahrens nachzuweisen hat. Ebenso wenig hat das Verwaltungsgericht eine Prüfung der technischen Referenzen vorzunehmen.

Die Antragstellerin übersieht jedoch in diesem Zusammenhang, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwar keine generelle Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Nachweise besteht, aber jedenfalls eine Plausibilitätsprüfung zur Beurteilung der Antragslegitimation durchzuführen ist, bei der alle maßgeblichen Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen zu berücksichtigen sind. Die Anforderungen an die Plausibilisierung der eigenen Antragslegitimation richten sich dabei nach den konkreten Umständen des Einzelfalles, wobei keine generelle Unzulässigkeit des Einforderns einer bestimmten Glaubhaftmachung besteht.

Die Behauptung der Antragstellerin, wonach die Frage der Antragslegitimation bislang nur im Zusammenhang mit dem Sekundärrechtsschutz von Bedeutung gewesen sei, weil nur bei derartigen Sachverhalten eine ex post-Betrachtung der Eignung überhaupt möglich sei, findet ebenso wenig Deckung in der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Dieser hat vielmehr klargestellt, dass die zu Feststellungsanträgen ergangene Rechtsprechung auch im Kontext von Nachprüfungsverfahren relevant ist (vgl. VwSlg. 19.266 A/2015 iZm einem Feststellungsantrag; VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060 iZm einem Nachprüfungsantrag).

1.3.2. Die Antragstellerin hat zwar im Nachprüfungsantrag behauptet, dass die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung im Wege des Totalunternehmerauftrags in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin liege, weshalb diese ein begründetes Interesse an der Erbringung dieser Leistung habe und ihr aufgrund einer Beibehaltung der Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein massiver (wirtschaftlicher) Schaden drohe. Damit ist die Antragstellerin den Anforderungen an eine Plausibilisierung entsprechend den Maßstäben der höchstgerichtlichen Rechtsprechung aber aus folgenden Erwägungen nicht nachgekommen:

Im vorliegenden Fall haben sowohl die Umstände, die die Antragstellerin als solche betreffen, als auch die Eigenart des Leistungsgegenstandes (die Besonderheiten ergeben sich aus der enormen Spannweite, die das wandelbare Dach aufweisen muss, dem Umstand, dass weder die bestehende Stahlbetonkonstruktion noch das Bestandsdach mit additiv signifikanten Lasten belastet werden können, weshalb eine vom bestehenden Stadion komplett entkoppelte Konstruktion gefordert ist,

sowie den erforderlichen Spezialkenntnissen im Membran- und Maschinenbau) und die von der Auftraggeberin festgelegten (Eignungs-)Anforderungen in Beilage 13.08.1 des Formblattes SR-75 eine weitergehende Prüfung erfordert (zur weitergehenden Prüfung siehe insb. VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032; VwSlg. 19.266 A/2015).

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass sämtliche Mitglieder der Antragstellerin (bzw. im Fall der D. GmbH, die Teil der Antragstellerin ist, einer der geschäftsführenden Gesellschafter) führende Funktionen innerhalb der G. innehaben und die Auftraggeberin daher nicht von vorneherein unbegründet die Vermutung geäußert hat, dass der Antrag eigentlich von der G. eingebracht worden sei. Dazu kommt wesentlich, dass es sich bei den Mitgliedern der Antragstellerin um drei selbständige ZiviltechnikerInnen handelt, die nicht zu ausführenden Tätigkeiten berechtigt sind (§ 3 Abs. 4 ZTG 2019) und auch keine ausführenden Tätigkeiten durchführen, wenngleich die ausgeschriebene Leistung aber in wesentlichen Teilen in der Erbringung ausführender Tätigkeiten besteht. Wenn die Antragstellerin vor diesem Hintergrund vorbringt, dass die „Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung im Wege des Totalunternehmerauftrags in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin“ liege, so mag dies auf planerische Tätigkeiten, jedoch nicht auf die von der Ausschreibung verlangten ausführenden (Bau-)Tätigkeiten zutreffen. Deshalb bestanden iSd Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wie von der Auftraggeberin substantiiert dargelegt, gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin nicht in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen bzw. den Eignungsanforderungen zu genügen und somit ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen.

