



# 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-123/095/4248/2024-21

Wien, 28.5.2024

Bietergemeinschaft „A.“ bestehend aus:

1. Arch. DI B. C., [...],
2. D. GmbH

Geschäftsabteilung: VGW-K

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden und Dr. Diem als Richter sowie durch seine Richterin Mag. Bachert-Sedlak als Beisitzerin über den Antrag der „Bietergemeinschaft „A.““ bestehend aus: 1. Arch. DI B. C. und 2. D. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung mehrerer, näher bezeichneter Bestimmungen der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „GP-Leistungen E.“ des Wiener Gesundheitsverbundes, vertreten durch die Wiener Gesundheitsverbund Projektentwicklungs- und Baumanagement GmbH (vergebende Stelle: Rechtsanwälte GmbH & Co KG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25.4.2024 den

## BESCHLUSS

gefasst und verkündet:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung mehrerer, näher bezeichneter Bestimmungen der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „GP-Leistungen E.“ der Stadt Wien – Wiener Gesundheitsverbund 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 € 3.422,- 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 Stadt Wien – Wiener Gesundheitsverbund führt als Auftraggeberin durch die Rechtsanwälte GmbH & Co KG als vergebende Stelle unter der Bezeichnung „GP-Leistungen E.“ ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit sieben Partnern zur Vergabe eines (geistigen) Dienstleistungsauftrages betreffend die Erbringung von Generalplanerleistungen.

2. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 26.3.2024, 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 € 3.422,- 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. Die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistung liege in der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin (bzw. deren Mitgliedern), 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 von Referenzprojekten über die Dauer von vier (bis optional sechs) Jahren. Derartig umfassende Dienstleistungen seien aufgrund des engen österreichischen Anbietermarktes kaum wieder zu erlangen. Durch die Rechtswidrigkeiten entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit auf die spätere Zuschlagserteilung (Abruf aus der Rahmenvereinbarung), weshalb ihr 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 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 näher aus, welche Bestimmungen der Ausschreibung sie aus welchen Gründen für rechtswidrig erachtet.

3. Mit Schriftsatz vom 27.3.2024 erteilte die Auftraggeberin Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung, wobei sie auf inhaltliche Ausführungen zur Interessensabwägung verzichtete.

4. Mit Beschluss vom 28.3.2024 erließ das Verwaltungsgericht Wien eine einstweilige Verfügung. Mit dieser wurde die Teilnahmeantragsfrist für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt. Hinsichtlich der Antragslegitimation gemäß § 18 WVRG 2020 führte das Verwaltungsgericht Wien aus, dass die Antragstellerin die Antragslegitimation zumindest insoweit plausibel dargelegt habe, dass auf Ebene des Provisorialrechtsschutzes nicht von einem offensichtlichen Fehlen der Antragslegitimation iSd § 18 Abs. 1 WVRG 2020 auszugehen sei.

5. Mit Schriftsatz vom 9.4.2024 nahm die Auftraggeberin inhaltlich Stellung zum

Nachprüfungsantrag.

5.1. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin führte sie aus, dass sich aus dem Verhalten der Antragstellerin klar schließen lasse, dass es dieser nicht um eine (konstruktive) Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren gehe, sondern diese schlicht die Ausschreibung stören oder – möglicherweise aus nicht nachvollziehbaren standespolitischen Gründen heraus – verhindern wolle. Keine der von der Antragstellerin als (vermeintlich) unklar dargestellten Punkte seien von dieser im Zuge der Ausschreibung im Rahmen einer Interessentenfrage adressiert oder hinterfragt worden. Stattdessen habe die Antragstellerin direkt einen Nachprüfungsantrag eingebracht. Kein Unternehmen, das an einer (konstruktiven) Teilnahme an einem Vergabeverfahren interessiert sei, würde ein solches Vorgehen wählen. Schon der Name der Antragstellerin („... Transparenz“) lege offen, dass sich die Antragstellerin aus welchen Gründen auch immer offenbar als „objektive Rechtskontrolle“ verstehe (ohne eigenes Interesse an dieser Ausschreibung). Dies selbst dann, wenn der gesamte (restliche) Generalplaner-Markt offenkundig keinerlei Bedenken oder auch nur Unklarheiten im Hinblick auf die gegenständliche Ausschreibung erkennen könne (siehe die Interessentenfragen und -beantwortungen, die nur auf Detailregelungen und Detailverständnis abstellten, ohne den Leistungsgegenstand in irgendeiner Form kritisch zu sehen). Dieses Vorgehen „entgegen dem Markt“ sei auch insofern erstaunlich, als sowohl DI C. als auch ein Gesellschafter der D. GmbH (Univ.-Prof. DI G.) hochrangige Funktionäre der [...]kammer seien; warum diese Funktionäre hier die Vergabe einer großvolumigen Rahmenvereinbarung an ihre zahlenden Mitglieder verhindern oder zumindest verzögern wollten, sei für die Auftraggeberin nicht nachvollziehbar.

Soweit Medienberichten zu entnehmen sei, habe die Antragstellerin (in genau dieser Konstellation) bereits in ähnlicher Weise – ohne Interesse am Auftrag oder drohenden Schaden – versucht, eine Ausschreibung betreffend das Stadiondach des Ernst-Happel-Stadions zu verhindern. Laut diesen Medienberichten habe das Verwaltungsgericht Wien den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin dort mangels Antragslegitimation zurückgewiesen. Der hier gegenständliche Fall sei nicht anders zu beurteilen: Die Antragstellerin wolle sich als „objektive Rechtskontrolle“ gerieren, wofür es im österreichischen Vergaberecht jedoch keinen Platz gebe; zurecht seien bloße Popularanträge ohne „persönliche Betroffenheit“ zurückzuweisen.

Die mangelnde Antragslegitimation der Antragstellerin (mangels Interesse und drohenden Schadens) ergebe sich im Übrigen auch zwanglos aus ihrer bisherigen Tätigkeit: Schon auf Basis öffentlich zugänglicher Unterlagen ergebe sich klar, dass die Antragstellerin weder Erfahrung als Generalplaner noch Erfahrungen als Generalplaner im Gesundheitsbereich habe. Damit sei auch klar, dass die Antragstellerin nicht die geforderte Eignung für die gegenständliche Ausschreibung aufweise. Gemäß Punkt 4.2.5.1. der Teilnahmebestimmungen seien zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzprojekte hinsichtlich der Erbringung von Generalplanerleistungen im Gesundheitsbereich (Krankenanstalten iSd KAKuG) nachzuweisen. Schon aufgrund dieser (nicht angefochtenen) Festlegung sei klar, dass die Antragstellerin für eine Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren gar nicht in Frage komme und ihr durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten auch kein Schaden entstehen könne.

Es wäre auch gänzlich unglaublich, dass sich die Antragstellerin zum Nachweis der Eignung allenfalls noch „verstärke“ (zB mit einem Subunternehmer). Kein Unternehmen, das selbst Generalplaner-Referenzen im Gesundheitsbereich aufweise, würde sich als Subunternehmer zwei in diesem Bereich unerfahrenen Büros anschließen (noch dazu bei einem solchen Auftragsvolumen). In Gesamtschau fehle es der Antragstellerin sohin offenkundig am Interesse am Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung bzw. könne ihr durch die behaupteten (tatsächlich nicht vorliegenden) Rechtswidrigkeiten auch kein Schaden entstanden sein oder drohen, sodass der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei.

5.2. Inhaltlich trat die Auftraggeberin dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen und legte näher dar, weshalb die angefochtenen Bestimmungen aus ihrer Sicht nicht rechtswidrig seien.

6. Mit Schreiben vom 10.4.2024 übermittelte das Verwaltungsgericht Wien der Antragstellerin die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 9.4.2024 und forderte die Antragstellerin auf, bis zum 17.4.2024 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 insbesondere bezogen auf die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Eignungsanforderungen sowie bezogen auf die Ausführungen der Auftraggeberin.

7. Mit Schriftsatz vom 17.4.2024 ersuchte die Antragstellerin um Fristerstreckung bis zum 22.4.2024. Der Vertreterin der Antragstellerin sei es abwesenheitsbedingt nicht möglich gewesen, das umfangreiche Vorbringen der Auftraggeberin mit sämtlichen Mitgliedern der A. und deren präsumtiven Subunternehmern zu erörtern. Eine Terminkoordination zur Abstimmung des weiteren Vorbringens habe erst für den 19.4.2024 organisiert werden können.

