

TE Lvwg Erkenntnis 2017/1/19 VGW-123/077/14789/2016

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.01.2017

Entscheidungsdatum

19.01.2017

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

50/01 Gewerbeordnung

Norm

BVergG 2006 §4

GewO §32 Abs1 Z1

GewO §94 Z49

GewO §94 Z59

GewO §94 Z72

GewO §150 Abs15

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.in Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der I. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, betreffend das Vergabeverfahren "VHV 09/2015 Rahmenvereinbarung gemäß § 197 BVergG über die Durchführung von mechanischen Arbeiten in den Erzeugungsanlagen der Wien Energie GmbH, sowie im Biomassekraftwerk ... der Wien Energie Bundesforste Biomasse Kraftwerk GmbH & Co KG", Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.in Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.a Mandl über den Antrag der römisch eins. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, betreffend das Vergabeverfahren "VHV 09 aus 2015, Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 197, BVergG über die Durchführung von mechanischen Arbeiten in den Erzeugungsanlagen der Wien Energie GmbH, sowie im Biomassekraftwerk ... der Wien Energie Bundesforste Biomasse Kraftwerk GmbH & Co KG",

zu Recht e r k a n n t :

I.römisch eins.

Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung vom 21.11.2016, dass beabsichtigt wird, mit der

Teilnahmeberechtigten für die Lose 1, 2 und 3 jeweils eine Rahmenvereinbarung abzuschließen, und zwar hinsichtlich der Durchführung von mechanischen Arbeiten in den Erzeugungsanlagen der Auftraggeberin sowie im Biomassekraftwerk ..., wird stattgegeben. Die Entscheidung wird nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Die Auftraggeberin hat die von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 18.360,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

III.römisch drei.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Antragsgegnerin führt als Sektorenauftraggeberin ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich. Die Ausschreibung ist in drei Lose gegliedert, wobei auch der geschätzte Auftragswert je Los im Oberschwellenbereich liegt. Ziel des Vergabeverfahrens ist der Abschluss von Rahmenvereinbarungen für die Durchführung von mechanischen Arbeiten in den Erzeugungsanlagen der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin hat sich an dem Vergabeverfahren durch Legung je eines Angebotes für die Lose 1, 2 und 3 beteiligt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin zunächst mit Schreiben vom 17.10.2016 mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 mit der B. GmbH (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei) abzuschließen. Mit Schreiben vom 25.10.2016 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass die vorgenannte Entscheidung zurückgenommen werde und sich das Vergabeverfahren nunmehr für alle Lose wieder in der Prüfphase befinde. Mit Schreiben vom 21.11.2016 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin neuerlich mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung in den Losen 1, 2 und 3 mit der mitbeteiligte Partei abzuschließen. Diese Entscheidung wurde der Antragstellerin am 21.11.2016 per Fax übermittelt.

Dagegen hat die Antragstellerin am 1.12.2016 beim Verwaltungsgericht Wien den Antrag im Wesentlichen auf Nachprüfung dieser Entscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der Pauschalgebühren eingebracht.

Der Nachprüfungsantrag hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

Die Teilnahmeberechtigte sei nicht ausreichend befugt. Gemäß Pkt. 1.1. der Tabelle auf Seite 14 der Bewerbungsunterlagen seien folgende Befugnisse kumulativ nachzuweisen:

?

Arbeitskräfteüberlassung,

?

Schlosser und konstruktiver Stahlbau oder Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau und Metallbearbeitung, sowie

?

Industrieanlagenbau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen.

Laut Gewerberegister verfüge die Teilnahmeberechtigte lediglich über eine Gewerbeberechtigung für Arbeitskräfteüberlassung. Die Antragstellerin gehe auf Grund ihrer Branchenkenntnis davon aus, dass die Teilnahmeberechtigte die fehlenden Befugnisse nicht substituiert habe. Sollte tatsächlich eine Substituierung der fehlenden Befugnisse erfolgt sein, so werde vom Verwaltungsgericht zu prüfen sein, ob die erforderlichen Angaben und Unterlagen insbesondere gemäß den Punkten B 2 und D der Bewerbungsunterlagen von der Teilnahmeberechtigten vollständig und zum maßgeblichen Zeitpunkt erbracht worden seien. Mangels erforderlicher Befugnis sei die Teilnahmeberechtigte daher für die Leistungserbringung nicht geeignet.

Die vorhandene Befugnis der Teilnahmeberechtigten decke keinen Leistungsbereich ab. Mit ihrer vorhandenen Befugnis für Arbeitskräfteüberlassung würden der Teilnahmeberechtigten sämtliche für die operative Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse fehlen. Im Leistungsverzeichnis würden sich nämlich keinerlei Leistungen finden, die als Arbeitskräfteüberlassung einzustufen wären. Im Gegenteil würden sich in der Leistungsbeschreibung sogar Leistungen finden, die eine Arbeitskräfteüberlassung inhaltlich ausschließen. Beispielsweise sei gemäß Pkt. 3.3.3 e) der Leistungsbeschreibung im Rahmen der Schweißdokumentation eine TÜV-

Bescheinigung über die Druckprüfung vorzulegen. Eine solche Leistung, nämlich eine nicht in der Sphäre der Auftraggeberin (insbesondere durch eine externe Prüfstelle) stattfindende Abnahme, könne schon denklogisch nicht durch an die Auftraggeberin überlassene Arbeitskräfte erbracht werden.

Ebenso wenig würden die gegenständlichen vertraglichen Bestimmungen Regelungen enthalten, wie sie für die Arbeitskräfteüberlassung typisch (und erforderlich) seien. Insbesondere fände sich keine einzige der folgenden Regelungen, die in Arbeitskräfteüberlassungsverträgen (sinngemäß) regelmäßig enthalten seien:

?

Gegenstand der Arbeitskräfteüberlassung sei die Bereitstellung von Arbeitskräften, nicht die Erbringung bestimmter Leistungen. Die überlassenen Arbeitskräfte würden unter Führung, Weisung und Verantwortung des Beschäftigers arbeiten. Der Überlasser schulde insbesondere keinen wie immer gearteten Arbeitserfolg.

?

Der Beschäftiger werde die überlassenen Arbeitskräfte nur entsprechend der allenfalls in der Einzelvereinbarung vereinbarten Qualifikation und im dort vorgesehenen Tätigkeitsbereich einsetzen. Er werde den jeweiligen Arbeitskräften keine Anweisung zu Tätigkeiten geben, wozu diese nicht qualifiziert seien.

?

Unterbleibe der Einsatz der überlassenen Arbeitskräfte aus Gründen, die nicht vom Überlasser verschuldet seien, so bleibe der Beschäftiger zur vollen Entgeltleistung verpflichtet. Dies gelte auch bei Nichtverwendung des überlassenen Arbeitnehmers wegen eines unabwendbaren Ereignisses.

?

Der Überlasser leiste dafür Gewähr, dass die zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte ihre Zustimmung zur Überlassung an Dritte gegeben hätten und arbeitsbereit seien. Der Überlasser schulde nur dann eine besondere Qualifikation der Arbeitskräfte, wenn eine solche im beiderseits unterfertigten Angebot oder in der Auftragsbestätigung ausdrücklich angeführt sei, ansonsten gelte eine durchschnittliche Qualifikation als vereinbart.

?

Den Überlasser treffe keine Haftung für allfällige durch überlassene Arbeitskräfte verursachte, beim Beschäftiger oder bei Dritten entstandene Schäden. Der Überlasser hafte nicht für Verlust, Diebstahl oder Beschädigung von zur Verfügung gestellten Werkzeugen, Zeichnungen, Mustern, Vorrichtungen und sonstigen übergebenen Sachen. Dies gelte insbesondere dann, wenn der überlassenen Arbeitskraft Geld, Wertpapiere sowie kostbare oder empfindliche Sachen anvertraut werden.

?

Für das Unterbleiben oder die Verzögerung der Arbeitsleistung, insbesondere bei höherer Gewalt, Krankheit oder Unfall der überlassenen Arbeitskraft, hafte der Überlasser nicht. Für Folge- und Vermögensschäden, von überlassenen Arbeitskräften verursachte Produktionsausfälle und für Pönaleverpflichtungen, die der Beschäftiger gegenüber seinen Kunden eingegangen sei, bestehe keine Haftung.

Stattdessen sei gegenständlich eindeutig ein Werkvertrag ausschreibungsgegenständlich. Geschuldet werde tatsächlich nicht die „Bereitstellung von Personal“, sondern ein Leistungserfolg. Dies werde schon im Rahmen der Regelung der allgemeinen Pflichten des Auftragnehmers (Pkt. 1.1 der Leistungsbeschreibung) deutlich. Demnach sei der Auftragnehmer insbesondere verpflichtet, „alle für die Durchführung der zu erbringenden Leistungen zutreffenden Vertragspunkte zu erfüllen“. Auch die vertraglich geregelten Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche (Pkte. C.18.1f der besonderen Bestimmungen (Vertrag)) würden deutlich machen, dass gegenständlich ein Werkerfolg geschuldet sei.

Die Antragsgegnerin habe selbst im Rahmen des Aufklärungsgesprächs am 29.9.2016 deutlich gemacht und dementsprechend auch im Protokoll festgehalten, wo sie von einer bloß „möglichen Arbeitskräfteüberlassung“ spreche und das Erfordernis einer Gewerbeberechtigung für Arbeitskräfteüberlassung lediglich vorsichtshalber festgelegt worden sei, um im Hinblick auf die verschärften Bestimmungen im Bereich des Lohn- und Sozialdumpings sicher zu gehen, dass es keinesfalls zur Heranziehung der Antragsgegnerin durch ausständige Löhne von Mitarbeitern des Partners der Rahmenvereinbarung komme. Die Sorge der Antragsgegnerin habe in diesem Zusammenhang offenbar darin bestanden, dass der Einsatz von Mitarbeitern des künftigen Partners der Rahmenvereinbarung – zu Unrecht – als Arbeitskräfteüberlassung angesehen werden könne. In diesem Fall wäre nach Ansicht der Antragsgegnerin wesentlich,

dass eine entsprechende Befugnis auf Seiten des Partners bestehe, sodass auch die einschlägigen Schutzbestimmungen zum Tragen kämen und ein Forderungsrückgriff auf die Auftraggeberin (aufgrund der nach Ansicht der Antragsgegnerin bestehenden Privilegierung von befugten Arbeitskräfteüberlassern) ausgeschlossen sei.

Aus all dem folge, dass die Teilnahmeberechtigte aus gewerberechtlicher Sicht selbst keine einzige der ausgeschriebenen Leistungen erbringen dürfe. Aber auch eine Berufung auf die Befugnisse Dritter helfe ihr insoweit nicht. Wenn sich die Teilnahmeberechtigte nämlich auf die Befugnisse Dritter stützen sollte (um die gewerberechtlichen „Lücken“ zu schließen), würde für sie selbst keinerlei Tätigkeitsbereich verbleiben. Ein gewerberechtlicher „Lückenschluss“ führe eben dazu, dass sämtliche Leistungen an Dritte ausgelagert werden müssten. Dies widerspreche nicht nur § 83 Abs. 1 BVergG bzw. § 240 Abs. 1 BVergG, sondern auch Pkt. B.2. der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen. Demnach hätten die Bewerber bereits mit der Abgabe des Teilnahmeantrages zu erklären, dass eine allfällige Weitergabe der Leistungen an Subunternehmer nicht den gesamten Auftrag umfasse. Aus all dem folge, dass die Teilnahmeberechtigte aus gewerberechtlicher Sicht selbst keine einzige der ausgeschriebenen Leistungen erbringen dürfe. Aber auch eine Berufung auf die Befugnisse Dritter helfe ihr insoweit nicht. Wenn sich die Teilnahmeberechtigte nämlich auf die Befugnisse Dritter stützen sollte (um die gewerberechtlichen „Lücken“ zu schließen), würde für sie selbst keinerlei Tätigkeitsbereich verbleiben. Ein gewerberechtlicher „Lückenschluss“ führe eben dazu, dass sämtliche Leistungen an Dritte ausgelagert werden müssten. Dies widerspreche nicht nur Paragraph 83, Absatz eins, BVergG bzw. Paragraph 240, Absatz eins, BVergG, sondern auch Pkt. B.2. der bestandfesten Ausschreibungsunterlagen. Demnach hätten die Bewerber bereits mit der Abgabe des Teilnahmeantrages zu erklären, dass eine allfällige Weitergabe der Leistungen an Subunternehmer nicht den gesamten Auftrag umfasse.

