jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Beschluss 2024/4/23 VGW-123/095/16230/2023

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.04.2024

Entscheidungsdatum

23.04.2024

Index

97 Öffentliches Auftragswesen
L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2018 §79 Z1
WVRG 2020 §1
WVRG 2020 §18 Abs1
WVRG 2020 §25 Abs1

1. BVergG 2018 § 79 heute
2. BVergG 2018 § 79 gültig ab 21.08.2018

Anmerkung

VfGH v. 10.06.2024, E 1199/2024; Ablehnung

Text

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Eva Schreiner als Vorsitzende und seine Richter Dr. Lukas Diem als Berichter 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. römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung mehrerer, näher bezeichneter Bestimmungen der Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Ernst Happel Stadion-Infrastrukturelle Impulse-Wandelbares Dach-Totalunternehmer" wird gemäß Paragraph 18, Absatz eins, 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.römisch II. Gemäß Paragraphen 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.römisch III. Gegen diesen Beschluss ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Begründung

I. Verfahrensgangrömisch eins. 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, wenngleich 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, wenngleich 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. 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 Paragraph 88, Absatz 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.Gemäß den Ausschreibungsunterlagen seien branchenübliche ÖNORMEN zu Herstellungstoleranzen ausgeschlossen. Gemäß Paragraph 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. Hinsichtlich des Baugrundes würden in den Ausschreibungsunterlagen Angaben zu den Bodenverhältnissen fehlen. Mangels derartiger Angaben sei dies iSd Paragraph 88, Absatz 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 eventu wegen Überwiegens der dagegensprechenden Interessen abzuweisen.

4. Mit Beschluss vom 3.1.2024, Zl. 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. 4. Mit Beschluss vom 3.1.2024, Zl. 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 Paragraph 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 Paragraph 18, Absatz eins, WVRG 2020 (arg.: „nicht offensichtlich fehlen“) im Zusammenhang mit der Erlassung einer

einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 25, Absatz eins, 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 Vergaberecht läge aus Sicht der Auftraggeberin die Antragslegitimation der Antragstellerin nicht vor. 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 Paragraph 3, Absatz 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 Vergaberecht 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. 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 Paragraph 18, Absatz eins, 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 Rechtschutzverfahren 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 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 „gänzlich zu verwerfen". 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 Paragraph 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 Rechtschutzverfahren 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 (Paragraph 79, Ziffer eins, 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 (Paragraph 18, Absatz eins, 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 Paragraph 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 (Paragraph 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. 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 Paragraph 3, ZTG 2019. Sie könnten nach Absatz eins, leg. cit. Gesamtplanungsaufträge übernehmen, sofern wichtige Teile der Arbeiten dem Fachgebiet des jeweiligen Ziviltechnikers zuzuordnen seien. Ziviltechniker seien jedoch nicht zu ausführenden Tätigkeiten (Paragraph 3, Absatz 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 „Popularantrag“ 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. Feststellungenrömisch 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.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 Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 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.“Die Anzahl der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft wird seitens des Auftraggebers mit 2 gemäß Paragraph 21, (2) bzw. Paragraph 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):Nachweise der Befugnis (Paragraph 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.Vorlage einer Urkunde über die Eintragung des Unternehmers im betreffenden in Anhang römisch IX des BVergG 2018 angeführten Berufs- oder Handelsregister des Sitzstaates oder die Vorlage der betreffenden in Anhang römisch 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.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 Paragraph 35, des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes – LSD-BG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 44 aus 2016,, einholen, ob diesen eine rechtskräftige Entscheidung gemäß Paragraph 31, LSD-BG zuzurechnen ist.

[...]

Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (§ 84 BVergG 2018)Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Paragraph 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 ? EUR 15,00 Mio nachzuweisen.

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

Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit (§ 85 BVergG 2018)Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit (Paragraph 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 ? 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 ? 5.000 m² 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 ? 5.000 m² 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.. 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. römisch eins. 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 römisch 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. 1. Die Feststellungen zu römisch II.1. bis römisch 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.2. Die Feststellungen zu Punkt römisch 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. 3. Die Feststellungen zu Punkt römisch 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

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at