8. Mit Schriftsatz vom 22.4.2024 erstattete die Antragstellerin zur Stellungnahme der Auftraggeberin sowie zur Aufforderung des Verwaltungsgerichtes eine Replik. Darin führt sie im Hinblick auf ihre Antragslegitimation auf das Wesentliche zusammengefasst Folgendes aus:

Gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 sei ein Interesse am Vertragsabschluss zu „behaupten“. Im rechtlichen Kontext sei zwischen „Behauptung“ und „Beweis“ zu unterscheiden. Nach der Rechtsprechung reiche es aus, die Möglichkeit einer Rechtsverletzung mit der Behauptung eines Interesses am Vertragsabschluss aufzustellen. Als befugte Unternehmen für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Planungsleistungen könne der Antragstellerin nicht ernsthaft ein Interesse an der Auftragserteilung abgesprochen werden. Nach der ständigen Rechtsprechung sei mit der Einbringung eines Nachprüfungsantrages das rechtliche Interesse am Abschluss eines Vertrages evident. Dies sei im Besonderen damit begründet, dass die Antragstellerin gerade im Hinblick auf den möglichen Auftrag das innerstaatliche Rechtsschutzsystem in Anspruch nehme. Der Europäische Gerichtshof habe klargestellt, dass der Begriff „Interesse an einem öffentlichen Auftrag“ nicht derart auszulegen sei, dass die praktische Wirksamkeit der Rechtsmittel-RL beeinträchtigt werde.

Die Auftraggeberin bringe vor, dass bereits der Gesellschaftsname der Antragstellerin (... Transparenz) darauf hinweise, dass lediglich eine objektive Rechtskontrolle ausgeübt werde. Zudem sei – so die Auftraggeberin – unverständlich, weshalb hochrangige Funktionäre der [...]kammer für [...] eine „Vergabe [...] an ihre zahlenden Mitglieder verhindern oder zumindest verzögern wollen“. Die Gesellschafter einer Arbeitsgemeinschaft dürften, so die Antragstellerin, gemäß § 1177 ABGB unter einem gemeinsamen Namen auftreten, der ex lege Unterscheidungskraft besitze. Die Fantasiebezeichnung „... Transparenz“ besitze eben diese gesetzlich geforderte Unterscheidungskraft und diese sei bereits seit etwa Mitte des Jahre

2023 von Arch. DI C. in Verwendung. Der Namensschutz könne mangels Eintragung im Firmenbuch nur gemäß § 43 ABGB gewährleistet werden, weswegen die Antragstellerin diesen seit jeher auch mehrfach verwendet habe. Die Behauptung zum Gesellschaftsnamen sei daher weder nachvollziehbar noch ansatzweise berechtigt.

Arch. DI C. sei hier gerichtlich auch nicht in seiner Funktion als Präsident der genannten [...]kammer tätig. Gegenteiliges sei von der Auftraggeberin im Verfahren zu beweisen. Würde man dem Vorbringen der Auftraggeberin folgen, so dürfte der gesetzliche Berufsvertreter, Arch. DI C., seinen unternehmerischen Tätigkeiten nicht mehr nachgehen. Dies käme einem verfassungsrechtlich bedenklichen Berufsverbot gleich. Jedenfalls müsse nach Ansicht der Auftraggeberin allen gesetzlich vorgesehenen BerufsvertreterInnen ein rechtliches Interesse an der Einleitung eines Nachprüfungsantrages abgesprochen werden. Dies sei zu Recht weder aus der europäischen Rechtsmittel-RL noch aus nationalen Bestimmungen ableitbar. Ebenso sei es gesetzlichen BerufsvertreterInnen nicht verboten, sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammenzuschließen. Das Vorbringen der Auftraggeberin sei als offenkundig untauglicher Versuch zu werten, sich einer inhaltlichen Entscheidung über die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten in den Ausschreibungsbestimmungen zu entziehen.

Die Auftraggeberin führe aus, dass es der Antragstellerin an der erforderlichen Eignung mangle, da diese nicht den Nachweis über die geforderten Referenzprojekte hinsichtlich der Erbringung von Generalplanerleistungen im Gesundheitsbereich (Krankenanstalten iSd KAKuG) erbringen könnte. Darüber hinaus wäre es ungläubhaft, dass sich die Antragstellerin zum Nachweis der Eignung noch allenfalls – zB mit einem Subunternehmer – verstärke. Das angerufene Gericht soll nach Ansicht der Auftraggeberin darauf aufbauend eine Eignungsprüfung der Antragstellerin im Rechtsschutzverfahren vornehmen, dies als Voraussetzung der Antragslegitimation. Dadurch wäre die Antragstellerin, wie sie diesbezüglich ausführt, aber 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 Vertragsschluss 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 vollständig zu verwerfen.

Daraus, dass keine geeigneten Referenzprojekte auf den Online-(Unternehmens-)Präsenzen der Mitglieder der Antragstellerin erkennbar wären, leite die Auftraggeberin ab, dass es sich bei der Antragstellerin um zwei unerfahrene Büros handle, denen sich kein erfahrenes Unternehmen anschließen würde. Referenzprojekte stellten im Vergabeverfahren jedoch stets ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis dar. Die Antragstellerin könne daher nicht als „unerfahren“ bezeichnet werden, weil sie berechnete Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse wahrnehme. Richtig sei, dass die Antragstellerin auf spezialisierte Unternehmen als ARGE-Partner und auch Subunternehmer zurückgreifen werde. Allerdings sei die Auswahl geeigneter Unternehmen durch die unbestimmte Beschreibung des Auftragsgegenstandes erschwert bzw. unmöglich. Auf konkreten Vorhalt in der mündlichen Verhandlung werde die Antragstellerin unter Ausschluss der Öffentlichkeit und in Abwesenheit der Auftraggeberin Auskünfte zu den Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in Bezug auf eignungsrelevante Nachweise erteilen.

9. Mit Schriftsatz vom 24.4.2024 erstattete die Auftraggeberin eine Replik zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 22.4.2024. Darin führt sie im Hinblick auf



die Antragslegitimation der Antragstellerin im Wesentlichen wie folgt aus:

Die bloße Behauptung eines Interesses am Vertragsabschluss sei für die gerichtliche Durchsetzung eines (vermeintlichen) Rechtsanspruches nicht ausreichend. Ganz generell obliege es einem Rechtssuchenden, die anspruchsbegründenden Umstände zu beweisen. Zwar gebe es in Vergabenaachprüfungsverfahren eine gewisse Erleichterung für Antragsteller; dies könne jedoch nicht so verstanden werden, dass Antragsteller dadurch von jedweder Bescheinigung oder auch nur Plausibilisierung ihres Interesses am Auftrag entbunden wären. Entsprechend fordere der Verwaltungsgerichtshof für die Antragslegitimation, dass ein entsprechendes Interesse und ein (drohender) Schaden in plausibler Weise dokumentiert werde. Auch nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes habe die Antragstellerin ihre Antragslegitimation zu plausibilisieren. Eine entsprechende Plausibilisierung ihres Interesses und eines (drohenden) Schadens sei durch die Antragstellerin nicht erfolgt. Aus Sicht der Auftraggeberin sei die Antragstellerin der Aufforderung des Gerichts daher mit der Replik – ohne irgendeinen Nachweis – nicht nachgekommen. Die Antragstellerin habe daher – soweit ersichtlich – keinen Beweis, kein Bescheinigungsmittel oder keinen sonstigen Nachweis zur Plausibilisierung ihres Interesses am Vertragsschluss erbracht. Insbesondere könne der bloße Verweis auf ein „unternehmerisches Interesse an der Erbringung von Planungsleistungen“ kein Interesse an oder Eignung für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung über spezialisierte Generalplanerleistungen im Gesundheitsbereich plausibilisieren.

Weiters könne im Falle des Vorwurfs eines unzulässigen Populارانtrages, wie hier, die Einbringung eines Nachprüfungsantrages naturgemäß kein Indiz für ein Interesse am Auftrag sein. Dieser Logik folgend wäre jeder (abstrakte) Populارانtrag schon aufgrund des Umstands, dass er eingebracht worden sei, zulässig. Dies würde einen logischen Zirkelschluss darstellen und dies wäre auch in keiner Weise mit den EU-Vergabe(rechtsschutz)-Richtlinien, dem BVergG 2018 oder WVRG 2020 vereinbar. Anträge, die offenkundig ohne jeden subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des Antragstellers zu einem Vergabeverfahren gestellt würden, seien nach der Rechtsprechung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin weise in ihrer Replik den Vorwurf eines unzulässigen Populارانtrages zurück. Der Antragstellerin sei es unbenommen, unter welcher Bezeich-

nung sie im Geschäftsleben bzw. in Vergabeverfahren auftreten will. Die Bezeichnung als „... Transparenz“ deute jedoch ganz klar darauf hin, dass es der Antragstellerin um eine bloße abstrakte Kontrolle der objektiven Rechtsmäßigkeit des Vergabeverfahrens gehe, nicht um eine Durchsetzung ihrer konkreten subjektiven Rechte. Daher fehle ihr die Antragslegitimation.