Betreffend mangelnde Befugnis der Teilnahmeberechtigten werde weiters ausgeführt, dass die Arbeitskräfteüberlassung jedenfalls nicht als „wichtiger“ Leistungsteil angesehen werden könne. In diesem Zusammenhang werde auf die Bestimmung des § 32 Abs. 1 Z 9 GewO verwiesen, wonach ein Gewerbetreibender Gesamtaufträge nur dann übernehmen dürfe, wenn seinem Gewerbe „ein wichtiger Teil des Auftrages“ zukomme. Selbst wenn man im gegenständlichen Fall – zu Unrecht – annehmen wolle, dass die Arbeitskräfteüberlassung Teil der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sei, so würde es sich dabei jedenfalls nicht um einen „wichtigen“ Teil des Auftrages im Sinne des § 32 Abs. 1 Z 9 GewO handeln. Wenngleich Judikatur und Literatur bei der Bewertung der „Wichtigkeit“ eines Auftragsteiles auf eine Einzelfallbetrachtung verwiesen, könnten jedenfalls nur solche Auftragsteile als „wichtig“ angesehen werden, die für die Funktion der Gesamtleistung wesentlich seien (LVwG NÖ 16.10.2015, LVwG-SB-14-007, Hanusch in Hanusch, Kommentar zur GewO, § 32, Rz 15). Dass dies gegenständlich auf die Arbeitskräfteüberlassung nicht zutrefte, werde allein dadurch deutlich, dass die Antragsgegnerin stets nur von einer „möglichen Arbeitskräfteüberlassung“ spreche. Ein Leistungsteil, dessen Abruf nicht einmal gewiss sei, könne denklogisch kein elementarer Vertragsbestandteil sein. Daraus folge, dass die Teilnahmeberechtigte gegenständlich auch keinen Gesamtauftrag übernehmen dürfe (sich also nicht auf ihre Arbeitskräfteüberlassung und das gewerbliche Nebenrecht des § 32 Abs. 1 Z 9 GewO berufen könne). Betreffend mangelnde Befugnis der Teilnahmeberechtigten werde weiters ausgeführt, dass die Arbeitskräfteüberlassung jedenfalls nicht als „wichtiger“ Leistungsteil angesehen werden könne. In diesem Zusammenhang werde auf die Bestimmung des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO verwiesen, wonach ein Gewerbetreibender Gesamtaufträge nur dann übernehmen dürfe, wenn seinem Gewerbe „ein wichtiger Teil des Auftrages“ zukomme. Selbst wenn man im gegenständlichen Fall – zu Unrecht – annehmen wolle, dass die Arbeitskräfteüberlassung Teil der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen sei, so würde es sich dabei jedenfalls nicht um einen „wichtigen“ Teil des Auftrages im Sinne des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO handeln. Wenngleich Judikatur und Literatur bei der Bewertung der „Wichtigkeit“ eines Auftragsteiles auf eine Einzelfallbetrachtung verwiesen, könnten jedenfalls nur solche Auftragsteile als „wichtig“ angesehen werden, die für die Funktion der Gesamtleistung wesentlich seien (LVwG NÖ 16.10.2015, LVwG-SB-14-007, Hanusch in Hanusch, Kommentar zur GewO, Paragraph 32, Rz 15). Dass dies gegenständlich auf die Arbeitskräfteüberlassung nicht zutrefte, werde allein dadurch deutlich, dass die Antragsgegnerin stets nur von einer „möglichen Arbeitskräfteüberlassung“ spreche. Ein Leistungsteil, dessen Abruf nicht einmal gewiss sei, könne denklogisch kein elementarer Vertragsbestandteil sein. Daraus folge, dass die Teilnahmeberechtigte gegenständlich auch keinen Gesamtauftrag übernehmen dürfe (sich also nicht auf ihre Arbeitskräfteüberlassung und das gewerbliche Nebenrecht des Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer 9, GewO berufen könne).

Bloß der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine gesetzes- und damit ausschreibungskonforme Arbeitskräfteüberlassung für die Teilnahmeberechtigte ohnedies nicht möglich wäre, selbst wenn eine solche ausschreibungsgegenständlich wäre. Schon mangels einer ausreichenden Anzahl an einschlägig qualifizierten eigenen Mitarbeitern und einschlägigen Befugnissen müsste die Teilnahmeberechtigte dazu auf Mitarbeiter Dritter zurückgreifen. Eine solche Kettenüberlassung stehe jedoch nach herrschender Ansicht im Widerspruch zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Insbesondere würden Kettenüberlassungen demnach eine Umgehung der Schutzvorschrift des § 14 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz darstellen (Geppert, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 48). Den einzigen Leistungsteil der gegenständlichen Ausschreibung, der vom Befugnisumfang der Teilnahmeberechtigten theoretisch gedeckt wäre, könne diese somit nur unter Verletzung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und damit ebenfalls nicht ausschreibungskonform erbringen. Bloß der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine gesetzes- und damit ausschreibungskonforme Arbeitskräfteüberlassung für die Teilnahmeberechtigte ohnedies nicht möglich wäre, selbst wenn eine solche ausschreibungsgegenständlich wäre. Schon mangels einer ausreichenden Anzahl an einschlägig qualifizierten eigenen Mitarbeitern und einschlägigen Befugnissen müsste die Teilnahmeberechtigte dazu auf Mitarbeiter Dritter zurückgreifen. Eine solche Kettenüberlassung stehe jedoch nach herrschender Ansicht im Widerspruch zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Insbesondere würden Kettenüberlassungen demnach eine Umgehung der Schutzvorschrift des Paragraph 14, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz darstellen (Geppert, Kommentar zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 48). Den einzigen Leistungsteil der gegenständlichen Ausschreibung, der vom Befugnisumfang der Teilnahmeberechtigten theoretisch gedeckt wäre, könne diese somit nur unter Verletzung des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und damit ebenfalls nicht ausschreibungskonform erbringen.

Betreffend mangelnde Befugnis der Teilnahmeberechtigten werde darauf verwiesen, dass die Teilnahmeberechtigte bei homogener Leistung jedenfalls alle nötigen Befugnisse besitzen müsse. Die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen würden ihrer Natur nach homogene Leistungen darstellen, nämlich mechanische Arbeiten, die sich im Wesentlichen nur nach dem Ort ihrer Erbringung (das heißt losweise) unterschieden. In derartigen Fällen hätten nach der Judikatur ohnedies jeweils alle beteiligten Unternehmer über sämtliche zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse zu verfügen (VfGH 21.6.2004, B 531/02). Die Teilnahmeberechtigte hätte demnach, unabhängig von einem allenfalls für sie vorgesehenen Leistungsteil, jedenfalls sämtliche geforderten Gewerbeberechtigungen (auch) selbst nachzuweisen gehabt.

Der Teilnahmeberechtigten fehle auch die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Gemäß Pkt. 3.2 der Tabelle auf Seite 16 der Bewerbungsunterlagen hätten die Bewerber folgende durchschnittliche Mindestumsätze für die letzten drei Geschäftsjahre nachzuweisen:

?

Los 1: € 4.500.000

?

Los 2: € 2.500.000

?

Los 3: € 1.250.000

Bei einer Bewerbung für alle drei Lose – wie im Fall der Teilnahmeberechtigten – sei demnach ein durchschnittlicher Mindestumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre in Höhe von € 8.250.000 nachzuweisen.

Soweit aus offenen Büchern ersichtlich sei, verfüge die Teilnahmeberechtigte nicht über ausreichende Umsätze für eine Bewerbung (für sämtliche Lose). Die Antragstellerin gehe aufgrund ihrer Branchenkenntnis davon aus, dass die Teilnahmeberechtigte ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch nicht in gültiger Weise substituiert habe. Die Teilnahmeberechtigte sei daher nicht für die Leistungserbringung geeignet. Das Angebot eines nicht geeigneten Bieters sei gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG bzw. § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG zwingend auszuschneiden. Soweit aus offenen Büchern ersichtlich sei, verfüge die Teilnahmeberechtigte nicht über ausreichende Umsätze für eine Bewerbung (für sämtliche Lose). Die Antragstellerin gehe aufgrund ihrer Branchenkenntnis davon aus, dass die Teilnahmeberechtigte ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch nicht in gültiger Weise substituiert habe. Die Teilnahmeberechtigte sei daher nicht für die Leistungserbringung geeignet. Das Angebot eines nicht geeigneten Bieters sei gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG bzw. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zwingend auszuschneiden.

Es fehle auch die technische Leistungsfähigkeit der Teilnehmereberechtigten, es seien keine ausreichenden Ausführungsreferenzen vorhanden. Gemäß Punkt 4.1 der Tabelle auf Seite 16 der Bewerbungsunterlagen hätten die Bewerber zum Beleg der technischen Leistungsfähigkeit folgende Ausführungsreferenzen nachzuweisen:

?

Für Los 1: Mindestens 3 Referenzen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens € 100.000 und einem Leistungszeitraum von maximal 3 Monaten;

?

Für Los 2: Mindestens 3 Referenzen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens € 70.000 und einem Leistungszeitraum von maximal 3 Monaten;

?

Für Los 3: Mindestens 3 Referenzen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens € 50.000 und einem Leistungszeitraum von maximal 3 Monaten.

Aufgrund ihrer Branchenkenntnis sei die Antragstellerin überzeugt, dass die Teilnehmereberechtigte nicht über die geforderten Referenzen (jedenfalls nicht für alle drei Lose) verfüge und dass sie die fehlenden Referenzen auch nicht in gültiger Weise substituieren habe. Selbst wenn dem so wäre, wäre dies ohne Relevanz, weil gemäß Pkt. 4.1 der Tabelle auf Seite 16 eine Substituierung durch Subunternehmer und andere Dritte unzulässig sei. Aufgrund der aus offenen Büchern erkennbaren Gesellschaftsstruktur der Teilnehmereberechtigten sei auch nicht vorstellbar, dass diese die erforderlichen Referenzen durch Berufung auf Referenzen verbundener Unternehmer gültig substituieren könne. Bei der Muttergesellschaft handle es sich offenbar um eine reine Holdinggesellschaft ohne operative Geschäftstätigkeit. Sonstige einschlägig tätige Tochtergesellschaften würden – soweit ersichtlich – nicht bestehen. Der Teilnehmereberechtigte fehle aus diesem Grund die technische Leistungsfähigkeit.

Betreffend technische Leistungsfähigkeit würden auch erforderliche Zertifizierungen fehlen. Gemäß Pkt. 4 (insbesondere Pkte. 4.2, 4.4 und 4.6) der Tabelle auf den Seiten 17 ff der Bewerbungsunterlagen seien zum Beleg der technischen Leistungsfähigkeit verschiedene Zertifizierungen nachzuweisen gewesen. Die Teilnehmereberechtigte verfüge zwar nach eigenen Angaben auf ihrer Webseite über einzelne dieser Zertifizierungen, insbesondere die Schweißverfahrensprüfungen nach EN 10216, die gemäß Pkt. 4.2 der Tabelle auf Seite 17 der Bewerbungsunterlagen gefordert seien, würden der Teilnehmereberechtigten jedoch fehlen. Da die Teilnehmereberechtigte auf ihrer Webseite sehr ausführlich ihre Zertifizierungen angebe, sei davon auszugehen, dass es sich bei dieser Darstellung um eine abschließende Auflistung handle und sie daher insbesondere über die oben angeführten Zertifizierungen (in der geforderten Version) nicht verfüge. Das Angebot der Teilnehmereberechtigten sei auch deshalb auszuschneiden.

Der Teilnehmereberechtigten fehle die technische Leistungsfähigkeit auch auf Grund ihrer mangelnden Personalausstattung. Gemäß Pkt. 4.3 der Tabelle auf Seite 17 der Bewerbungsunterlagen hätten die Bewerber zum Beleg ihrer technischen Leistungsfähigkeit nachweislich über Baustellenpersonal, das die nachstehenden Anforderungen erfüllt, zu verfügen:

?

Zumindest 2 vom Bewerber zu benennende Schweißaufsichtspersonen (SAP);

?

zumindest 8 vom Bewerber zu benennende Obermonteure;

?

zumindest 10 Personen mit Fachausbildung als geprüfter Schweißer mit Zeugnis nach EN 287 oder EN ISO 9606 sowie

?

zumindest 100 Personen mit Fachausbildung, welche als Monteur eingesetzt werden.

Insgesamt hätten daher deutlich über 100 einschlägig qualifizierte Personen allein zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zur Verfügung zu stehen.