Aus diesen Gründen hat sich im konkreten Einzelfall für das Verwaltungsgericht Wien die Notwendigkeit einer weitergehenden Prüfung iSd Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergeben. Daher hat das Verwaltungsgericht die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.1.2024 aufgefordert, darzulegen und nachzuweisen, inwiefern sie den Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 WVRG 2020, insb. bezogen auf die nicht angefochtenen Eignungskriterien und die Ausführungen der Auftraggeberin in deren Stellungnahmen, genügt.

1.3.3. Die Antragstellerin ist den Anforderungen an die Plausibilisierung im Sinne einer Glaubhaftmachung jener Umstände, die für die Beurteilung der Antragslegitimation iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 erforderlich sind, weder mit der daraufhin

erstatteten Stellungnahme vom 23.1.2024 noch mit ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung nachgekommen.

So hat die Antragstellerin bis zuletzt nicht dargetan, dass sie selbst die ausgeschriebene Leistung im Hinblick auf die Befugnis, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und technische Leistungsfähigkeit iSd Beilage 13.08.1 des Formblattes SR-75 erbringen kann. Mit ihrem pauschalen Verweis darauf, dass es „nicht unmöglich“ sei, „die erforderlichen technischen Voraussetzungen durch Subunternehmer zu substituieren“, hat sie selbst zu verstehen gegeben, die ausgeschriebene Leistung nicht erbringen zu können. In der mündlichen Verhandlung hat sie dies auf entsprechende Nachfrage auch bestätigt. Die bloße Behauptung, dass es nicht unmöglich sei, Subunternehmer beiziehen zu können, erachtet das Verwaltungsgericht Wien im vorliegenden Fall zur Plausibilisierung für nicht ausreichend (vgl. VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014). Dasselbe trifft auch auf den Umstand zu, dass konkrete Kooperationsbemühungen in der mündlichen Verhandlung zwar behauptet, aber keine Korrespondenz dazu vorgelegt werden konnte (vgl. VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010) und, wie beweismäßig ausgeführt, auch die sonstigen Angaben zu dieser behaupteten Kooperationsmöglichkeit nicht überzeugend waren (weder konnte der Gesprächspartner namentlich genannt werden, mit dem ein einziges, kurzes Telefongespräch von der Konzipientin des Rechtsanwaltes geführt worden sei, noch das Datum dieses behaupteten Telefongesprächs). Dabei verkennt das Verwaltungsgericht Wien nicht, dass die im Zeitpunkt der Verhandlung noch offene Frist zur Abgabe von Angeboten auch noch dazu genutzt werden könnte, die erforderliche Eignung herzustellen. Wie festgestellt und beweismäßig ausgeführt, hat die Antragstellerin jedoch entsprechende Kooperationsbemühungen, um mittels Subunternehmer bzw. einer erweiterten Bietergemeinschaft innerhalb der – noch nicht abgelaufenen – Angebotsfrist die erforderliche Eignung herzustellen, nicht plausibel darlegen können. Dazu kommt, dass die – ursprünglich mit 9.1.2024 festgesetzte – Frist zur Abgabe von Angeboten nur noch für kurze Zeit, und zwar durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung, mit der der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt wurde, offen gestanden ist. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es nicht plausibel, dass die Antragstellerin in dieser kurzen Zeitspanne dafür sorgen hätte können, ein zuschlagsfähiges Angebot insb. vor dem Hintergrund der komplexen ausführenden Tätigkeiten zu legen (zur Bedeutung des zeitlichen Aspekts siehe insb. VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060). Folglich kann der Antragstellerin, die die nachgefragten Leistungen in wesentlichen

Teilen, nämlich jedenfalls hinsichtlich der geforderten ausführenden Tätigkeiten, nicht erbringen kann, auch kein Schaden entstehen oder drohen (vgl. VwGH 26.2.2014, 2011/04/0168). Folglich verhilft der Antragstellerin ihr Vorbringen, dass das vorliegende Rechtsschutzverfahren notwendig sei, um überhaupt ein chancenreiches Angebot legen zu können, nicht zum Erfolg. Ihre Stellung würde durch die Beseitigung der behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht verbessert (vgl. VwGH 19.5.2020, Ra 2018/04/0164).