Die Auftraggeberin habe nicht behauptet, dass die Antragstellerin für die Kammer oder als Funktionäre der Kammer auftreten würden. Arch. DI C. sei aber dieselbe natürliche Person als Unternehmer und als Funktionär, sodass die Trennlinie naturgemäß schwierig zu ziehen sei. Selbstverständlich stehe es auch Funktionären von gesetzlichen Interessensvertretungen frei, sich im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit an Vergabeverfahren zu beteiligen. Die Stellung eines Nachprüfungsverfahrens erfordere jedoch auch für unternehmerisch tätige Funktionäre den Nachweis eines konkreten Interesses am Vertragsabschluss und den Nachweis einer (drohenden) Schädigung, was gegenständlich nicht vorliege.

Sofern die Antragstellerin vermeine, dass durch die Aufforderung des Verwaltungsgerichtes eine Angebotsprüfung „vorgezogen“ würde, so sei dies unzutreffend (richtigerweise würde – wenn schon – eine Teilnahmeantragsprüfung vorgezogen; die mehrfachen Verweise der Antragstellerin auf eine „Angebotsprüfung“ in diesem Zusammenhang seien nicht nachvollziehbar). Es gehe hier in keiner Weise darum, der Teilnahmeantragsprüfung vorzugreifen. Die Antragstellerin müsse aber das Vorliegen der Antragsvoraussetzungen iSd § 18 WVRG 2020 nachweisen, widrigenfalls ihr keine Antragslegitimation zukomme. Entsprechend halte auch der Europäische Gerichtshof ausdrücklich fest, dass die Antragslegitimation des Unternehmens vom Gericht unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände umfassend zu prüfen sei. Natürlich nehme das Verwaltungsgericht keine Detailprüfung im Sinne einer Teilnahmeantragsprüfung vor; die Antragstellerin habe aber gegenüber dem Gericht zu plausibilisieren, dass sie die wesentlichen Eignungsanforderungen der Ausschreibung erfüllen könne. Da die Antragstellerin ihre Eignung (technische Leistungsfähigkeit) für den gegenständlichen Auftrag in keiner Weise plausibilisieren habe können, können ihr auch kein Schaden aus den vermeintlichen Rechtswidrigkeiten entstehen. Der Antragstellerin könne daher mangels Interesse/Eignung für diesen Auftrag kein Schaden entstehen oder drohen, sodass ihr Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei.

Nicht nachvollziehbar sei weiters das Vorbringen der Antragstellerin, dass sie „auf

spezialisierte ARGE-Partner und auch Subunternehmer zurückgreifen wird“, die Auswahl aber durch die (vermeintlich) unbestimmte Beschreibung des Leistungsgegenstandes erschwert bzw. unmöglich sei. Mit diesem Vorbringen gestehe die Antragstellerin einerseits ausdrücklich zu, dass sie derzeit über kein Unternehmen verfüge, das ihre mangelnde Eignung (technische Leistungsfähigkeit) substituieren könnte. Andererseits sei der Hinweis auf den Leistungsgegenstand hier nicht nachvollziehbar; die Eignungsanforderungen, insbesondere an Referenzen, seien in den Teilnahmebestimmungen klar dargelegt (und seien diese von der Antragstellerin auch in keiner Weise kritisiert worden). Auf Basis dieser Vorgaben sei klar, welche Anforderungen mit dem Teilnahmeantrag erfüllt werden müssten und der Antragstellerin müsse damit als verständigem Interessenten/Bewerber auch klar sein, inwiefern sie sich zur Erfüllung der Anforderungen „verstärken“ müsse.

Weiters erscheine es der Auftraggeberin wenig glaubhaft, dass eine Bietergemeinschaft/ARGE einen Nachprüfungsantrag gegen eine Ausschreibung einbringe, sich dann aber noch um weitere Bietergemeinschafts-/ARGE-Mitglieder „verstärken“ wolle (was die Antragstellerin aber offenbar andeute). Dies umso mehr, als die A. laut Vorbringen der Antragstellerin schon lange in dieser Konstellation tätig sei.

10. Am 25.4.2024 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Parteien durch ihre anwaltliche Vertretung teilgenommen haben. Im Anschluss daran verkündete das Verwaltungsgericht Wien die Entscheidung.

11. Mit Schriftsatz vom 2.5.2024 beantragte die Antragstellerin die schriftliche Ausfertigung der mündlich verkündeten Entscheidung.

## II. Feststellungen

1. Die Stadt Wien – Wiener Gesundheitsverbund führt als Auftraggeberin durch die Rechtsanwältin GmbH & Co KG als vergebende Stelle unter der Bezeichnung „GP-Leistungen E.“ ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit sieben Partnern zur Vergabe eines (geistigen) Dienstleistungsauftrages betreffend die Erbringung von Generalplanerleistungen. Der geschätzte Auftragswert übersteigt den Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 um mehr als das Vierzigfache. Die Bekanntmachung im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union

erfolgte am 27.2.2024. Die Teilnahmeantragsfrist wurde zunächst mit 3.4.2024 festgesetzt und nach Einbringung des Nachprüfungsantrages bis zum 6.5.2024 verlängert.

2. Die Teilnahmebestimmungen (Teil A) lauten auszugsweise wie folgt:

„3.4. Subunternehmer / sonstige Dritte / verbundene Unternehmen

3.4.1. Allgemeines

[...] Die Weitergabe der gesamten Rahmenvereinbarung ist – ausgenommen an verbundene Unternehmen – unzulässig. Jedenfalls sind zumindest die Generalplaner-Koordinations- und Managementleistungen immer vom Bieter selbst (bzw. von einem mit dem Bieter verbundenen Unternehmen oder – im Falle der Teilnahme einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren – von einem Mitglied der Bietergemeinschaft) zu erbringen („kritische Aufgaben“ iSv § 98 Abs 4 Z 1 BVergG).

Der Bewerber hat in der ersten Verfahrensstufe nur jene Subunternehmer, verbundene Unternehmen oder sonstige Dritte bekanntzugeben, auf die er sich im Rahmen der Eignungs- oder Auswahlprüfung stützt („notwendige Subunternehmer“ – vgl Punkt 3.4.3). Alle sonstigen (nicht-notwendigen) Subunternehmer, verbundene Unternehmen oder sonstige Dritte sind (ebenso wie allfällige Sonderfachleute) erst in der zweiten Verfahrensstufe namhaft zu machen. Der Bewerber hat (Formblatt B5) anzugeben, welche Leistungen der jeweilige (notwendige) Subunternehmer, sonstige Dritte und/oder das verbundene Unternehmen mit welchem Anteil an der Gesamtleistung erbringen soll (allfällige Sub-Subunternehmer und in weiteren Beauftragungsketten mit dem Bewerber verbundene Unternehmen haben im Formblatt B4 im Feld „Übernommener Leistungsteil“ anzugeben, für welchen Subunternehmer sie tätig werden).

Der Auftraggeber weist aber bereits jetzt darauf hin, dass in der zweiten Verfahrensstufe jedenfalls die folgenden Leistungsbereiche abzubilden sein werden (und sodann ggf Subunternehmer für diese Bereiche namhaft zu machen sind, wenn der Bewerber bzw die Bewerbergemeinschaft nicht selbst über die entsprechenden Kapazitäten verfügt):

- Objektplanung / Architektur
- Statik
- Technische Gebäudeausrüstung (HAT, ET, MSR)
- Medizintechnik
- Bauphysik
- Brandschutz

[...]

3.4.3. Notwendige Subunternehmer

Bewerber können sich auch zum Nachweis der Erfüllung der in Punkt 4.2.3. (finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) und Punkt 4.2.5. (technische Leistungsfähigkeit) festgelegten Mindestkriterien auf Dritte berufen. Für solche „notwendigen Subunternehmer“ gilt zusätzlich Folgendes:

Der Bewerber hat nachzuweisen, dass er für die gesamte Vertragsdauer tatsächlich

über die Mittel der notwendigen Subunternehmer zur jeweiligen Leistungserbringung verfügt. Jeder notwendige Subunternehmer ist mit den Formblättern B4, B5, und/oder B7 bekannt zu geben. Weiters hat jeder notwendige Subunternehmer das Vorliegen der notwendigen Befugnis bzw technischen Leistungsfähigkeit für den ihm zukommenden Leistungsteil zu bestätigen und zu erklären, im Falle des Abschlusses der Rahmenvereinbarung mit dem Bewerber die angegebenen Leistungen zu erbringen. Dazu sind zwingend – je nachdem, ob der notwendige Subunternehmer zum Nachweis der Erfüllung der Mindestkriterien der technischen Leistungsfähigkeit bzw des Vorliegens der Befugnis oder der Erfüllung der Mindestkriterien der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen wird – das Formblatt B8 und/oder das Formblatt B9 und/oder das Formblatt B10 zu verwenden. Gegebenenfalls sind die entsprechenden Formblätter zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen und/oder technischen Leistungsfähigkeit (Referenzen etc) vom notwendigen Subunternehmen auszufüllen.