Aus dem Jahresabschluss der Teilnehmereberechtigten ergebe sich, dass diese einen Gesamtmitarbeiterstand von 61 Personen, davon 11 Angestellte, aufweise. Die Teilnehmereberechtigte verfüge daher schon in absoluten Zahlen nicht über Personalausstattung in der verlangten Größenordnung. Dies gelte umso mehr für Personal mit den konkret

geforderten Qualifikationsnachweisen. In diesem Zusammenhang sei auch nochmals auf die Ausführungen zum Verbot der Kettenüberlassung verwiesen. Die Antragstellerin gehe aufgrund ihrer Branchenkenntnis weiters davon aus, dass die Teilnahmeberechtigte die fehlende Personalerstattung auch nicht in gültiger Weise substituiert habe.

Das Angebot der Teilnahmeberechtigten sei auch aus weiteren Gründen auszuschneiden: Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Teilnahmeberechtigte auch aus anderen als den oben dargestellten Gründen nicht den Eignungsanforderungen der Ausschreibung entspreche bzw. deren Angebot für sämtliche Lose auch aus weiteren (zwingenden) Gründen auszuschneiden sei. Vor der antragsgemäßen Gewährung der Akteneinsicht seien für die Antragstellerin noch nicht alle Informationen verfügbar, um die entsprechenden Ausscheidensgründe bzw. Eignungsmängeln aufzuzeigen.

Insbesondere sei der Antragstellerin nicht bekannt, inwieweit sich die Teilnahmeberechtigte zur Substituierung der fehlenden eigenen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer gestützt habe. Aus Branchenkreisen habe die Antragstellerin gerüchteweise erfahren, dass die Teilnahmeberechtigte die ausgeschriebene Leistung nicht selbst zu erbringen beabsichtige (was mangels Befugnis ohnehin nicht möglich wäre), sondern die Leistung vollständig von einem Konzern-Unternehmen der C. AG erbracht werden solle. Wie bereits ausgeführt, sei die Weitergabe der Gesamtleistung an Subunternehmer aber unzulässig und führe zum zwingenden Ausscheiden des betroffenen Angebotes. Sollte sich weiters bestätigen, dass die gesamte Leistung an ein und denselben Subunternehmer weitergegeben werden solle, stehe zudem der Verdacht wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens im Raum. Sofern dieser Subunternehmer nämlich tatsächlich über eine hinreichende Leistungsfähigkeit verfügen sollte, um die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen, wäre dieser selbständig zur Beteiligung am Vergabeverfahren befähigt gewesen (und habe sich eventuell auch selbst als Bieter oder als Teil einer Bietergemeinschaft am Verfahren beteiligt). Eine solche Mehrfachbeteiligung bzw. Einschränkung des Wettbewerbskreises würde im Falle eines Subunternehmers, der die gesamte Leistung erbringen soll, einen Ausscheidensgrund bei den betroffenen Angeboten gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 bzw. § 269 Abs. 1 Z 6 BVergG darstellen (Hauck/Oder in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl., Rz. 229). Insbesondere sei der Antragstellerin nicht bekannt, inwieweit sich die Teilnahmeberechtigte zur Substituierung der fehlenden eigenen Leistungsfähigkeit auf Subunternehmer gestützt habe. Aus Branchenkreisen habe die Antragstellerin gerüchteweise erfahren, dass die Teilnahmeberechtigte die ausgeschriebene Leistung nicht selbst zu erbringen beabsichtige (was mangels Befugnis ohnehin nicht möglich wäre), sondern die Leistung vollständig von einem Konzern-Unternehmen der C. AG erbracht werden solle. Wie bereits ausgeführt, sei die Weitergabe der Gesamtleistung an Subunternehmer aber unzulässig und führe zum zwingenden Ausscheiden des betroffenen Angebotes. Sollte sich weiters bestätigen, dass die gesamte Leistung an ein und denselben Subunternehmer weitergegeben werden solle, stehe zudem der Verdacht wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens im Raum. Sofern dieser Subunternehmer nämlich tatsächlich über eine hinreichende Leistungsfähigkeit verfügen sollte, um die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zu erbringen, wäre dieser selbständig zur Beteiligung am Vergabeverfahren befähigt gewesen (und habe sich eventuell auch selbst als Bieter oder als Teil einer Bietergemeinschaft am Verfahren beteiligt). Eine solche Mehrfachbeteiligung bzw. Einschränkung des Wettbewerbskreises würde im Falle eines Subunternehmers, der die gesamte Leistung erbringen soll, einen Ausscheidensgrund bei den betroffenen Angeboten gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, bzw. Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 6, BVergG darstellen (Hauck/Oder in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Aufl., Rz. 229).

Einstweilige Verfügung:

Das Verwaltungsgericht Wien hat mit Beschluss vom 6.12.2016, VGW-123/V/077/14790/2016, eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, die Rahmenvereinbarung in Los 1, 2 und 3 im gegenständlichen Vergabeverfahren abzuschließen.

Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 12.12.2016:

Die Antragsgegnerin hielt dem Nachprüfungsantrag in ihrer Stellungnahme vom 12.12.2016 insbesondere Folgendes entgegen:

Die Teilnahmeberechtigte verfüge über die erforderlichen Befugnisse. Die Antragsgegnerin habe dies eingehend geprüft und im Vergabeakt dokumentiert (Vergabeakt, Ordner II, Lasche 7). Die Ausführungen der Antragstellerin würden insoweit ins Leere gehen. Als Reaktion auf die Hinweise der Antragstellerin, wonach die Teilnahmeberechtigte

die geforderten Befugnisse nicht erfüllen würde, habe die Antragsgegnerin zu dieser gewerberechtlichen Frage sowohl eine externe Rechtsberatung als auch das zuständige Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft involviert. Beide seien gleichlautend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Teilnahmberechtigte über die in der Ausschreibung geforderte Befugnis verfüge (Vergabeakt, Ordner III, Lasche 20). Die Teilnahmberechtigte verfüge über die erforderlichen Befugnisse. Die Antragsgegnerin habe dies eingehend geprüft und im Vergabeakt dokumentiert (Vergabeakt, Ordner römisch zwei, Lasche 7). Die Ausführungen der Antragstellerin würden insoweit ins Leere gehen. Als Reaktion auf die Hinweise der Antragstellerin, wonach die Teilnahmberechtigte die geforderten Befugnisse nicht erfüllen würde, habe die Antragsgegnerin zu dieser gewerberechtlichen Frage sowohl eine externe Rechtsberatung als auch das zuständige Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft involviert. Beide seien gleichlautend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Teilnahmberechtigte über die in der Ausschreibung geforderte Befugnis verfüge (Vergabeakt, Ordner römisch drei, Lasche 20).

Die Teilnahmberechtigte sei weiters finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig. Die Antragstellerin gehe bei ihren Ausführungen offenbar davon aus, dass die je Los geforderten, durchschnittlichen Mindestumsätze zu kumulieren seien, wenn für mehrere Lose ein Angebot abgegeben werde.

Dabei übersehe die Antragstellerin ganz offensichtlich die Festlegungen in den (bestandsfest gewordenen) Bewerbungsunterlagen (Vergabeakt, Ordner I, Lasche 3). So finde sich in Punkt D.7. der Bewerbungsunterlage (Seite 14) auszugsweise nachstehende Passage: Dabei übersehe die Antragstellerin ganz offensichtlich die Festlegungen in den (bestandsfest gewordenen) Bewerbungsunterlagen (Vergabeakt, Ordner römisch eins, Lasche 3). So finde sich in Punkt D.7. der Bewerbungsunterlage (Seite 14) auszugsweise nachstehende Passage:

„Für die Bewerberauswahl gilt:

?

Bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 1 gelten auch die Eignungsanforderungen für die Lose 2 und 3 als erfüllt;

?

Bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 2 (nicht aber für Los 1) gelten auch die Eignungsanforderungen für das Los 3 als erfüllt;

?

Bei Erfüllen der Eignungsanforderungen nur für Los 3 (nicht aber für Los 1 und 2) ist die Eignung nur für das Los 3 gegeben;“

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin müsse somit zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit für alle 3 Lose nicht ein kumulierter durchschnittlicher Jahresumsatz i.H.v € 8,5 Millionen dargelegt werden. Vielmehr sei dieser nur i.H.v € 4,5 Millionen (geforderter, durchschnittliche Jahresumsatz für Los 1) nachzuweisen, da in diesem Fall - den bestandsfesten Bewerbungsunterlagen zufolge - dieses Eignungskriterium automatisch auch für die Lose 2 und 3 erfüllt sei. Dies habe die Auftraggeberin entsprechend geprüft und dokumentiert (Vergabeakt, Ordner II, Lasche 7). Die Teilnahmberechtigte sei - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - daher wirtschaftlich und finanziell leistungsfähig. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin müsse somit zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit für alle 3 Lose nicht ein kumulierter durchschnittlicher Jahresumsatz i.H.v € 8,5 Millionen dargelegt werden. Vielmehr sei dieser nur i.H.v € 4,5 Millionen (geforderter, durchschnittliche Jahresumsatz für Los 1) nachzuweisen, da in diesem Fall - den bestandsfesten Bewerbungsunterlagen zufolge - dieses Eignungskriterium automatisch auch für die Lose 2 und 3 erfüllt sei. Dies habe die Auftraggeberin entsprechend geprüft und dokumentiert (Vergabeakt, Ordner römisch zwei, Lasche 7). Die Teilnahmberechtigte sei - entgegen der Ansicht der Antragstellerin - daher wirtschaftlich und finanziell leistungsfähig.

Auch hinsichtlich der geforderten Referenzprojekte verweise die Antragsgegnerin auf die Festlegungen in Punkt D.7 der Bewerbungsunterlagen, wonach bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 1 auch die Eignungsanforderungen für die Lose 2 und 3 als erfüllt gelten würden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei somit nicht der Nachweis von insgesamt 9 Referenzprojekten erforderlich. Vielmehr seien 3 Referenzprojekte für alle Lose ausreichend, wenn diese die Anforderungen des Loses 1 erfüllen würden. Die Teilnahmberechtigte habe entsprechende Referenzprojekte vorgelegt, welche von der Auftraggeberin geprüft und entsprechend dokumentiert worden seien (Vergabeakt, Ordner II, Lasche 7). Auch hinsichtlich der geforderten Referenzprojekte verweise die

Antragsgegnerin auf die Festlegungen in Punkt D.7 der Bewerbungsunterlagen, wonach bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 1 auch die Eignungsanforderungen für die Lose 2 und 3 als erfüllt gelten würden. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei somit nicht der Nachweis von insgesamt 9 Referenzprojekten erforderlich. Vielmehr seien 3 Referenzprojekte für alle Lose ausreichend, wenn diese die Anforderungen des Loses 1 erfüllen würden. Die Teilnahmeberechtigte habe entsprechende Referenzprojekte vorgelegt, welche von der Auftraggeberin geprüft und entsprechend dokumentiert worden seien (Vergabeakt, Ordner römisch zwei, Lasche 7).

Die Antragstellerin bringe weiters vor, dass der Teilnahmeberechtigten einzelne, in den Bewerbungsunterlagen geforderte Zertifizierungen fehlen würden, zumal die Teilnahmeberechtigte die vermeintlich fehlenden Zertifizierungen auf ihrer Homepage nicht anführe. Dazu sei darauf hinzuweisen, dass für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit die im Vergabeverfahren nachgewiesenen Aspekte und nicht die Homepage des betreffenden Bieters von Relevanz sei. Die Teilnahmeberechtigte habe die geforderten Nachweise beigebracht, diese seien von der Auftraggeberin geprüft, im Vergabeakt dokumentiert und im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens sogar nochmals verifiziert worden.

Die Teilnahmeberechtigte erfülle auch die im Rahmen der Personalausstattung definierten Anforderungen vollumfänglich. Dies sei aufgrund der abgegebenen Teilnahmeanträge geprüft, dokumentiert und im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens sogar nochmals verifiziert worden.

Zum Vorbringen der Antragstellerin, sie habe „aus Branchenkreisen gerüchteweise erfahren“, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotene Leistung zur Gänze von einem „Konzern-Unternehmen der C. AG“ erbracht werden soll, sei auszuführen: Die von der Antragstellerin vorgebrachten „Gerüchte aus Branchenkreisen“ könnten nicht nachvollzogen werden. Aus den gesamten Unterlagen und erhaltenen Informationen im Vergabeverfahren sowie (soweit rechtlich relevant) aus dem sonstigen Vorbringen der Teilnahmeberechtigten würden sich keinerlei Indizien für die von der Antragstellerin behauptete Wettbewerbsbeschränkung ergeben.