1.3.4. Die Antragslegitimation ist auch nicht deswegen zu bejahen, weil die Antragstellerin diskriminierende Eignungskriterien angefochten hat. Vielmehr hat sie die relevanten Eignungskriterien in der Beilage 13.08.1 des Formblattes SR-75 der Ausschreibung gerade nicht angefochten. Soweit sie die Beschränkung der Bietergemeinschaft auf zwei Mitglieder sowie das Verbot der Weitergabe an Sub-Subunternehmen im Nachprüfungsverfahren releviert hat, ist darauf zu verweisen, dass die Auftraggeberin diese Beschränkungen mittels Fragebeantwortung beseitigt hat und auch vor diesem Hintergrund keine Antragslegitimation besteht (vgl. *Thienel*, in Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], BVergG 2006², § 320 Rz 34, wonach die Antragslegitimation dadurch entfallen kann, dass der durch die geltend gemachte Rechtswidrigkeit drohende Schadenseintritt nachträglich abgewendet wird).

1.3.5. Zusammengefasst bedeutet dies, dass die Antragstellerin ein entsprechendes Interesse an der ausgeschriebenen Leistung iSd § 18 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020 nicht plausibel darlegen konnte. Auch, dass sie die geforderte Leistung in ihrer Gesamtheit erbringen kann, hat sie nicht plausibel dargelegt. Folglich kann ihr auch kein Schaden iSd § 18 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020 entstehen oder drohen. Daran ändert auch nichts, dass die Angebotsfrist (im Zeitpunkt der mündlichen Verkündung der Entscheidung) noch nicht abgelaufen ist. Die Antragstellerin hat im Verfahren eben auch keine Kooperationsbemühungen plausibilisiert, aufgrund derer eine den geforderten Eignungskriterien, insbesondere im Hinblick auf die Befugnis, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und technische Leistungsfähigkeit genügende Angebotsstellung in der noch offenen, kurzen Frist für möglich erachtet werden kann.

1.3.6. Die Antragslegitimation der Antragstellerin ist somit nicht gegeben, weshalb der Nachprüfungsantrag gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 zurückzuweisen ist.

2. Zu den Pauschalgebühren

2.1. Gemäß § 14 Abs. 1 WVRG 2020 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge gemäß § 18 Abs. 1 (Nichtigerklärung) und § 25 (einstweilige Verfügung) WVRG 2020 eine Pauschalgebühr an das Verwaltungsgericht Wien zu entrichten.

Gemäß § 14 Abs. 4 iVm § 25 WVRG 2020 beträgt die Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Hälfte des ausgewiesenen Gebührensatzes.

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2020 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 14 WVRG 2020 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber.

Gemäß § 1 WVPVO 2020 beträgt die Pauschalgebühr bei Bauaufträgen im Oberschwellenbereich für Nachprüfungsanträge € 7.605,-. Gemäß § 3 Abs. 1 WVPVO 2020 beträgt die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller für Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zu entrichtende Pauschalgebühr 25 % der gemäß § 1 festgesetzten bzw. 10 % der gemäß § 2 erhöhten Gebühr. Gemäß § 3 Abs. 2 WVPVO 2020 ist der Gebührensatz gemäß § 3 Abs. 1 WVPVO 2020 auf ganze Euro ab- oder aufzurunden.

2.2. Für den Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sind daher, da der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert nicht um mehr als das 10fache (iSd § 2 Abs. 1 WVPVO 2020) übersteigt, gerundet € 1.901,- an Pauschalgebühren zu entrichten.

Die Antragstellerin hat für den Nachprüfungsantrag und für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung € 2.853,- an Pauschalgebühren – somit in ausreichender Höhe – entrichtet.

2.3. Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie die entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

3. Zum Revisionsausspruch

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 insbesondere hinsichtlich der Antragslegitimation gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 an der zitierten, nicht als uneinheitlich anzusehenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Zudem stellt die (beweiswürdigende) Frage, ob die Antragslegitimation entsprechend plausibel gemacht wurde, nach der dargelegten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Einzelfallentscheidung dar, weshalb die Revision auch vor diesem Hintergrund nicht zulässig ist. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage 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.

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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Schreiner
(Vorsitzende)