Die Auftraggeberin hält ausdrücklich fest, dass Fachplaner oder Sonderfachleute, deren Leistungen ausschließlich als optionale Leistungen abgerufen werden, nicht als notwendige Subunternehmer gelten.

[...]

#### 4. EIGNUNG DER BEWERBER

[...]

##### 4.2.2. Befugnis

Teilnahmeberechtigt am Vergabeverfahren sind in den EU- bzw EWR-Mitgliedsstaaten und in der Schweizerischen Eidgenossenschaft ansässige natürliche und juristische Personen, die nachweislich gemäß den Rechtsvorschriften ihres Heimatlandes zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen befugt sind.

Die Auftraggeberin geht davon aus, dass die nachfolgend dargestellten Befugnisse (jeweils für sich alleine) für die Leistungserbringung ausreichend sind.

- Ingenieurbüro (§ 94 Z 69 GewO 1994)
- Befugnis eines Architekten oder Ingenieurkonsulenten nach dem Ziviltechnikergesetz
- Baumeister (§ 94 Z 5 GewO 1994)

Der Nachweis der ausreichenden Befugnis sowie die Einhaltung sämtlicher gewerberechtlichen Vorgaben im Rahmen der Leistungserbringung obliegt allein dem Bewerber, der auch das Risiko eines nicht ausreichenden Befugnisnachweises trägt.

Der Nachweis der Befugnis des Bewerbers kann auch durch den Nachweis der Befugnis eines notwendigen Subunternehmers (oder eines sonstigen Dritten iSd § 86 BVergG oder eines verbundenen Unternehmens) erbracht werden (siehe hierzu Punkt 4.3.2.).

[...]

##### 4.2.5. Technische Leistungsfähigkeit

###### 4.2.5.1. Mindest-Unternehmensreferenzen

[...]

(b) Leistungsinhalt der Mindest-Unternehmensreferenz

Der Bewerber hat zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit ein Referenzprojekt vorzulegen, welches (zusätzlich zu den in Punkt (a) genannten allgemeinen Anforderungen) die folgenden Anforderungen (kumulativ) erfüllt:

Mindestanforderungen

- Auftraggeber des Referenzprojekts war ein Auftraggeber aus dem EU-/EWR-Bereich (einschließlich „private Auftraggeber“)
- Im vorgelegten Referenzprojekt muss innerhalb der letzten acht Jahre gerechnet vom Ende der Teilnahmefrist zumindest die Planungsphase (PPH2) abgeschlossen worden sein (baubehördliche Einreichung).
- Das Referenzprojekt hat Generalplanerleistungen im Hinblick auf eine Krankenanstalt iSd Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetzes (oder vergleichbarer Gesetze) umfasst. Der Bieter muss als Generalplaner entweder eigene Planungsleistungen erbracht haben oder die für eine Generalplanung wesentlichen Fachplaner eigenverantwortlich koordiniert haben (GP-Management-Leistungen; [...])
- Die Errichtungskosten des Referenzprojekts gemäß ÖNORM B 1801-1 haben zumindest EUR [...] (valorisiert auf Preisbasis 2020 des Baupreisindex Sonstiger Hochbau insgesamt der Statistik Austria) betragen.“

[...]

#### 4.2.5.3. Schlüsselpersonal

Der Bewerber hat zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vier Schlüsselpersonen – zwei Projektleiter (Objektplanung/Architektur) und zwei GP-Manager – namhaft zu machen, die in weiterer Folge auch zwingend bei der Vertragserfüllung eingesetzt werden müssen. Die Schlüsselpersonen müssen Deutsch in Wort und Schrift beherrschen. Eine Mehrfachnennung einer Person für mehrere der genannten Schlüsselrollen ist unzulässig.

Die Auftraggeberin weist darauf hin, dass in der zweiten Verfahrensstufe voraussichtlich die Namhaftmachung weiterer Schlüsselpersonen gefordert wird.

##### (a) Projektleiter (Objektplanung /Architektur)

Die (zwei) Projektleiter haben die nachfolgenden Mindestanforderungen zu erfüllen:

- Abschluss einer einschlägigen technischen Schul- oder Universitätsausbildung (HTL, FH, Universität) mit einem Ausbildungsabschluss zumindest in Form eines Ingenieurs oder Diplom-Ingenieurs, Bachelor of Science oder Master of Science oder Baumeisters oder gleichwertig und
- mindestens zehnjährige einschlägige Berufserfahrung im Bereich der Objektplanung / Architektur.

Außerdem haben die Projektleiter über ein Referenzprojekt zu verfügen, das die in Punkt 4.2.5.1 festgelegten Mindestanforderungen erfüllt. Der Projektleiter muss in diesem Referenzprojekt die Position des Projektleiters oder des Projektleiter-Stellvertreters wahrgenommen haben. Die Auftraggeberin weist darauf hin, dass es sich bei dem Referenzprojekt nicht zwingend um das Mindest-Unternehmensreferenzprojekt des Bewerbers handeln muss (lediglich die Anforderungen an die beiden Projekte sind ident). Insbesondere muss das Referenzprojekt nicht zwingend

als Arbeitnehmer des Bewerbers erbracht worden sein, sondern kann auch für einen anderen/früheren Arbeitgeber ausgeführt worden sein.

(b) GP-Manager

Die (zwei) GP-Manger haben jeweils die nachfolgenden Mindestanforderungen zu erfüllen:

- Abschluss einer einschlägigen technischen Schul- oder Universitätsausbildung (HTL, FH, Universität) mit einem Ausbildungsabschluss zumindest in Form eines Ingenieurs oder Diplom-Ingenieurs, Bachelor of Science oder Master of Science oder Baumeisters oder gleichwertig und
- mindestens siebenjährige einschlägige Berufserfahrung im Bereich des GP-Managements und/oder Projektsteuerung.

Außerdem haben die GP-Manager über ein Referenzprojekt zu verfügen, das die in Punkt 4.2.5.1 festgelegten Mindestanforderungen erfüllt.

Der GP-Manager muss in diesem Referenzprojekt die Position des GP-Managers oder des GP-Manager-Stellvertreters oder die Leitung oder stellvertretende Leitung der Projektsteuerung unter Koordination von (Einzel-)Fachplanern wahrgenommen haben. Die Auftraggeberin weist darauf hin, dass es sich bei dem Referenzprojekt nicht zwingend um das Mindest-Unternehmensreferenzprojekt des Bewerbers handeln muss (lediglich die Anforderungen an die beiden Projekte sind ident). Insbesondere muss das Referenzprojekt nicht zwingend als Arbeitnehmer des Bewerbers erbracht worden sein, sondern kann auch für einen anderen/früheren Arbeitgeber ausgeführt worden sein.

[...]"

3. Die Antragstellerin tritt im Nachprüfungsverfahren mit der Eigenbezeichnung „Bietergemeinschaft „A.““ auf. Die Eigenbezeichnung als „A.“ findet seit ca. Mitte des Jahres 2023 Verwendung. Die „A.“ setzt sich vorliegend aus zwei selbständigen ZiviltechnikerInnen, DI B. C. und D. GmbH, zusammen. Zuvor ist die „A.“ ebenfalls unter Beteiligung dieser Mitglieder zusammen mit Arch. DI H. I. aufgetreten. DI F. G. ist einer von drei Geschäftsführern und Gesellschaftern der D. GmbH. DI B. C. ist Präsident der Kammer [...], DI F. G. ist deren Vizepräsident. Die Bezeichnung „A.“ wird dann verwendet, wenn DI C. federführend beteiligt ist. Eine Bietergemeinschaft unter maßgeblicher Beteiligung des DI C. hat mit der gewählten Bezeichnung „A.“ noch keine Generalplanungen erstellt oder durchgeführt und auch sonst keinen Auftrag erhalten. Bislang wurde die Bezeichnung „A.“ nur im Zusammenhang mit der Anfechtung von Entscheidungen in Vergabeverfahren verwendet. Die Antragstellerin bzw. die Mitglieder der „A.“ verfügen über keine Erfahrungen als Generalplaner im Gesundheitsbereich. Dementsprechend verfügen sie auch über keine Nachweise von Referenzprojekten, die Generalplanerleistungen im Hinblick auf eine Krankenanstalt iSd Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetzes oder vergleichbarer Gesetze umfassen.