Stellungnahme der Teilnahmeberechtigten vom 12.12.2016:

Die Teilnahmeberechtigte brachte mit Schriftsatz vom 12.12.2016 im Wesentlichen Folgendes vor:

Die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten würden nicht vorliegen. Außerdem würde sich das Vorbringen im Nachprüfungsantrag größtenteils auf Vermutungen stützen und sei damit unsubstantiiert. Auf unsubstantiiertes bzw. nicht konkretisiertes Vorbringen müsse nicht eingegangen werden (VwGH 26.2.2003, 2003/04/0027) und nach VwGVG und AVG keine Erkundungsbeweise durchgeführt werden (BVwG 25.4.2010, W131 2122826-1). Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung sei es schließlich unerheblich, wann die Antragsgegnerin welche Prüfschritte gesetzt habe. Die Rücknahme der Entscheidung vom 17.10.2016 und die gleichlautende, nun angefochtene Entscheidung vom 21.11.2016 würden am Maßstab der Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht nichts ändern.

Das Vorbringen der Antragstellerin betreffend mangelnde Befugnis der Teilnahmeberechtigten sei unrichtig. Die Teilnahmeberechtigte habe sämtliche Anforderungen nachgewiesen. Es werde angemerkt, dass in den Bewerbungsunterlagen nicht gefordert gewesen sei, dass die Gewerbeberechtigungen den Wortlaut in der Tabelle (lit. a bis c des Pkt. 1.1.) aufweisen müssten. Davon ausgehend gehe das Vorbringen der Antragstellerin ins Leere. Die Teilnahmeberechtigte beabsichtige keineswegs, die auftragsgegenständlichen Leistungen zur Gänze an Subunternehmer weiterzugeben. Das Vorbringen der Antragstellerin betreffend mangelnde Befugnis der Teilnahmeberechtigten sei unrichtig. Die Teilnahmeberechtigte habe sämtliche Anforderungen nachgewiesen. Es werde angemerkt, dass in den Bewerbungsunterlagen nicht gefordert gewesen sei, dass die Gewerbeberechtigungen den Wortlaut in der Tabelle (Litera a bis c des Pkt. 1.1.) aufweisen müssten. Davon ausgehend gehe das Vorbringen der Antragstellerin ins Leere. Die Teilnahmeberechtigte beabsichtige keineswegs, die auftragsgegenständlichen Leistungen zur Gänze an Subunternehmer weiterzugeben.

Da die Teilnahmeberechtigte keineswegs nur über Befugnisse bzw. Gewerbeberechtigungen im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung verfüge, gingen auch die diesbezüglichen Ausführungen des Nachprüfungsantrages ins Leere. Es werde aber angemerkt, dass Kettenüberlassungen – völlig losgelöst von der Frage, ob die Teilnahmeberechtigte zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen Arbeitskräfte im Wege einer Kettenüberlassung zur Verfügung stellen würde – entgegen dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag nach der Rechtsprechung des OGH zulässig seien (OGH 9.7.2008, 9 Ob 91/07h). In dieser Entscheidung habe der OGH die

gegenteilige Mindermeinung in der Literatur (darunter auch die von der Antragstellerin zitierte von Geppert) ausdrücklich nicht geteilt.

Die Rechtsausführungen der Antragstellerin, wonach beim ausgeschriebenen Leistungsbild jeweils alle beteiligten Unternehmer über sämtliche zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse verfügen müssten, seien unzutreffend, soweit die Antragsgegnerin Leistungen auch im Wege der Arbeitskräfteüberlassung in Anspruch nehmen könne. Im Unterschied zu Werkleistungen schulde der Überlasser keinen Erfolg in Bezug auf jene Tätigkeit, für welche der Beschäftigte überlassene Arbeitskräfte heranziehe. Insoweit würden auch keine homogenen Leistungen vorliegen.

Entgegen den Vermutungen der Antragstellerin würde die Teilnahmeberechtigte auch über die geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen. Angemerkt sei, dass die Antragstellerin Pkt. D.7. (Seite 14 der Bewerbungsunterlage) übersehe, wonach bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 1 auch die Eignungsanforderungen für die Lose 2 und 3 als erfüllt gelten würden. Es reiche daher ein Mindestumsatz von € 4,5 Millionen aus.

Die Teilnahmeberechtigte habe alle zum Beleg der technischen Leistungsfähigkeit erforderlichen Zertifizierungen nachgewiesen. Die Teilnahmeberechtigte sei nicht verpflichtet, auf ihrer Website sämtliche Zertifizierungen anzugeben. Die Schlussfolgerung, dass die Teilnahmeberechtigte nur über jene Zertifizierungen verfüge, die auf ihrer Website veröffentlicht sind, treffe daher nicht zu.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin habe die Teilnahmeberechtigte sämtliche Ausführungsreferenzen nachgewiesen. Die Ausführungen zur Gesellschafterstruktur bzw. zur Substituierung der technischen Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer gingen daher ins Leere.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin habe die Teilnahmeberechtigte auch die geforderte Personalausstattung nachgewiesen. Angemerkt werde, dass sich die Angaben zum Gesamtmitarbeiterstand im letztveröffentlichten Jahresabschluss auf das Geschäftsjahr 1.2.2015 bis 31.1.2016 bezögen und Kettenüberlassungen nach der Rechtsprechung zulässig seien. Weiters würden die Überlegungen der Antragstellerin auf die Substitution in Bezug auf Personalausstattung auf völlig unsubstantiierten Vermutungen beruhen.

Das – ohnehin nur auf Gerüchten beruhende – Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Teilnahmeberechtigte die Leistungen vollständig durch die C. AG erbringen lassen möchte, würden nicht zutreffen. Die C. AG sei von der Teilnahmeberechtigten weder im Teilnahmeantrag noch im Angebot genannt worden.

Replik der Antragstellerin vom 29.12.2016:

Die Antragstellerin führte in ihrer Replik vom 29.12.2016 insbesondere Folgendes aus:

Arbeitskräfteüberlassung sei nicht Leistungsgegenstand. In der gegenständlichen Leistungsbeschreibung würden sich keinerlei Leistungen finden, die als Arbeitskräfteüberlassung einzustufen wären. Das Vorbringen der Auftraggeberin, aus Verfahrens- und Rechtsüberlegungen würden Arbeitskräfteüberlassungsleistungen sogar den überwiegenden Leistungsgegenstand darstellen, sei unhaltbar. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) enthalte in § 4 Abs. 2 eine Legaldefinition der Arbeitskräfteüberlassung. Keines der Kriterien dieser Legaldefinition sei im gegenständlichen Fall erfüllt. Vielmehr schulde die künftige Partei der Rahmenvereinbarung als künftiger Werkunternehmer ausdrücklich einen Erfolg. Auch die Auftraggeberin selbst würde bei einer Folgeausschreibung („Überbrückungsausschreibung“) trotz vergleichbarem Leistungsgegenstand nicht vom Erfordernis einer Befugnis für Arbeitskräfteüberlassung ausgehen. Arbeitskräfteüberlassung sei nicht Leistungsgegenstand. In der gegenständlichen Leistungsbeschreibung würden sich keinerlei Leistungen finden, die als Arbeitskräfteüberlassung einzustufen wären. Das Vorbringen der Auftraggeberin, aus Verfahrens- und Rechtsüberlegungen würden Arbeitskräfteüberlassungsleistungen sogar den überwiegenden Leistungsgegenstand darstellen, sei unhaltbar. Das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) enthalte in Paragraph 4, Absatz 2, eine Legaldefinition der Arbeitskräfteüberlassung. Keines der Kriterien dieser Legaldefinition sei im gegenständlichen Fall erfüllt. Vielmehr schulde die künftige Partei der Rahmenvereinbarung als künftiger Werkunternehmer ausdrücklich einen Erfolg. Auch die Auftraggeberin selbst würde bei einer Folgeausschreibung („Überbrückungsausschreibung“) trotz vergleichbarem Leistungsgegenstand nicht vom Erfordernis einer Befugnis für Arbeitskräfteüberlassung ausgehen.

Die Teilnahmeberechtigte würde über die bestandsfest als erforderlich festgelegten Befugnisse nicht verfügen. Die Argumentation, dass sie die verlangten Gewerbeberechtigungen zwar nicht nach dem Wortlaut der Ausschreibung

besitzen würde, die entsprechenden Bereiche aber durch ihre sonstigen Befugnisse abgedeckt seien, sei unhaltbar. Die Festlegung, welche Befugnisse erforderlich seien, sei bestandsfest. Eine Auslegung dahingehend, dass diese Befugnisse nicht nach dem Wortlaut der Ausschreibung vorliegen müssten, entspreche nicht dem allein maßgeblichen objektiven Erklärungswert der Festlegung (BVwG 17.8.2016, W149 2126179-2/28E). Der objektive Erklärungswert dieser Festlegung sei jedenfalls durch den äußersten Wortsinn einer Formulierung begrenzt.

Doch auch dann, wenn man der Argumentation der Teilnahmeberechtigten folgen wolle, seien durch deren Gewerbeberechtigungen die Bereiche der verlangten Gewerbeberechtigungen nicht abgedeckt. Durch die Berechtigung „Handelsgewerbe“ werde ohnedies keiner der verlangten Bereiche abgedeckt. Aber auch durch die Gewerbeberechtigung „Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik gemäß § 94 Z 59 GewO“ würden die nachzuweisenden Bereiche nicht vollständig abgedeckt werden. Doch auch dann, wenn man der Argumentation der Teilnahmeberechtigten folgen wolle, seien durch deren Gewerbeberechtigungen die Bereiche der verlangten Gewerbeberechtigungen nicht abgedeckt. Durch die Berechtigung „Handelsgewerbe“ werde ohnedies keiner der verlangten Bereiche abgedeckt. Aber auch durch die Gewerbeberechtigung „Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik gemäß Paragraph 94, Ziffer 59, GewO“ würden die nachzuweisenden Bereiche nicht vollständig abgedeckt werden.

In der Folge ging die Antragstellerin auf das von der Wirtschaftskammer Österreich verfasste Berufsbild des Gewerbes „Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik“ ein. Dieses würde eine abschließende Auflistung enthalten und es würde sich daraus ergeben, dass insbesondere der gesamte Bereich Industrieanlagenbau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen, den die Ausschreibung fordere, jedenfalls nicht vom Umfang der Gewerbeberechtigung „Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik“ umfasst sei. Dafür würde auch sprechen, dass die Auftraggeberin in ihrer „Überbrückungsausschreibung“ nunmehr einen Befugnisnachweis alternativ auch für die Gewerbeberechtigung „Mechatronik“ zulasse. Wäre ein Nachweis sämtlicher in der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung geforderter „Befugnisbereiche“ nach Ansicht der Auftraggeberin schon bisher durch eine Mechatronikerbefugnis zulässig gewesen, dann hätte die Auftraggeberin diesen einfachen Nachweis ja schon in der ursprünglichen (das anfechtungsgegenständliche Vergabeverfahren betreffenden) Ausschreibung vorgesehen bzw. wäre die explizite Festlegung in der neuen „Überbrückungsausschreibung“ unnötig.

Nach der Judikatur bedürfe es im Übrigen für die Ausführung von Rohrleitungen (Rohrleitungsbau) und deren technischen Einrichtungen nach § 110 Abs. 1 Z 2 GewO einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik“ bzw. „Gas- und Wasserleitungsbau“ (BVA 28.3.2003, 17N-26/03-15). Über diese Gewerbeberechtigung würde die Teilnahmeberechtigte im Gegensatz zur Antragstellerin nicht verfügen. Nach der Judikatur bedürfe es im Übrigen für die Ausführung von Rohrleitungen (Rohrleitungsbau) und deren technischen Einrichtungen nach Paragraph 110, Absatz eins, Ziffer 2, GewO einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe „Gas- und Sanitärtechnik“ bzw. „Gas- und Wasserleitungsbau“ (BVA 28.3.2003, 17N-26/03-15). Über diese Gewerbeberechtigung würde die Teilnahmeberechtigte im Gegensatz zur Antragstellerin nicht verfügen.

Wie die Auftraggeberin im Rahmen ihrer Eignungsprüfung zu einem positiven Ergebnis hinsichtlich der Befugnis der Teilnahmeberechtigten gelangen konnte, sei nicht nachvollziehbar. Eine Mechatronikerbefugnis vermöge allenfalls den Bereich „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau“ abzudecken, nicht aber den zusätzlich erforderlichen Bereich „Metallbearbeitung“. Auch eine schriftliche Bestätigung des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft würde, entgegen dem Anschein des schriftlichen Vorbringens, nicht vorliegen, sondern lediglich eine telefonische Bestätigung eines Mitarbeiters dieses Bundesministeriums darüber, dass einzelne der geforderten Befugnisbereiche mit dieser Mechatronikerbefugnis einhergingen.