4. Die Antragstellerin hat kein subjektives unternehmerisches Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren und damit kein Interesse am Vertragsabschluss in Bezug auf das gegenständliche Verfahren plausibilisiert.

5. Die Antragstellerin ist nicht im Stande, bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist die Voraussetzungen der technischen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf den Leistungsinhalt der Mindest-Unternehmensreferenz (Referenzprojekt hinsichtlich Generalplanerleistung im Gesundheitsbereich) sowie im Hinblick auf das Schlüsselpersonal selbst zu erbringen. Sie hat auch insbesondere nicht plausibel gemacht, dass sie diese Voraussetzungen durch Heranziehung von Subunternehmern bzw. im Hinblick auf das Schlüsselpersonal etwa durch Eingehen einer (erweiterten) Bewerbergemeinschaft oder durch Abschluss entsprechender Dienstverträge bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist erfüllen kann.

6. Die Antragstellerin hat in ihrem Nachprüfungsantrag keine der festgelegten Eignungskriterien angefochten.

### III. Beweiswürdigung

1. Die Feststellungen zu II.1., II.2. und II.6. stützen sich auf den Vergabeakt (insbesondere die Ausschreibungsunterlagen) und auf die Angaben der Parteien in ihren Schriftsätzen (Nachprüfungsantrag sowie Stellungnahmen) sowie in der mündlichen Verhandlung.

2. Die Feststellungen zu II.3. stützen sich auf den Vergabeakt, die Angaben Antragstellerin in ihren schriftlichen Äußerungen und die Aussagen der rechtsfreundlichen Vertretung der in der mündlichen Verhandlung.

3. Die Feststellungen zu Punkt II.4. stützen sich auf nachfolgende Erwägungen:

Die Antragstellerin behauptet zwar, dass ihre Mitglieder bzw. konkret DI C. nicht in seiner Funktion als Präsident der Kammer [...] einschreite und DI C. im Hinblick auf dieses Vergabeverfahren als Unternehmer andere Interessen verfolge als die Kammer [...]. Dies erweist sich jedoch in mehrfacher Hinsicht als unglaubwürdig:

3.1. Auf ihrer eigenen Website führt die Kammer [...] im Hinblick auf ein Vergabeverfahren, in welchem die „A.“ ebenfalls unter Beteiligung von DI C. (zusätzlich auch noch mit Frau Dipl.- Ing. I.) einen Nachprüfungsantrag gestellt hat und die



angefochtene Ausschreibung vom Landesverwaltungsgericht L. für nichtig erklärt wurde, im September 2023 wie folgt aus: *„Die Kammer darf bei unfairen Vergaben nicht einschreiten, weil sie keine Antragslegitimation hat. Wir, B. C., F. G. und H. I., haben die A. gebildet und haben uns diese Vorgangsweise nicht gefallen lassen.* Wir haben, ohne dass auch nur eine Verhandlung anberaumt wurde, Recht bekommen, so klar war die Sachlage. Das Verfahren wurde aufgehoben. Mit dieser Entscheidung des Gerichts ist klaggestellt: man muss und darf unfaire Vergabepaxis nicht hinnehmen. Die Entscheidung ist richtungsweisend und *wird die Vergabekultur verbessern.* Kolleginnen und Kollegen sind aufgerufen sich in solchen Situationen zu wehren. Die [...]Kammern haben große Erfahrung und Know-How bezüglich rechtssicherer Vergaben von Planungsaufträgen. Gerade öffentlichen Auftraggebern empfehlen wir sich beraten zu lassen und eine Kooperation zu suchen, um so mehr als dieses Service komplett kostenlos im Dienste der Öffentlichkeit bereitgestellt wird“ (Hervorhebungen nicht im Original).

Zunächst legt die Wortwahl dieser Eigendarstellung nahe (*„Kammer darf bei unfairen Vergaben nicht einschreiten, weil sie keine Antragslegitimation hat“; „haben die A. gebildet und haben uns diese Vorgangsweise nicht gefallen lassen“*), dass die Gründung der „A.“ in direktem Zusammenhang mit der fehlenden Antragslegitimation der Kammer steht und es sich damit um eine Umgehungs konstruktion handelt. Jedenfalls indiziert diese Eigendarstellung, dass die Kammer [...] und die „A.“, deren Mitglieder (bzw. ein geschäftsführender Gesellschafter eines Mitglieds) Präsident und Vizepräsident der Kammer [...] sind, gleichgelagerte Interessen vertreten und die „A.“ nicht das Ziel verfolgt, subjektive Rechte in Ausübung der beruflichen Tätigkeit ihrer Mitglieder geltend zu machen, sondern dass sie die „Vergabekultur“ verbessern möchte. Mit den eigenen Ausführungen auf ihrer Website (*„wird die Vergabekultur verbessern“*) nicht vereinbar und damit unglaubwürdig erscheint die Angabe des Rechtsvertreters der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dass diese Darstellung auf der Website der Kammer [...] lediglich so zu verstehen sei, dass die Mitglieder aufgrund der fehlenden Antragslegitimation der Kammer dazu aufgerufen seien, sich selbst zu wehren. Vielmehr unterstreichen auch die Ausführungen im Langtext dieser Meldung, dass keine subjektiven Interessen einzelner Mitglieder, sondern die Verfolgung objektiver Interessen im Vordergrund gestanden sind.

3.2. Dieser Zweck der Verbesserung der Vergabekultur, die die „A.“ unter federführender Beteiligung des DI C. anstrebt, kommt nicht nur in der Eigendarstellung im Nachgang auf das zuletzt genannte Vergabeverfahren zum Ausdruck, sondern auch mit Blick auf das vorliegende: Über die Website der Kammer [...] sind offene Vergabeverfahren abrufbar. Dabei wird in Bezug auf die gegenständliche Ausschreibung ausgeführt, dass für dieses Verfahren um keine Kooperation mit der am Verfahrensstandort zuständigen Kammer [...] angesucht worden sei. Die Anliegen und Forderungen der Berufsvertretung der [...] hätten – so der Vermerk der Kammer betreffend diese Ausschreibung – nicht in das Verfahren eingebracht werden können. Daneben befindet sich mittels eines Hand-Symbols ein gelbes „Halt-Zeichen“. Dieses unterscheidet sich durch einen grünen Pfeil, der bei jenen Verfahren angebracht ist, bei denen die Interessen der Kammer in das jeweilige Verfahren eingebracht worden sind. Mit dem gelben „Halt-Zeichen“ wird folglich wohl von einer Teilnahme an den entsprechend gekennzeichneten Verfahren abgeraten. Weshalb sich der Präsident und der Vizepräsident der Kammer [...] in Verfolgung eigener beruflicher Interessen dennoch an diesem Vergabeverfahren mit subjektiven Interessen mit dem Ziel, letztlich den Zuschlag im Verfahren zu bekommen, beteiligen wollen, wenn die Kammer [...], die DI C. und DI G. im Hinblick auf die Landesorganisation [...] mit ihren Vorstandsfunktionen anführen, mit dem genannten „Halt-Zeichen“ bei diesem Verfahren von einer Teilnahme offenkundig abrät, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Eine plausible Erklärung für diesen Umstand lieferte auch der Rechtsvertreter in der mündlichen Verhandlung nicht: Er beantwortete die Frage lediglich dahingehend, dass es sich dabei um Angaben der Bundeskammer handle, weshalb lediglich diese nähere Angaben dazu machen könne. Diese Antwort steht jedoch mit den Internetinformationen in Widerspruch und legt damit in keiner Weise dar, weshalb die Antragstellerin vor diesem Hintergrund berufliche Interessen verfolgen sollte. In Bezug auf dieses Verfahren geht nämlich aus den Internetinformationen hervor, dass als „Ansprechpartner:in“ und als „[e]inpflegende Kammer“ für dieses Verfahren entgegen der Behauptung des rechtsfreundlichen Vertreters der Antragstellerin nicht die Bundeskammer, sondern die (Landes-)Kammer [...] fungiert. An der mündlichen Verhandlung hat zudem kein informierter Vertreter der Antragstellerin teilgenommen (ein Hinderungsgrund wurde nicht vorgebracht). Damit war auch eine nähere Erörterung mit der Antragstellerin selbst nicht möglich, obwohl deren Mitglieder (bzw. ist DI G. geschäftsführender Gesellschafter eines der Mitglieder der Antragstellerin) leitende

Funktionäre der Kammer [...] sind und damit über diese Umstände Auskünfte hätten geben können. Die Antragstellerin hat sich damit der Möglichkeit begeben, die zuvor dargelegte, für die Klärung des Interesses der Antragstellerin am Verfahren wesentliche Frage in ihrem Sinne zu beantworten. Somit ist in dieser Hinsicht im Ergebnis für das Verwaltungsgericht Wien nicht zu erkennen, weshalb sich der Präsident DI C. und der Vizepräsident DI G. der Kammer [...] am gegenständlichen Vergabeverfahren mit eigenen beruflichen Interessen beteiligen wollen, wenn die genannte Kammer mit einem „Halt“-Zeichen warnend ausführt, dass die Interessen der Kammer im Verfahren nicht berücksichtigt worden seien.