Die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen würden homogene Leistungen darstellen, weshalb alle beteiligten Unternehmer über sämtliche zur Leistungserbringung erforderlichen Befugnisse zu verfügen hätten (VfGH 21.6.2004, B 531/02). Die Teilnahmeberechtigte sei dem lapidar mit der Begründung entgegengetreten, dass die gegenständlichen Rahmenvereinbarungsleistungen durch Arbeitskräfteüberlassung erbracht werden könnten. Da bei der Arbeitskräfteüberlassung im Unterschied zu Werkleistungen kein Erfolg in Bezug auf jene Tätigkeiten geschuldet werde, für welche der Beschäftigte überlassene Arbeitskräfte heranziehe, würden gegenständlich keine homogenen Leistungen vorliegen. Diese Argumentation sei unhaltbar, da sie von der falschen Prämisse ausgehe, dass die gegenständlichen Rahmenvereinbarungsleistungen durch Arbeitskräfteüberlassung erbracht werden könnten. Wie bereits ausgeführt worden sei, würden Arbeitskräfteüberlassungsleistungen aber gerade keinen Bestandteil der

gegenständlichen Rahmenvereinbarung darstellen. Es würde sich bei den zu erbringenden Leistungen im Gegenteil um Werkleistungen handeln, bei denen ein Erfolg geschuldet werde, für den auch Gewähr geleistet werde.

Die Teilnahmeberechtigte würde hinsichtlich des geforderten Mindestumsatzes nicht über ausreichende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen. Die Auftraggeberin habe offenbar festgestellt, dass die Teilnahmeberechtigte in den letzten drei Geschäftsjahren einen durchschnittlichen Mindestjahresumsatz aufweise, der unter € 8.250.000 liege. Dem widerspreche auch die Teilnahmeberechtigte nicht. Die Antragsgegnerin und die Teilnahmeberechtigte würden nunmehr versuchen, die Festlegungen der Ausschreibung dahingehend auszulegen, dass die Erreichung des geforderten durchschnittlichen Mindestjahresumsatzes der letzten drei Geschäftsjahre für Los 1 (€ 4.500.000) ausreichen soll, um die Eignung für alle drei angebotenen Lose nachzuweisen. Sie würden dazu auf eine Festlegung der Bewerbungsunterlage verweisen, wonach bei Erfüllung der Eignungsanforderungen für Los 1 auch die Eignungsanforderungen für die Lose 2 und 3 erfüllt seien. Diese Festlegung sei indessen vollkommen unzweideutig dahingehend zu verstehen, dass ein Bieter, der für Los 1 geeignet ist, auch geeignet sei, stattdessen Los 2 oder Los 3 anzubieten. Sinnwidrig sei hingegen die Interpretation der Festlegung dahingehend, dass ein solcher Bieter allein durch die Erfüllung der Eignungskriterien für Los 1 für die Erbringung der Leistungen aller drei Lose gemeinsam geeignet sei. Der Sinn der gegenständlichen Festlegung zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bestehe offenkundig darin, sicherzustellen, dass der künftige Auftragnehmer über eine hinreichende wirtschaftliche Kapazität zur Auftrags Erfüllung verfüge. In diesem Zusammenhang sei einsichtig, dass bei Erbringung mehrerer Lose eines Auftrages eine größere wirtschaftliche Kapazität abverlangt werde, als bei der Erbringung nur einzelner oder nur eines Loses desselben Auftrages. Dabei müsse im Sinne der Gleichbehandlung an alle Bieter derselbe Maßstab angelegt werden, und es wäre eine sachliche Diskriminierung, von einem Bieter „mehr“ Eignung zu verlangen als von einem anderen. Genau dazu würde die Interpretation der gegenständlichen Festlegung durch die Auftraggeberin und durch die Teilnahmeberechtigte aber führen. Folge man dieser Auslegung, dann wäre ein Bieter, der alle drei Lose anbiete, gegenüber einem Bieter, der nur Los 1 anbiete, begünstigt, weil er im Ergebnis für Los 1 eine geringere wirtschaftliche Kapazität (zB einen geringeren Haftungsfonds) aufweisen müsse als ein Bieter, der nur Los 1 angeboten habe. Dies würde dem Diskriminierungsverbot und damit einem wesentlichen Grundsatz des Vergaberechts widersprechen. Selbst wenn die Auftraggeberin die gegenständlichen Festlegungen tatsächlich derart verstehen sollte, dürften die Bieter sie nach ihrem objektiven Erklärungswert nicht so interpretieren. Die Bieter müssten als redliche Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass die Auftraggeberin die Bestimmungen im Einklang mit den Grundsätzen des Vergaberechts und daher insbesondere diskriminierungsfrei gestaltet habe. Allein dieser objektive Erklärungswert sei für die Auslegung der Festlegung maßgeblich (BVwG 17.8.2016, W149 2126179-2/28E). Eine Auslegung, die den Grundsätzen des Vergaberechts, insbesondere dem Diskriminierungsverbot, widerspreche, könne daher keinesfalls den objektiven Erklärungswert einer Regelung darstellen, wenn (wie hier) auch vergaberechtskonforme Interpretationen möglich seien (VwGH 4.7.2016, Ra 2016/04/0015 bis 0016).

Hinsichtlich der Referenzen liege keine ausreichende technische Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten vor. Um Wiederholungen zu vermeiden, werde hier auf die Ausführungen zum Verständnis der Festlegung betreffend die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verwiesen. Demnach gelte auch hier, dass ein Nachweis der Eignungsreferenzen für Los 1 nur die technische Leistungsfähigkeit für Los 1 oder stattdessen für Los 2 oder für Los 3 zu begründen vermöge. Keinesfalls begründe ein solcher Nachweis aber die technische Leistungsfähigkeit für die Leistungserbringung in allen drei Losen. Die Interpretation der Festlegung der technischen Leistungsfähigkeit durch die Auftraggeberin und durch die Teilnahmeberechtigte würde auch hier zu einer unsachlichen Diskriminierung von Bietern, die nur Los 1 anbieten, gegenüber Bietern, die alle drei Lose anbieten, führen.

Zum allfälligen wettbewerbswidrigen Verhalten der Teilnahmeberechtigten habe die Antragstellerin ausgeführt, dass sie aus Branchenkreisen erfahren habe, dass die Teilnahmeberechtigte die ausgeschriebenen Leistungen nicht selbst zu erbringen beabsichtige, sondern die Leistung vollständig von einem Konzern-Unternehmen der C. AG erbracht werden solle. Weder die Antragsgegnerin noch die Teilnahmeberechtigte hätten die Richtigkeit dieser Vermutung in Abrede gestellt. Abgesehen von einem allfälligen wettbewerbswidrigen Verhalten sei die Weitergabe der gesamten Leistung an einen Subunternehmer jedenfalls unzulässig und führe zum zwingenden Ausscheiden des Angebotes der Teilnahmeberechtigten.

Replik der Antragsgegnerin vom 5.1.2017:

Die Antragsgegnerin hielt dem in ihrer Replik vom 5.1.2017 insbesondere Folgendes entgegen:

Die Festlegungen der Antragsgegnerin in der ersten Verfahrensstufe würden dem Rechtsbestand angehören, klar sein und keinen Interpretationsspielraum zulassen. Die Antragsgegnerin habe eindeutig festgelegt, welche Befugnisse vorliegen müssen.

Die Frage, ob es sich bei den im Leistungsverzeichnis der zweiten Stufe – welches den Bewerbern in der ersten Stufe im Übrigen noch gar nicht vorgelegen sei – näher definierten Arbeiten um solche der Arbeitskräfteüberlassung oder aber um solche eines Werkvertrages handle, sei für die Frage der Befugnis im Vergabeverfahren irrelevant. Bestandsfest sei ausgeführt worden, welche Befugnisse vorliegen müssten. Diese habe die Antragsgegnerin geprüft. Die Teilnahmeberechtigte würde über diese Befugnisse verfügen. Gänzlich unerheblich sei, dass in einem vom Bundesvergabeamt zu beurteilenden Projekt eines Wasserverbandes über die Durchführung der Verlegung von Wasserleitungen judiziert worden sei, dass die Ausführung von Trinkwasserleitungen der Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Gas- und Sanitärtechnik bedürfe.

Im Zusammenhang mit der angeblich nicht vorliegenden Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten würde die Antragstellerin versuchen, der klaren Festlegung in Pkt. D.7 Abs. 2 der Bewerbungsunterlagen einen anderen Inhalt zu unterstellen, als schon der Wortlaut dieser Festlegung zulasse. Auch das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich des objektiven Erklärungswertes würde ins Leere gehen. Dass der Wortlaut bereits unmissverständlich sei, sei bereits ausgeführt worden. Darüber hinaus werde die Eindeutigkeit dieser Bestimmung durch die übrigen Unterlagen der ersten Verfahrensstufe sogar noch untermauert. Schließlich seien die Verfahrensunterlagen in ihrer Gesamtheit zu betrachten. So sehe der vom Bewerber in der ersten Verfahrensstufe auszufüllende „Teilnahmeantrag Sektor“ hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit genau drei Formblätter vor, in welche die Referenzprojekte einzutragen wären. Diese Formblätter seien ausdrücklich als Referenz 1, 2 und 3 bezeichnet. Eine Aufteilung nach Losen oder gar die Bereitstellung von insgesamt neun Referenzformblättern sei eben nicht erfolgt. Auch hieraus ergebe sich die Unmissverständlichkeit der in Frage stehenden Bestimmung. Im Zusammenhang mit der angeblich nicht vorliegenden Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten würde die Antragstellerin versuchen, der klaren Festlegung in Pkt. D.7 Absatz 2, der Bewerbungsunterlagen einen anderen Inhalt zu unterstellen, als schon der Wortlaut dieser Festlegung zulasse. Auch das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich des objektiven Erklärungswertes würde ins Leere gehen. Dass der Wortlaut bereits unmissverständlich sei, sei bereits ausgeführt worden. Darüber hinaus werde die Eindeutigkeit dieser Bestimmung durch die übrigen Unterlagen der ersten Verfahrensstufe sogar noch untermauert. Schließlich seien die Verfahrensunterlagen in ihrer Gesamtheit zu betrachten. So sehe der vom Bewerber in der ersten Verfahrensstufe auszufüllende „Teilnahmeantrag Sektor“ hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit genau drei Formblätter vor, in welche die Referenzprojekte einzutragen wären. Diese Formblätter seien ausdrücklich als Referenz 1, 2 und 3 bezeichnet. Eine Aufteilung nach Losen oder gar die Bereitstellung von insgesamt neun Referenzformblättern sei eben nicht erfolgt. Auch hieraus ergebe sich die Unmissverständlichkeit der in Frage stehenden Bestimmung.

Selbst für den Fall, dass die obgenannte Bestimmung unklar sein sollte, sei die Antragstellerin darauf hinzuweisen, dass derartige Unklarheiten zu Lasten der Auftraggeberin auszulegen wären. Somit wäre in diesem Fall eine für die Bieter günstigere Auslegung in Form von niedrigeren Anforderungen an die Eignung heranzuziehen. Die Ausführungen der Antragstellerin gingen damit jedenfalls ins Leere.

Hinzu komme, dass die obgenannte Bestimmung von der Antragstellerin selbst ursprünglich (zutreffender Weise) im Einklang mit dem – oben dargelegten – eindeutigen Wortlaut interpretiert worden sei. Würde man der jetzigen, im Nachprüfungsverfahren formulierten Argumentation der Antragstellerin folgen, so wären zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit insgesamt neun Referenzprojekte zu benennen gewesen und hätte die Antragstellerin selbst weniger als die nach dieser Argumentation erforderlichen Referenzprojekte nachgewiesen.

Die Teilnahmeberechtigte sei befugt. Die Prüfung des Vorliegens der Befugnis sei Aufgabe der Antragsgegnerin und nicht Aufgabe des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft. Eine „generelle Bestätigung über die hinreichende Befugnis der präsumtiven Partei der Rahmenvereinbarung“ liege daher nicht im Kompetenzbereich dieses Ministeriums. Die Auflistung im Schriftsatz der Antragstellerin gebe lediglich die Tätigkeitsbeschreibung der Wirtschaftskammer Österreich wieder. Eine verbindliche Auskunft über den Umfang der Gewerbeberechtigung gehe aus dieser abschließenden Auflistung – entgegen den Behauptungen der Antragstellerin – gerade nicht hervor. Die Teilnahmeberechtigte würde über die geforderten Befugnisse verfügen, die Antragsgegnerin habe dies geprüft und im Vergabeakt dokumentiert.

Die Teilnahmeberechtigte verfüge auch über die geforderte wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit. Dass die Antragstellerin die unmissverständlichen Festlegungen insbesondere in Punkt D.7. zweiter Absatz der Bewerbungsunterlagen nunmehr anders verstehen wolle als offenbar im Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages, könne nicht die mangelnde Eignung der Teilnahmeberechtigten nach sich ziehen.