3.3. Darüber hinaus ist einem weiteren Umstand Bedeutung beizumessen, der ebenfalls anzeigt, dass die Antragstellerin keine eigenständigen beruflichen Interessen verfolgt: Die Kammer [...] hat über ein Vergabeverfahren, das von der „A.“, ebenfalls unter Beteiligung des DI C. und der D. GmbH, mit einem unzulässigen Nachprüfungsantrag beim Verwaltungsgericht Wien angefochten wurde (ZI. VGW-123/095/16230/2023), im Nachgang in der Öffentlichkeit auf eine Weise berichtet, dass auch daraus gleichgelagerte Interessen der genannten Kammer mit der „A.“ indiziert werden: In den Funktionen als Präsident und Vizepräsident der Kammer haben DI C. und DI G. gegenüber Medienvertretern im April 2024 zu diesem Verfahren berichtet. DI C. führte dabei in einem Fernsehinterview mit dem „ORF“ („Wien heute“) aus: „Wir haben nicht in allen Punkten verloren, sondern die Punkte wurden gar nicht beurteilt, weil das Gericht sich einen bequemen Ausweg gefunden hat [...]“. Und gegenüber „W24“ gab dieser u.a. an: „Uns geht es um eine Verbesserung der Vergabekultur der öffentlichen Hand [...]“. Wenngleich der mediale Kontext nicht verkannt wird, zeigt sich zusätzlich zur bestehenden Personenidentität der Mitglieder der „A.“ (bzw. DI G. ist geschäftsführender Gesellschafter eines Mitgliedes der „A.“) und dem Präsidenten und Vizepräsidenten der Kammer [...] dennoch, dass auch in dieser Hinsicht in der Eigendarstellung gleichgelagerte Interessen der „A.“ und der Kammer zum Ausdruck kommen. Diese sprechen dagegen, dass die „A.“ unter federführender Beteiligung des DI C. subjektive, unternehmerische Interessen verfolgt. Wenn dazu von Seiten der Rechtsvertretung vorgebracht wurde, dass die Angaben des DI C. in Bezug auf das Vergabeverfahren als Mitglied der „A.“ getätigt worden seien, ansonsten aber als Präsident der genannten Kammer, erscheint dies nicht glaubwürdig. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach den Angaben des Rechtsvertreters nicht dieselben Interessen der am Zuschlag interessierten „A.“ und der genannten Kammer bestünden

(dies wäre, so der Vertreter der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, „ziemlich traurig“), wengleich beim Mediengespräch in den Räumlichkeiten der Kammer und mit deren Banner und Logo DI C. in „Personalunion“ für die „A.“ und die genannte Kammer gesprochen hat, ohne dass dabei divergierende Interessen zum Ausdruck gebracht wurden und solche auch nicht erkennbar sind. Zu Recht wies der rechtsfreundliche Vertreter der Auftraggeberin darauf hin, dass die Kammer ihre Räumlichkeiten nicht für Interessenskundgaben zur Verfügung stellen würde, wenn diese Kammerinteressen zuwiderliefen. Auch in dieser Hinsicht misst das Verwaltungsgericht dem Umstand, dass kein informierter Vertreter der Antragstellerin an der Verhandlung teilgenommen hat und sich die Antragstellerin damit der Möglichkeit begeben hat, Fragen hinsichtlich der „Personalunion“ als Kammerfunktionäre und Mitglieder der Antragstellerin zu beantworten, wesentliche Bedeutung bei. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das Verwaltungsgericht im Vorfeld der Verhandlung die Antragstellerin aufgefordert hat, die Antragslegitimation iSd § 18 Abs. 1 WVRG darzulegen und nachzuweisen. Bei einem tatsächlichen (unternehmerischen) Interesse am Vertragsschluss bezüglich eines Verfahrens mit einem geschätzten Auftragswert in dreistelliger Millionenhöhe wäre es daher naheliegend, wenn ein informierter Vertreter der Antragstellerin an der mündlichen Verhandlung teilnimmt.

3.4. In dieses Bild passt auch, wie die Auftraggeberin grundsätzlich zutreffend ausführt, dass der von der Antragstellerin gewählte Name der Arbeitsgemeinschaft (... Transparenz) auf eine objektive Rechtskontrolle und nicht auf die Verfolgung subjektiver Interessen hindeutet. Dem entsprechenden schriftlichen Vorhalt der Auftraggeberin ist die Antragstellerin inhaltlich in keiner Weise entgegengetreten; sie hat im Wesentlichen lediglich ausgeführt, dass der Name der Arbeitsgemeinschaft zulässigerweise gewählt wurde.

3.5. Wesentlich dafür, dass die Antragstellerin als „A.“ kein entsprechendes unternehmerisches Interesse am vorliegenden Vergabeverfahren und damit am Vertragsschluss plausibilisieren konnte, spricht zudem, dass diese unter der genannten Bezeichnung abgesehen von der Einbringung von Nachprüfungsanträgen keine weiteren Tätigkeiten mit dieser Bezeichnung benennen konnte. Eine Bietergemeinschaft unter maßgeblicher Beteiligung des DI C. hat mit der gewählten Bezeichnung „A.“ keine Generalplanungen erstellt oder durchgeführt und auch sonst keinen Auftrag erhalten. Auch die einzelnen Mitglieder der Antragstellerin verfügen

über keine Erfahrungen als Generalplaner im Gesundheitsbereich. Weshalb vor diesem Hintergrund ein Interesse an der Durchführung der gegenständlich ausgedescribten Generalplanerleistungen im Gesundheitsbereich bestehen sollte, ist weder ersichtlich noch konnte die Antragstellerin dies glaubhaft machen. Hinzu kommt, und auch dieser Aspekt unterstreicht (wenngleich diesem für sich betrachtet keine entscheidungsrelevante Bedeutung beigemessen wird) die fehlende Plausibilisierung subjektiver Interessen am Verfahren, dass die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft trotz des erheblichen Auftragsvolumens und der damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken und Gewinnmöglichkeiten untereinander keinen schriftlichen Vertrag betreffend die „A.“ geschlossen haben, worauf die Auftraggeberin zu Recht hinweist.

3.6. Aus dem Gesamtbild aller zuvor genannter Umstände, die die Antragstellerin und ihre Tätigkeiten sowie deren Verknüpfungen mit der Kammer [...] sowohl in der Vergangenheit als auch konkret in Bezug auf das gegenständliche Verfahren betreffen – hat das Verwaltungsgericht die Feststellung getroffen, dass die Antragstellerin keine subjektiven unternehmerischen Interessen am gegenständlichen Vergabeverfahren plausibilisieren konnte.

4. Die Feststellungen zu Punkt II.5. stützen sich auf nachfolgenden Erwägungen:

4.1. Die Antragstellerin hat durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter in der mündlichen Verhandlung selbst angegeben, keine Generalplanerleistungen im Gesundheitsbereich erbracht zu haben und auch über kein erforderliches Schlüsselpersonal zu verfügen; sie hat daher eingeräumt, diese – nicht angefochtenen – Eignungsvoraussetzungen selbst nicht erfüllen zu können.