Wie die Antragsgegnerin bereits ausgeführt habe, würden keinerlei Indizien für die von der Antragstellerin behauptete Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Die Antragsgegnerin habe bereits ausgeführt, dass sie die von der Antragstellerin vorgebrachten „Gerüchte aus Branchenkreisen“ nicht nachvollziehen könne. Auf Grund eines bloßen Gerüchtes, welches erstmalig von der Antragstellerin angezogen worden sei, werde kein Ausscheiden erfolgen.

Mündliche Verhandlung:

Die Verhandlung hatte zum Termin 12.1.2017 im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Auf die Frage aus dem Senat, wie die AG zur Einstufung als Dienstleistungsauftrag komme, legt die AGV dar, dass die AG vom Überwiegen des Anteils der Arbeitskräfteüberlassung ausgehe und sich die Einstufung als Dienstleistungsauftrag über die Arbeitskräfteüberlassung ergebe. Die Leistung bestünde im Wesentlichen darin, dass Wartungs- und Revisionsleistungen an Kesselanlage und Kraftwerkskomponenten im Bedarfsfall durchgeführt würden. Dabei würden die entsprechenden Teile zerlegt werden und im Anlassfall geprüft werden, was weiter zu tun sei. Im Gegensatz zu anderen Auftragsarten sei gegenständlich eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben und stehe daher im Vorhinein noch nicht im Detail fest, welche Leistung im Sinne von Wartungs- oder Revisionsleistung im Detail erforderlich sei.

Auf die Frage aus dem Senat, wie die AG den Auftrag ohne die Argumentation des Überwiegens der Arbeitskräfteüberlassung einstufen würde, gibt die AGV an, dass auch in diesem Fall ein Dienstleistungsauftrag vorliegen würde. Die Wartungs- und Revisionsleistungen, wie oben beschrieben, seien nämlich ein Dienstleistungsauftrag.

Aus dem Senat wird dargelegt, dass im Fall des Vorliegens eines Dienstleistungsauftrages der geschätzte Auftragswert das 20fache des Schwellwertes deutlich überschreiten würde.

Die AGV legt ergänzend dar, dass sie deswegen zu einem Überwiegen der Arbeitskräfteüberlassung komme, weil auch Arbeitsgeräte und Werkzeuge der AG verwendet würden und die Arbeiten vielfach unter der fachlichen und organisatorischen Aufsicht der AG durchgeführt würden. Dies sei in den Verhandlungen mit den Bietern ebenso angesprochen worden wie die Tatsache, dass die AG vom Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages ausgehe. Es hätte kein Bieter das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages in Frage gestellt.

Der ASTV führt zur Frage, warum seiner Ansicht nach ein Bauauftrag vorliege, aus, dass Wartungs- und Revisionsleistungen an festverbauten Anlagen Bautätigkeiten seien. Auf die Frage, wie er die Tätigkeiten über § 4 Z 1 BVergG dem Anhang I zuordnen würde, verweist der ASTV auf Nr. 45.34 und 45.33 des Anhangs, insbesondere Installation von Ausrüstungen und Befestigungselementen in Gebäuden und anderen Bauwerken sowie Gas-, Wasserinstallation. Weiters verweist der ASTV darauf, dass er bereits ausgeführt habe, dass jeweils ein Erfolg geschuldet sei und insoweit ein Werkvertrag und keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde. Die Werkzeuge seien außerdem durchaus vom Auftragnehmer beizustellen und verweist dazu auf Punkt 3.3.1 und 3.3.5 der Leistungsbeschreibung sowie Punkt 2.1 der technischen Beschreibung und auch auf die Preisblätter, wo die Bereitstellung der Geräte auch auszureisen war. In der Leistungsbeschreibung sei auch vom Beistellen der Geräte durch den Auftraggeber nicht die Rede. Außerdem sei der Stundensatz in der Ausschreibung als All-In-Stundensatz definiert, was die Gerätekosten einschließe, soweit diese nicht extra anzugeben sind. Der ASTV führt zur Frage, warum seiner Ansicht nach ein Bauauftrag vorliege, aus, dass Wartungs- und Revisionsleistungen an festverbauten Anlagen Bautätigkeiten seien. Auf die Frage, wie er die Tätigkeiten über Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG dem Anhang römisch eins zuordnen würde, verweist der ASTV auf Nr. 45.34 und 45.33 des Anhangs, insbesondere Installation von Ausrüstungen und Befestigungselementen in Gebäuden und anderen Bauwerken sowie Gas-, Wasserinstallation. Weiters verweist der ASTV darauf, dass er bereits ausgeführt habe, dass jeweils ein Erfolg geschuldet sei und insoweit ein Werkvertrag und keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegen würde. Die Werkzeuge seien außerdem durchaus vom Auftragnehmer beizustellen und verweist dazu auf Punkt 3.3.1 und 3.3.5 der Leistungsbeschreibung sowie Punkt 2.1 der technischen Beschreibung und auch auf die Preisblätter, wo die Bereitstellung der Geräte auch auszureisen war.

In der Leistungsbeschreibung sei auch vom Beistellen der Geräte durch den Auftraggeber nicht die Rede. Außerdem sei der Stundensatz in der Ausschreibung als All-In-Stundensatz definiert, was die Gerätekosten einschließe, soweit diese nicht extra anzugeben sind.

Die AGV verweist darauf, dass es sich um gemischte Leistungen handeln würde, also zum Teil Bauleistungen und zum Teil Dienstleistungen, die Dienstleistungen aber überwiegen würden. Aus dem Vergabeakt, Lasche 16, sei ersichtlich, dass dies ausdrücklich mit den Bietern besprochen worden sei. Außerdem hätten auch bei der Arbeitskräfteüberlassung in der gegenständlichen Ausschreibung die Auftragnehmer eine Grundausstattung an Geräten und Werkzeugen mitzubringen. Die Spezialwerkzeuge würden von der AG beigestellt.

Der ASTV bestreitet, dass das Vorliegen eines Arbeitskräfteüberlassungsauftrages besprochen worden sei. Das Standardwerkzeug werde vom Auftragnehmer beigestellt.

Aus dem Senat wird an die AGV die Frage gerichtet, wie die Festlegung der erforderlichen Befugnisse in den Teilnahmeunterlagen aus Sicht der AG verstanden wird, nämlich: Welche Befugnisse erforderlich sind, wird durch den Inhalt der zu erbringenden Leistungen gewerberechtlich bestimmt. Wenn die Festlegung davon divergieren sollte, würde sich je nach Divergenz die Problematik ergeben, dass entweder nicht ausreichend Befugte als ausreichend befugt definiert oder umgekehrt ausreichend Befugte als nichtausreichend befugt definiert würden.

Die AGV führt dazu aus, dass weder Unbefugte als befugt festgelegt noch nach dem Gewerberecht ausreichend befugte Unternehmer ausgeschlossen werden sollten. Da den Teilnahmewerbern in dieser Verfahrensstufe noch nicht bekannt gegeben wurde, was konkret Leistungsinhalt sei, seien den Teilnahmewerbern nach bestem Wissen und Gewissen der Antragsgegnerin Angaben gemacht worden, welche Befugnisse verlangt werden. Es wäre daher die Frage, welche Befugnisse erforderlich seien, inhaltlich zu prüfen.

Der ASTV führt dazu aus, dass der AST die Antwort auf diese Frage differenziert sehe. Die als erforderlich festgelegten Gewerbeberechtigungen seien auf Grund dieser Festlegung jedenfalls nachzuweisen. Darüber hinaus seien auch die Gewerbeberechtigungen zusätzlich nachzuweisen, die zwar nicht festgelegt, nach den gewerberechtlichen Bestimmungen jedoch erforderlich seien. Dies sei insbesondere hinsichtlich der Gewerbeberechtigung der Gas- und Sanitärtechnik der Fall, über welche die Teilnahmeberechtigten nicht verfügen würde.

Der TNBV führt aus, dass die Festlegungen, welche Gewerbeberechtigungen erforderlich seien, nach ihrem objektiven Erklärungswert unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen sei. Eine Auslegung dahingehend, dass die Gewerbeberechtigungen von ihrem Wortlaut her bezeichnet wären, scheitere bereits daran, dass es das festgelegte Gewerbe „Industrieanlagenbau und Industriemontagen“ in der Gewerbeordnung nicht ausdrücklich genannt sei. Die Festlegung sei daher so zu verstehen, dass die damit bezeichneten Leistungsinhalte wie z.B. Industrieanlagenbau und Industriemontage durch die vorhandenen Gewerbeberechtigungen abgedeckt werde. Diese Voraussetzung würde die TNB erfüllen. Darüber hinaus verstehe die TNB die Festlegung der erforderlichen Gewerbeberechtigungen so, dass die Auftraggeberin aus der Rahmenvereinbarung keine Leistungen abrufen werde, die durch die von ihr angegebenen Gewerbeberechtigungen nicht abgedeckt seien.

Durch den Senat ausgeteilt wird das Berufsbild Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau aus dem GISA.

Die AGV und der TNBV geben auf Frage aus dem Senat an, dass ihrer Ansicht nach das Berufsbild Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau die leistungsgegenständlichen Arbeiten, soweit es sich nicht um Arbeitskräfteüberlassung handle, abdecken würde. Die AGV verweist darauf, dass auch ihre Prüfung im Rahmen der Befugnisprüfung genau zu diesem Ergebnis gekommen sei.

Der ASTV führt dazu aus, dass das Berufsbild der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau den Leistungsgegenstand nicht abdecken würde. Insbesondere würden im Berufsbild die Schweißarbeiten vollkommen fehlen, seien aber wichtiger Inhalt des Leistungsgegenstandes. Im Berufsbild würden weiters Industrieanlagenbau und Industriemontagen vollkommen fehlen. Dies treffe auch auf den Rohrleitungsbau zu. Der Rohrleitungsbau würde konkret Gas- und Wasserleitungen betreffen, wofür das Gewerbe Gas- und Sanitärinstallation erforderlich sei.

Auf die Frage aus dem Senat, ob bzw. in wie weit die leistungsgegenständlichen Arbeiten als Stahlbauarbeiten definiert werden können, führt die AGV aus, dass die Arbeiten zumindest hauptsächlich Metallbauarbeiten seien. Im Hinblick darauf, dass Metall und Stahl nicht dasselbe seien, könne ohne Rückfrage nicht näher ausgeführt werden, ob es sich

hauptsächlich um Stahlbauarbeiten handeln würde, weil gegebenenfalls auch andere Metalle wie Aluminium, Kupfer, Edelstahl etc. bearbeitet werden könnten. Materialien wie etwa Mauern seien nicht auftragsgegenständlich, Maurertätigkeiten beispielsweise seien nicht umfasst. Diese würden gesondert vergeben.

Der ASTV führt ergänzend aus, dass Arbeiten an elektrischen Komponenten nicht ausschreibungsgegenständlich seien. Die Arbeiten an elektronischen Komponenten würden jedoch einen wesentlichen Bereich des Mechatronikers für Maschinen- und Fertigungstechnik darstellen, weshalb die Befugnis für das letztgenannte Gewerbe nicht einschlägig sei.“

Die Teilnahmeberechtigte bringt vor, dass sie ein Vorbringen zu erstatten habe, bei dem Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Teilnahmeberechtigten offengelegt werden müssten, und daher die AST und der ASTV den Verhandlungssaal verlassen müssten. Der Senat ersucht die AST und den ASTV, den Verhandlungssaal zu verlassen, woraufhin die AST und der ASTV den Verhandlungssaal verlassen. Öffentlichkeit ist nicht anwesend. Anschließend führt der TNBV unter Bezugnahme auf konkrete Zertifikate von Mitarbeitern sowie auf als Beilagen .1 und .2 zum Verhandlungsprotokoll genommenen Stellungnahmen der Wirtschaftskammer NÖ aus, dass die Teilnahmeberechtigte zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt sei. Der nähere Inhalt ist aus Beiblatt B1 zum Verhandlungsprotokoll vom 12.1.2017 ersichtlich. Danach betreten die AST und der ASTV wieder den Verhandlungssaal und das in deren Abwesenheit Besprochene wird vom Senat kurz abstrakt zusammengefasst.

„Der ASTV bringt dazu vor, dass er vorsichtshalber darauf verweise, dass die Eignungsanforderungen und insbesondere die Referenzen nicht durch Subunternehmer und nicht durch Dritte zu erfüllen sei. Außerdem müsse selbstverständlich derjenige die Arbeiten ausführen, der die Referenzen nachgewiesen habe.