4.2. Sofern die Antragstellerin vorbringt, dass es möglich sei, (bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist) geeignete Schlüsselpersonen anzustellen, erweist sich dies zunächst bereits deshalb als nicht plausibel, weil die Antragstellerin keine subjektiv unternehmerischen Interessen am Verfahren glaubhaft machen konnte. Abgesehen davon erweisen sich die Ausführungen der Antragstellerin auch deshalb als unglaubwürdig, weil sie in der mündlichen Verhandlung durch ihre rechtsfreundliche Vertretung selbst angegeben hat, deshalb noch keine diesbezüglichen Gespräche mit bestimmten, geeigneten Personen geführt zu haben, weil „dieser Vorhalt [gemeint: der Auftraggeberin] neu“ sei. Insbesondere die Angabe, wonach „dieser Vorhalt neu“ sei, zeigt, dass die Antragstellerin keine ernsthaften Bemühungen

unternommen hat, sich an diesem Verfahren zu beteiligen, und kein entsprechendes Interesse aufweisen kann, wenn ihr vor der mündlichen Verhandlung in offensichtlicher Unkenntnis der Teilnahmebestimmungen (die seit knapp zwei Monaten zur Verfügung gestanden sind) nicht bekannt war, dass der Bewerber selbst über entsprechendes Schlüsselpersonal verfügen muss und es nicht ausreichend ist, wenn bloß ein Subunternehmer entsprechendes Schlüsselpersonal beschäftigt ist. Die bloßen Angaben, es bestehe „durchaus die Möglichkeit, dass solche geeigneten Personen noch gefunden und angestellt“ würden bzw. es sei „nicht ausgeschlossen, dass sich eines der kontaktierten Subunternehmen als Teilnehmer der ARGE“ anschließe, erachtet das Verwaltungsgericht als zu vage und unbestimmt und damit im Ergebnis als nicht plausibel, zumal dafür nur noch eine kurze Frist von weniger als zwei Wochen zur Verfügung gestanden wäre.

4.3. Auch das Vorbringen der Antragstellerin, es sei nicht ausgeschlossen, dass eine erweiterte Arbeitsgemeinschaft gebildet werden könne (und sich auf diese Weise das erforderliche Schlüsselpersonal anzueignen), erweist sich als unglaubwürdig und damit zur Plausibilisierung ungeeignet: Zum einen hat die Antragstellerin in ihrer schriftlichen Äußerung vom 22.4.2024 sowie auch noch in der mündlichen Verhandlung lediglich davon gesprochen, dass sie entsprechende Subunternehmer gesucht und gefunden habe, wobei es nicht angedacht gewesen sei, mit diesen den Nachprüfungsantrag bzw. das Vorbringen der Auftraggeberin zu erörtern. Zudem gab sie in der Verhandlung an, dass lediglich die grundsätzliche Übereinkunft zu einer Zusammenarbeit getroffen worden wäre, ohne dass weitere Gespräche angedacht gewesen wären oder stattgefunden hätten. Daran zeigt sich, dass eine tatsächliche Zusammenarbeit in Form einer erweiterten Bewerbergemeinschaft weder angedacht war noch aktuell angedacht ist. Zum anderen führt die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang zu Recht aus, dass es unplausibel ist, bei einem Projekt in dieser Größenordnung kurz vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist, die Arbeitsgemeinschaft noch zu vergrößern, wenn bislang keinerlei diesbezüglichen Kooperationsgespräche (im Hinblick auf das Eingehen einer Arbeitsgemeinschaft) stattgefunden haben, zumal mit der durch den Zusammenschluss als Arbeitsgemeinschaft entstehenden Solidarhaftung bei einem Projekt in dieser Größenordnung erhebliche Konsequenzen für die Mitglieder einer solchen Arbeitsgemeinschaft verbunden sind. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das Vorbringen zu einer „nicht ausgeschlossenen“ erweiterten Arbeitsgemeinschaft

erst dann erstattet wurde, als die Antragstellerin in der Verhandlung über die Notwendigkeit von entsprechendem Schlüsselpersonal in Kenntnis gesetzt wurde, da ihr „dieser Vorhalt neu“ sei.

4.4. Dass die Antragstellerin nicht plausibel machen konnte, die Eignungsvoraussetzungen durch Heranziehung von Subunternehmern bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist zu erfüllen, fußt auch darauf, dass die Angaben des Rechtsvertreters der Antragstellerin in dieser Hinsicht teils widersprüchlich, jedenfalls aber in wesentlichen Aspekten nicht glaubwürdig waren. Einerseits wurde schriftlich zur Begründung eines Fristerstreckungsantrages von der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragstellerin vorgebracht, dass es der „Antragstellervertreterin [...] abwesenheitsbedingt nicht möglich“ gewesen wäre, „das umfangreiche Vorbringen der Antragsgegnerin mit sämtlichen Mitglieder der ARGE und deren präsumtiven Subunternehmern zu erörtern“. Eine „Terminkoordination zur Abstimmung des weiteren Vorbringens“ habe „erst für den 19.04.2024 organisiert werden“ können. Andererseits wurde in der mündlichen Verhandlung vom rechtsfreundlichen Vertreter im Widerspruch zu den eigenen schriftlichen Ausführungen vorgebracht, dass überhaupt keine Erörterung des Vorbringens der Auftraggeberin mit den genannten (behaupteten) Subunternehmern geplant gewesen sei. Abgesehen davon, dass zumindest eine der beiden Angaben entgegen des offensichtlichen Wissensstandes des rechtsfreundlichen Vertreters erfolgt sein dürfte (ob dies wissentlich erfolgt ist und im Lichte des § 9 Abs. 1 RAO zu beanstanden wäre, ist für den vorliegenden Kontext nicht relevant), zeigen diese widersprüchlichen Ausführungen, dass das Vorbringen zur behaupteten Beziehung von Subunternehmern unplausibel ist. Dazu kommt, dass, wie bereits dargelegt, eine Befragung der Antragstellerin selbst nicht möglich war.

Widersprüchlich waren die diesbezüglichen Angaben auch in einer anderen Hinsicht: Im Nachprüfungsantrag führte die Antragstellerin aus, dass es „[i]n völliger Unkenntnis der konkreten Aufgabenstellung [...] schlichtweg unmöglich“ sei, „‘notwendige‘ Subunternehmer namhaft zu machen“; in ihrer Replik vom 22.4.2024 brachte die Antragstellerin vor, dass die Auswahl geeigneter (Sub-)Unternehmer durch die unbestimmte Beschreibung des Auftragsgegenstandes erschwert bzw. unmöglich sei (wobei die Antragstellerin mit diesen Ausführungen verkennt, dass für einen Teilnahmeantrag lediglich „notwendige Subunternehmer“ zu benennen

sind, die einem Bewerber die fehlende Eignung vermitteln, und weitere Subunternehmer auch erst in der zweiten Stufe bekannt gegeben werden können). In der mündlichen Verhandlung führte die Antragstellerin demgegenüber aus, dass DI C. im Zuge von Gesprächen zwei Ziviltechnikerunternehmen gefunden habe, die bereit seien, als Subunternehmer ihre Eignung zur Verfügung zu stellen; die „Partnersuche“ sei erfolgreich gewesen, weshalb – so die ausdrückliche Angabe des Rechtsvertreters der Antragstellerin – auch die Eignungskriterien nicht hätten angefochten werden müssen. Widersprüchlich war weiters, dass der rechtsfreundliche Vertreter in der mündlichen Verhandlung auch ausführte, dass die erfolgreiche „Partnersuche“ vor Stellung des Nachprüfungsantrages erfolgt sei, wengleich im Nachprüfungsantrag vorgebracht wurde, dass die Nennung von „notwendigen“ Subunternehmern „schlichtweg unmöglich“ sei (wobei dies, wie bereits dargelegt, nicht zutreffend ist).

Schließlich fällt ins Gewicht und wird die Unplausibilität des Vorbringens auch dadurch unterstrichen, dass die beiden vorgelegten E-Mails keine bzw. keine substantiierten Kooperationsbemühungen zu belegen vermochten. Aus dem ersten E-Mail vom 24.4.2024 geht nur hervor, dass die „A.“ mit dem Absender des E-Mails „ins Gespräch für eine evtl.e Zusammenarbeit getreten“ sei und dass dieser über „einschlägige Referenzen“ verfüge; im zweiten E-Mail vom 19.4.2024 finden sich keinerlei Anhaltspunkte für eine mögliche Kooperation; es wird lediglich ausgeführt, dass vom Absender des E-Mails mit dem (auszugsweisen) Betreff „Informationen für Replik“ zwei (näher genannte) Spitäler geplant worden seien. Abgesehen von diesen beiden kurzen E-Mails, die keine tatsächliche, konkret angedachte Kooperation zu belegen vermögen, wurden keine schriftlichen Nachweise, wie ein Subunternehmervertrag oder eine Subunternehmererklärung oder zumindest sonstige Schriftstücke, die auf eine tatsächlich angedachte Kooperation schließen lassen, vorgelegt. Somit konnte auch in dieser Hinsicht im Ergebnis nicht plausibilisiert werden, dass notwendige Subunternehmer bis zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist zur Verfügung stehen und damit die Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit durch die Antragstellerin bis zum Ende der Teilnahmeantragsfrist möglich wäre.



#### 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. VwSlg. 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 Nichtigerklärung 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 Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Zusammenhang mit einer Rahmenvereinbarung der Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist gemäß § 79 Z 9 iVm § 79 Z 4 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 dem gesetzlichen Zeitpunkt 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. Daraus folgt auch, wie die Auftraggeberin zutreffend vorbringt, dass entgegen der Annahme der Antragstellerin ein Interesse am Vertragsabschluss nicht bloß zu „behaupten“, sondern entsprechend zu plausibilisieren ist,

und mit der bloßen Einbringung eines Nachprüfungsantrages das rechtliche Interesse am Abschluss eines Vertrages noch nicht evident ist. Ebenso folgt daraus, dass gesetzliche Berufsvertreter nicht wegen dieses Umstandes in Verfolgung unternehmerischer Interessen keine Nachprüfungsanträge stellen dürfen (dies wäre tatsächlich verfassungsrechtlich problematisch); doch auch in diesem Fall ist die Antragslegitimation entsprechend zu plausibilisieren.

1.3.2. Im vorliegenden Fall haben sowohl die Umstände, die die Antragstellerin als solche betreffen, als auch von der Auftraggeberin festgelegten (Eignungs-) Anforderungen (im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit in Bezug auf das Schlüsselpersonal und die geforderten Referenzen) eine weitergehende Prüfung der Plausibilisierung der Antragslegitimation erfordert (zur weitergehenden Prüfung siehe insb. VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032; VwSlg. 19.266 A/2015). Daher hat das Verwaltungsgericht die Antragstellerin mit Schreiben vom 10.4.2024 aufgefordert, darzulegen und nachzuweisen, inwiefern sie den Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 WVRG 2020, insb. im Lichte der nicht angefochtenen Eignungskriterien und der Ausführungen der Auftraggeberin in deren Stellungnahme, 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 ihrer Stellungnahme vom 22.4.2024 noch mit ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung nachgekommen.

Die Antragstellerin konnte, wie festgestellt und beweismäßig dargelegt, nicht plausibel darlegen, dass sie ein unternehmerisches Interesse im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vergabeverfahren verfolgt. Ihr Interesse ist lediglich auf eine objektive Rechtskontrolle gerichtet. Folglich konnte sie auch nicht plausibel darlegen, dass sie ein Interesse am Vertragsschluss iSd § 18 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020 hat.

Ebenso wenig konnte die Antragstellerin plausibel darlegen, dass ihr ein Schaden iSd § 18 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020 entstehen oder drohen kann:

Zunächst reicht der bloße Verweis auf den Geschäftszweig nicht aus, um einen drohenden Schaden iSd § 18 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020 zu bejahen (vgl. VwGH

17.6.2014, 2012/04/0032). Die Antragstellerin hat auch zu keinem Zeitpunkt dargelegt, dass sie selbst die ausgeschriebene Leistung im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit (in Bezug auf das Schlüsselpersonal iSd Punktes 4.2.5.3. und die Referenzen hinsichtlich Generalplanungsleistungen im Gesundheitsbereich iSd Punktes 4.2.5.1. der Teilnahmebestimmungen [Teil A]) erbringen könnte. Die Angabe, Subunternehmer betreffend die erforderliche Referenz bezüglich Generalplanerleistungen im Gesundheitsbereich beiziehen zu können, konnte aufgrund der unsubstantiiert gebliebenen und teilweise widersprüchlichen Ausführungen, wie beweiswürdigend dargelegt, nicht entsprechend plausibilisiert werden. Die diesbezüglich vorgelegte spärliche Korrespondenz vermochte keine tatsächliche, konkret angedachte Kooperation zu belegen (vgl. 7.3.2017, Ra 2017/04/0010).

Im Hinblick auf das in Punkt 4.2.5.3. der Teilnahmebestimmungen (Teil A) geforderte Schlüsselpersonal, das nach Punkt 3.4.1. der Teilnahmebestimmungen (Teil A) nicht von Subunternehmern geleistet werden kann, sondern von der Bewerberin bzw. der Bieterin selbst zu erbringen ist, erscheinen die Angaben der Antragstellerin, wie in der Beweiswürdigung ausgeführt, gänzlich ungeeignet, um plausibel darzulegen, dass sie dieses Eignungskriterium binnen der noch (für kurze Zeit) offenen Teilnahmeantragsfrist erfüllen kann. Auf das Wesentliche zusammengefasst gab die Antragstellerin lediglich an, dass es nicht ausgeschlossen sei, die Arbeitsgemeinschaft entsprechend zu erweitern, bzw. entsprechendes Schlüsselpersonal anzustellen, wobei entsprechende Gespräche noch nicht stattgefunden hätten. Damit wird sie der geforderten Plausibilisierung aber nicht gerecht (vgl. VwGH 7.3.2017, Ra 2017/04/0010; VwGH 7.6.2022, Ra 2021/04/0014).

In diesem Zusammenhang verkennt das Verwaltungsgericht Wien nicht, dass die im Zeitpunkt der Verhandlung noch offene Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auch noch dazu genutzt werden könnte, die erforderliche Eignung herzustellen. Wie festgestellt und beweiswürdigend ausgeführt, hat die Antragstellerin jedoch entsprechende Kooperationsbemühungen, um mittels Subunternehmer bzw. durch Eingehen einer erweiterten Arbeitsgemeinschaft die Eignungsvoraussetzungen bis zum maßgeblichen Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist zu erfüllen, nicht plausibel darlegen können. Dazu kommt, dass im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 24.4.2024 die Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen nur noch für kurze Zeit, und zwar bis zum 6.5.2024 offen gestanden ist. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es nicht plausibel, dass die Antragstellerin in dieser

kurzen Zeitspanne dafür sorgen hätte können, einen den Eignungskriterien genügenden Teilnahmeantrag insb. vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin aufgrund des „neuen Vorhalts“ (der Auftraggeberin) offensichtlich bis zur mündlichen Verhandlung nicht einmal in Kenntnis über dieses Eignungskriterium war, zu stellen (zur Bedeutung des zeitlichen Aspekts siehe insb. VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060).

Folglich kann die Antragstellerin die nachgefragten Leistungen in wesentlichen Teilen nicht erbringen und ihr kann daher auch kein Schaden entstehen oder drohen (vgl. VwGH 26.2.2014, 2011/04/0168). Das vorliegende Rechtsschutzverfahren ist somit auch nicht notwendig, um einen Teilnahmeantrag legen zu können. Die Stellung der Antragstellerin 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 hätte. Vielmehr hat sie die relevanten Eignungskriterien der Ausschreibung gerade nicht angefochten.

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 Teilnahmeantragsfrist (im Zeitpunkt der mündlichen Verkündung der Entscheidung) noch nicht abgelaufen ist. Die Antragstellerin hat im Verfahren eben auch keine Kooperationsbemühungen plausibilisiert, aufgrund derer die Stellung eines den geforderten Eignungskriterien im Hinblick auf technische Leistungsfähigkeit genügenden Teilnahmeantrages in der noch offenen, kurzen Frist für möglich erachtet werden kann.

## 2. Zu den Pauschalgebühren

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 § 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 Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für Nachprüfungsanträge € 2.534,–. Gemäß § 2 Abs. 3 WVPVO 2020 beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das Neunfache der gemäß § 1 festgesetzten Gebühr, wenn der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert um mehr als das Vierzigfache übersteigt. Gemäß § 3 Abs. 1 WVPVO 2020 beträgt die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller für Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zu entrichtende Pauschalgebühr 10 % der gemäß § 2 WVPVO 2020 erhöhten Gebühr. Gemäß § 3 Abs. 2 WVPVO 2020 ist der Gebührensatz gemäß § 3 Abs. 1 WVPVO 2020 auf ganze Euro ab- oder aufzurunden.

Für den Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung sind daher, da der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert um mehr als das 40fache (iSd § 2 Abs. 1 WVPVO 2020) übersteigt, gerundet € 2.281,– an Pauschalgebühren 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. Die Antragstellerin hat € 3.422,– an Pauschalgebühren – somit in ausreichender Höhe – entrichtet.

Da die Antragstellerin nicht obsiegt hat, hat sie die entrichteten Pauschalgebühren grundsätzlich 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 hinsichtlich der Antragslegitimation gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 an der zitierten, nicht als uneinheitlich anzusehenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Zudem stellt die (beweiswürdige) 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. Schmied  
(Vorsitzender)