Aus dem Senat wird die Frage gestellt, wie man zu dem Ergebnis komme, dass eine abgelegte Schweißerprüfung ein Nachweis für die Ablegung der Schweißverfahrensprüfung für verschiedene Metalle ist.

Die AGV führt dazu aus, dass nach Angaben der Techniker der AG eine Schweißerprüfung nur dann abgelegt werden könne, wenn der Prüfungskandidat zuvor auch die Schweißverfahrensprüfungen abgelegt habe.

Dazu wird vom Senat festgehalten, dass es im Prüfungswesen allgemein relativ unüblich ist, dass eine Prüfung als ausschließliche Zulassungsvoraussetzung für eine andere Prüfung definiert werde. Die Plausibilität, dass man gar nicht zur Schweißerprüfung antreten könne, wenn man nicht als Antrittsvoraussetzung die Ablegung der entsprechenden Schweißverfahrensprüfung nachgewiesen habe, wäre ein Thema.

Die AGV gibt dazu an, dass die Prüfung im Fachbereich der AG sachverständig erfolgt sei. Für den Fall, dass diese Frage für den Verfahrensausgang maßgeblich sei, mache die AGV den zuständigen Mitarbeiter der Fachabteilung als Zeugen namhaft.

Der ASTV gibt dazu an, dass seiner Ansicht nach vom Vorliegen einer abgelegten Schweißerprüfung nicht auf das Vorliegen einer abgelegten Schweißverfahrensprüfung geschlossen werden könne. Die Schweißverfahrensprüfung beziehe sich auf Materialien und das Unternehmen, die Schweißerprüfung beziehe sich hingegen auf natürliche Personen.

Die AGV bringt dazu vor, dass für den Fall, dass sich der Senat der Ansicht der AST anschließen sollte, die AST nicht zur zweiten Verfahrensstufe zuzulassen und daher ihr Antrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen sei.

Der ASTV bringt dazu vor, dass sämtliche Schweißverfahrensprüfungen abgedeckt würden.

Die Verhandlung wird zur Beratung und Abstimmung des Senates unterbrochen und anschließend auf den 19.1.2017 vertagt. Den Verfahrensparteien wird mitgeteilt, dass Thema der fortgesetzten Verhandlung insbesondere die Prüfung der Erfüllung der Voraussetzung des Vorhandenseins der Schweißverfahrensprüfungen laut Ausschreibung im Angebot der Teilnahmeberechtigten sein wird, und die Antragsgegnerin wird ersucht, für die fortgesetzte Verhandlung den zuständigen Mitarbeiter der Fachabteilung als Zeugen stellig zu machen, und zwar zum Thema der Prüfung der Erfüllung des Vorhandenseins der Schweißverfahrensprüfungen.

Die Verhandlung hatte zum Termin 19.1.2017 im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Der Senat fasst das zentral zu besprechende Thema des Zusammenhanges der Verfahrensprüfung mit Schweißerprüfungen und das von Ing. S., TÜV, vom Senat in Erfahrung gebrachte, kurz zusammen.

Der ASTV führt dazu aus, dass sich dies mit dem Informationsstand der AST decke. Die Schweißverfahrensprüfung sei

unternehmensbezogen, Schweißerprüfung hingegen personenbezogen. Es treffe auch zu, dass die Prüfungsgegenstände unterschiedlich sind. Der ASTV legt dreifach eine Stellungnahme des TÜV Süd Landesgesellschaft Österreich GmbH, Herr M., vom 16.01.2017, vor, diese wird als Beilage ./15 zum Akt genommen. Je eine Ausfertigung dieser Stellungnahme wird der AG und der TNB ausgefolgt.

Die AGV bringt dazu vor, dass sich der vom Senat wiedergegebene Informationsstand nur teilweise mit dem decke, wovon die AG ausgehe. Die Mitarbeiter mit Schweißerprüfung seien eng mit dem Unternehmen verbunden und die Angelegenheit sei daher, wie ohne Anwesenheit der AST-Seite im Detail dargelegt werden könne, differenziert zu sehen.

Der TNBV fragt, ob es zutreffe, dass der von der AST stellig gemachte Herr M. von 03/1999 bis 12/2007 bei der AST angestellt beschäftigt gewesen sei. Herr M. bejaht diese Frage. Der TNBV fragt, ob es zutreffe, dass der von der AST stellig gemachte Herr M. von 03 aus 1999, bis 12 aus 2007, bei der AST angestellt beschäftigt gewesen sei. Herr M. bejaht diese Frage.

Erörtert wird, dass anhand des Vergabeaktes auf Details betreffend die von der TNB als Schweißer namhaft gemachten Personen und Zertifikate sowie deren Verbindung mit dem Unternehmen eingegangen werden soll, zumal die AG dazu ein konkretes Vorbringen unter Ausschluss der AST-Seite zu erstatten habe. Die AST-Seite wird daher ersucht, den Verhandlungssaal zu verlassen.

In Abwesenheit der AST und des ASTV erörtert die AGV an Hand zweier konkreter Schweißerzeugnisse aus dem Vergabeakt im Wesentlichen, dass das Vorhandensein der entsprechenden Schweißverfahrensprüfung aus der Hersteller-Schweißanweisung im jeweiligen Schweißerprüfungszeugnis hervorgehe, weil die entsprechende Hersteller-Schweißanweisung das Vorhandensein der entsprechenden Schweißverfahrensprüfung voraussetze. Außerdem erörtert die AGV, dass sich die entsprechenden Schweißverfahrensprüfungszeugnisse auf den entsprechenden Werkstoff bezögen. Anschließend werden die beiden von der AGV stellig gemachten Zeugen vor allem zu den Fragen einvernommen, ob und inwieweit von einer im Schweißerprüfungszeugnis angeführten Hersteller-Schweißanweisung auf das Vorhandensein der entsprechenden Schweißverfahrensprüfung geschlossen werden kann und welche Funktion bzw. welche Berührungspunkte der jeweilige Zeuge mit dem bzw. im Vergabeverfahren hatte. Nähere Details sind aus den Beilagen B1, A1 und A2 zum Verhandlungsprotokoll vom 19.1.2017 ersichtlich. Danach werden die AST und der ASTV wieder hereingebeten, das in ihrer Abwesenheit Besprochene kurz abstrakt zusammengefasst und die Verhandlung im Wesentlichen wie folgt fortgesetzt:

„Der Senat fasst das in Abwesenheit der AST-Seite Besprochene kurz im Wesentlichen dahingehend zusammen, dass argumentativ vom Vorliegen einer Hersteller-Schweißanweisung auf das Vorhandensein der entsprechenden Schweißverfahrensprüfung geschlossen worden sei.

Der ASTV führt dazu aus, dass in den Bewerbungsunterlagen der Nachweis mittels Schweißverfahrensprüfungszeugnisses verlangt worden sei und die allenfalls abgelegte Schweißverfahrensprüfung daher über die Hersteller-Schweißanweisung nicht ordnungsgemäß nachgewiesen worden sei. Außerdem sei es für die AG ein Leichtes gewesen, das fehlende Zeugnis nachzufordern.

Die AGV hält dem entgegen, dass aus ihrer Sicht kein Anlass bestanden habe, ein solches Zeugnis nachzufordern, weil die Ablegung der Schweißverfahrensprüfung für sie nicht zweifelhaft gewesen sei.

Der ASTV bringt weiters vor, dass aus der Schweißerprüfung kein Rückschluss auf die für die Schweißverfahrensprüfung erforderliche Werkstofffahrung möglich sei. Außerdem könne die Werkstofffahrung nicht durch Dritte substituiert werden, weshalb ein anderer Unternehmer als I. irrelevant sei. Der ASTV bringt weiters vor, dass aus der Schweißerprüfung kein Rückschluss auf die für die Schweißverfahrensprüfung erforderliche Werkstofffahrung möglich sei. Außerdem könne die Werkstofffahrung nicht durch Dritte substituiert werden, weshalb ein anderer Unternehmer als römisch eins. irrelevant sei.

Die AGV bringt vor, dass eine sachverständige Prüfung der vorgelegten Zertifikate durch die AG sehr wohl möglich und erfolgt sei. Dies habe sich aus dem Vergabeakt ergeben und sei durch die heutige Zeugenbefragung bestätigt worden.

Auf die Frage aus dem Senat, ob noch weitere Themen erörterungsbedürftig sind, führt der ASTV folgendes aus:

Laut Ausschreibung dürfe der Vergleichsstundensatz der Wien Energie bei der Angebotskalkulation nicht

unterschriften werden. Die AST habe es knapp geschafft, diesen Stundensatz nicht zu unterschreiten. Es stelle sich die Frage, wie die TNB dies gegebenenfalls ebenso geschafft habe, zumal ihr Angebot um rund EUR 200.000,-- unter dem Angebotspreis der AST liege, und verweise auf das Verhandlungsprotokoll vom 29.09.2016, wobei bei dieser Prüfung beim Angebot der AST der Rabatt für das LBO noch gar nicht berücksichtigt worden sei. Das Gleiche müsse sinngemäß für das Angebot der TNB gelten.

Die AGV hält dem entgegen, dass es sich um bloße Vermutungen der AST handeln würde. Die AG habe eine gesetzeskonforme, detaillierte und umfassende Angebots- und Preisprüfung durchgeführt. Diese sei im Vergabeakt, Lasche 17, dokumentiert. Die AGV werde keine Details aus dem Angebot der TNB in Anwesenheit der AST bekannt geben.

Der ASTV richtet an die AGV die Frage, ob das Ergebnis der Preisverhandlung einer Preisprüfung unterzogen wurde. Er schließe aus dem obgenannten Verhandlungsprotokoll vom 29.09.2016, dass dem nicht so sei.

Die AGV gibt dazu an, dass sie in Anwesenheit der AST keine Angaben zu dem Angebot der TNB mache.

Der ASTV ersucht daraufhin den Senat, zu prüfen, ob der letztgenannte Preis einer Preisprüfung unterzogen worden sei.

Der ASTV legt eine Stellungnahme der WKO zum Beweis dafür vor, dass eine Befugnis für das Mechatronikergewerbe für die ausgeschriebenen Leistungen nicht ausreichend sei, sondern eine Gewerbeberechtigung für Heizungstechnik; Lüftungstechnik oder für Gas- und Sanitärtechnik erforderlich sei. Dieses Schreiben wird als Beilage ./16 zum Akt genommen und der AGV zur Einsichtnahme gereicht.

Weiters legt der ASTV ein Schreiben der Landesinnung Wien der Metalltechniker vor, welches als Beilage ./17 zum Akt genommen wird. Aus diesem ginge hervor, dass Mechatroniker nur eingeschränkt das Gewerbe der Metalltechnik ausüben dürften, zumal der Charakter des Betriebes als Mechatronik erhalten bleiben müsse. Dies sei im Fall der Erteilung des gegenständlichen Auftrages nicht der Fall.

Der TNBV bringt vor, der Senat möge das Vorbringen des ASTV soweit dieses heute neu erstattet worden ist, zurückweisen und die entsprechenden Beweise nicht aufnehmen. Die sechswöchige Entscheidungsfrist sei mittlerweile abgelaufen, die AST treffe eine entsprechende Mitwirkungspflicht im Verfahren und das diesbezügliche Vorbringen hätte früher erstattet werden können. Es würde die Absicht bestehen, damit das Verfahren zu verzögern.

Die AGV bringt vor, aus den heute vorgelegten Unterlagen der AST zur Befugnisfrage würde sich nicht ergeben, dass die Befugnis der TNB unzureichend wäre. Die AGV ersucht weiters, ihr mit dem Protokoll diese beiden vom ASTV vorgelegten Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Der ASTV bestreitet den Vorwurf der Verzögerungsabsicht.“

Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes:

Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin und führt als solche ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen in drei Losen nach den Bestimmungen des BVergG für den Oberschwellenbereich durch. Die Leistungen, die aus den Rahmenvereinbarungen jeweils im Bedarfsfall abgerufen werden sollen, betreffen Wartungs- und Revisionsleistungen an Kesselanlagen und Kraftwerkskomponenten. In der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens wurde die Art des Auftrages als Dienstleistung bezeichnet. Der Leistungsgegenstand umfasst sowohl Reparatur- und Instandhaltungsleistungen als auch Arbeitskräfteüberlassung.

Die Bewerbungsunterlagen enthalten ab Seite 14 eine Tabelle betreffend Eignungskriterien und deren Nachweis. Diese Tabelle lautet auszugsweise:

1.

Befugnis (zu Pkt. 1.2.1 WStW 9310 Teil 1, Ausgabe 02.04.2014)

1.1.

Nachweis der erforderlichen Gewerbeberechtigungen/Befugnisse für

- a) Arbeitskräfteüberlassung und
- b) Schlosser und konstruktiver Stahlbau oder Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau und Metallbearbeitung, und
- c) Industriebau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen

Mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen

Abschrift des Berufsregisters des Sitzlandes (in Österreich: Auszug aus dem Zentralen Gewerberegister oder Bestätigung der zuständigen Kammer)

(...)

(...)

(...)

(...)

3

Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (zu Pkt. 1.2.2 WStW 9310 Teil 1, Ausgabe 02.04.2014...)

3.1

(...)

(...)

(...)

3.2.

Nachweis eines durchschnittlichen jährlichen Umsatzes ohne USt innerhalb der letzten 3 Geschäftsjahre im Umfang wie folgt:

Los 1 - € 4.500.000,00

Los 2 - € 2.500.000,00

Los 3 - € 1.250.000,00

Bei jungen Unternehmen (das sind Unternehmen, die nicht seit Beginn des Nachweiszeitraumes bestehen) ist der Nachweis des erforderlichen Umsatzes für den entsprechenden kürzeren Tätigkeitszeitraum, zumindest aber für einen Zeitraum von einem Jahr vor dem Tag der Bekanntmachung dieser Ausschreibung, zu erbringen.

Eigenerklärung im Teilnahmeantrag

Nähere Unterlagen zum gegebenen Nachweis; insbesondere sind entsprechende Jahresbilanzen und GuV-Rechnungen vorzulegen

4

Technische Leistungsfähigkeit (zu Pkt 1.2.3 WStW 9310 Teil 1, Ausgabe 02.04.2014)

4.1

Ausführungsreferenzen:

Die Substituierung durch verbundene Unternehmen ist zulässig. Die Substituierung durch Subunternehmer und andere Dritte ist unzulässig.

Gefordert sind folgende Ausführungsreferenzen aus den letzten 5 Jahren (gerechnet vor dem Tag der Bekanntmachung), jeweils über mit dem Ausstellungsgegenstand vergleichbare Leistungen im Bereich Instandhaltungsarbeiten (= Reparaturen, Störungsbehebungen und diverse Wartungen) an Verbrennungsanlagen, Kraftwerken oder gleichartigen Industrieanlagen, wie folgt:

Los 1: Mindestens 3 Referenzen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens € 100.000, die jeweils innerhalb eines Leistungszeitraums von längstens 3 Monaten abgewickelt wurden;

Los 2: Mindestens 3 Referenzen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens € 70.000, die jeweils innerhalb eines Leistungszeitraums von längstens 3 Monaten abgewickelt wurden;

Los 3: Mindestens 3 Referenzen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens € 50.000, die jeweils innerhalb eines Leistungszeitraums von längstens 3 Monaten abgewickelt wurden.

Die Referenzen müssen jeweils nachstehende Daten enthalten:

- ? Wert der Leistung
- ? Ort der Leistung
- ? Auftraggeber, inkl. Angabe von Telefonnummer und Kontaktperson
- ? Durchführungszeitraum
- ? Beschreibung des im Rahmen des Projektes erbrachten Leistungsumfanges

sofern Referenzen von einem Unternehmen in einer Arbeitsgemeinschaft erworben wurden, so ist vom Gewerbe anzugeben, welche Aufgaben in welchem Ausmaß im damaligen Innenverhältnis zukommen.

Mit dem Teilnahmeantrag ist das Formblatt techn. Referenzen vorzulegen

Nähere Unterlagen zum angegebenen Nachweis

4.2

(...)

Gefordert ist der Nachweis des Bewerbers über Werkstoff Erfahrung durch Vorlage von Schweißverfahrensprüfungen über folgende Materialien nach EN 10216:

X10CrMoVNb91/P/T91 1.4903

X20CrMOV121 1.4922

10 CrMo910/10CrMo9-10 1.7380

13CrMo44/13CrMo4-5 1.7335

15Mo3/16Mo3 1.5415

WB36/15NiCuMoNb5 1.6368

H11/P265GH 1.0425

V2A 1.4301/1.4306/ 1.4541

V4A1.4571/1.4404/1.4436/1.4435

Mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen

4.3

Personalausstattung

Der Bewerber hat über Baustellenpersonal, das die nachstehenden Anforderungen erfüllt, zu verfügen:

- ? Mindestens 2 vom Bewerber zu benennende Schweißaufsichtspersonen (SAP)
- ? Mindestens 8 vom Bewerber zu benennende Obermonteure

? Mindestens 10 Personen mit Fachausbildung als geprüfter Schweißer mit Zeugnis nach EN 287 oder EN ISO 9606

? Mindestens 100 Personen mit Fachausbildung, welche als Monteure eingesetzt werden.

Als Schlüsselpersonen sind die Schweißaufsichtspersonen und die Obermonteure namentlich im Teilnahmeantrag zu nennen. Diese müssen die deutsche Sprache in Wort und Schrift beherrschen.

Nachweisführung:

? Die fachliche Qualifikation für die Schweißaufsichtspersonen und die Obermonteure sind mittels geeigneter einschlägiger Nachweise (Lehrabschlussprüfung, Gesellen- oder Meisterbrief, Fachausbildung, Berufserfahrung oder Vergleichbares) zu belegen. Der Nachweis der geforderten Sprachkompetenz der Schlüsselpersonen ist durch Unterfertigung des Teilnahmeantrages (Eigenerklärungen) zu erbringen.

? Für die Monteure ist der Nachweis durch Vorlage eines Organigramms oder einer vergleichbaren Unterlage zu führen, aus der hervorgeht, dass der Bewerber über die geforderte Personalausstattung mit Monteuren verfügt. Die namentliche Nennung der Monteure und spezifische Nachweise deren fachlicher Qualifikation sind im Teilnahmeantrag nicht erforderlich.

(...)

Mit dem Teilnahmeantrag ist das Formblatt Personal sowie die entsprechenden Qualifikationsnachweise vorzulegen

(...)

(...)

(...)

(...)

In den Bewerbungsunterlagen auf Seite 14 ist unter Pkt. D.7 auszugsweise Folgendes festgelegt:

„Für die Bewerberauswahl gilt:

?

Bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 1 gelten auch die Eignungsanforderungen für die Lose 2 und 3 als erfüllt;

?

bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 2 (nicht aber für Los 1) gelten auch die Eignungsanforderungen für das Los 3 als erfüllt;

?

bei Erfüllen der Eignungsanforderungen für Los 3 (nicht aber für Los 1 und 2) ist die Eignung nur für das Los 3 gegeben;“

Die Teilnahmeberechtigte verfügt über folgende aufrechte Gewerbeberechtigungen:

?

Handelsgewerbe

?

Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik gemäß § 94 Z 49 GewO
Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik gemäß Paragraph 94, Ziffer 49, GewO

?

Überlassung von Arbeitskräften.

Betreffend Umsatz hat die Teilnahmeberechtigte die Gesamtumsätze für die Geschäftsjahre 2012/2013, 2013/2014 und 2014/2015 nachgewiesen. Der jährliche Gesamtumsatz liegt jeweils über dem in den Bewerbungsunterlagen festgelegten Mindestumsatz von € 4.500.000,00. Die Antragsgegnerin hat die Erfüllung dieser Eignungsanforderung durch die Teilnahmeberechtigte geprüft und das Ergebnis dieser Prüfung im Vergabeakt dokumentiert. Betreffend Umsatz hat die Teilnahmeberechtigte die Gesamtumsätze für die Geschäftsjahre 2012 aus 2013, 2013 aus 2014, und

2014 aus 2015, nachgewiesen. Der jährliche Gesamtumsatz liegt jeweils über dem in den Bewerbungsunterlagen festgelegten Mindestumsatz von € 4.500.000,00. Die Antragsgegnerin hat die Erfüllung dieser Eignungsanforderung durch die Teilnahmeberechtigte geprüft und das Ergebnis dieser Prüfung im Vergabeakt dokumentiert.

Hinsichtlich Referenzprojekte hat die Teilnahmeberechtigte in ihrem Teilnahmeantrag drei Referenzaufträge nachgewiesen. Das Auftragsvolumen liegt jeweils über dem geforderten Mindestauftragsvolumen von € 100.000,00. Die Erfüllung der Anforderung „Leistungszeitraum von maximal 3 Monaten“ ist aus den Referenznachweisen nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat diese Referenznachweise im Zuge der Prüfung der Teilnahmeanträge geprüft und für in Ordnung befunden (Vergabeakt, Ordner II, Lasche 7, Tabelle). Zu den konkreten Leistungszeiträumen hat die Antragsgegnerin nachgeprüft, ob die Aufträge jeweils innerhalb von maximal drei Monaten ausgeführt worden sind, und das Ergebnis im Vergabeakt mit internem Aktenvermerk vom 20.4.2016 (Vergabeakt, Ordner II, Lasche 7, interner Aktenvermerk) festgehalten. Demnach wurden die Referenzaufträge der Teilnahmeberechtigten jeweils innerhalb von maximal drei Monaten ausgeführt.

Hinsichtlich Referenzprojekte hat die Teilnahmeberechtigte in ihrem Teilnahmeantrag drei Referenzaufträge nachgewiesen. Das Auftragsvolumen liegt jeweils über dem geforderten Mindestauftragsvolumen von € 100.000,00. Die Erfüllung der Anforderung „Leistungszeitraum von maximal 3 Monaten“ ist aus den Referenznachweisen nicht ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat diese Referenznachweise im Zuge der Prüfung der Teilnahmeanträge geprüft und für in Ordnung befunden (Vergabeakt, Ordner römisch zwei, Lasche 7, Tabelle). Zu den konkreten Leistungszeiträumen hat die Antragsgegnerin nachgeprüft, ob die Aufträge jeweils innerhalb von maximal drei Monaten ausgeführt worden sind, und das Ergebnis im Vergabeakt mit internem Aktenvermerk vom 20.4.2016 (Vergabeakt, Ordner römisch zwei, Lasche 7, interner Aktenvermerk) festgehalten. Demnach wurden die Referenzaufträge der Teilnahmeberechtigten jeweils innerhalb von maximal drei Monaten ausgeführt.

Hinsichtlich Zertifizierungen hat die Teilnahmeberechtigte anstatt der geforderten Schweißverfahrensprüfungen für die im Vergabeakt, Ordner III, Lasche 20, Tabelle Schweißverfahrensprüfungen mit einem Stern gekennzeichneten Materialien keine Schweißverfahrensprüfungen nachgewiesen, sondern Schweißerprüfungen vorgelegt und ist davon ausgegangen, dass aus diesen Schweißerprüfungen mittelbar hervorginge, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderliche Schweißverfahrensprüfung aufweise. Die Dokumentation im Vergabeakt bestand im Wesentlichen darin, dass festgehalten wurde, dass sich aus den abgelegten Schweißerprüfungen das Vorhandensein der abgelegten Schweißverfahrensprüfung ergeben würde. Es war dem Senat zum Verhandlungstermin 12.1.2017 nicht möglich, die Plausibilität dieser Schlussfolgerung nachzuvollziehen, zumal weder die AG noch die TNB dazu am 12.1.2017 nähere Angaben machen konnten. Erst auf Grund der Durchführung eines im Rahmen der fortgesetzten Verhandlung erfolgten Ermittlungsverfahrens vor dem Senat, das unter anderem die Einvernahme von zwei Zeugen beinhaltete, konnte in Erfahrung gebracht werden, dass die Antragsgegnerin aus einem Firmenkürzel, das in zwei Schweißerzeugnissen in der Zeile betreffend „Hersteller-Schweißanweisung“ eingetragen war, geschlossen hat, dass die Teilnahmeberechtigte mit diesem Firmenkürzel gemeint sei und über die entsprechende Schweißverfahrensprüfung verfügen würde, weil diese Voraussetzung für die Erteilung einer Hersteller-Schweißanweisung im Zuge der Schweißerprüfung sei. Auf die Frage aus dem Senat, warum die TNB nicht einfach das Zeugnis über die entsprechende Schweißverfahrensprüfung vorgelegt habe, wenn sie über dieses verfüge, konnte die Teilnahmeberechtigte keine Angaben machen.

Hinsichtlich Zertifizierungen hat die Teilnahmeberechtigte anstatt der geforderten Schweißverfahrensprüfungen für die im Vergabeakt, Ordner römisch drei, Lasche 20, Tabelle Schweißverfahrensprüfungen mit einem Stern gekennzeichneten Materialien keine Schweißverfahrensprüfungen nachgewiesen, sondern Schweißerprüfungen vorgelegt und ist davon ausgegangen, dass aus diesen Schweißerprüfungen mittelbar hervorginge, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderliche Schweißverfahrensprüfung aufweise. Die Dokumentation im Vergabeakt bestand im Wesentlichen darin, dass festgehalten wurde, dass sich aus den abgelegten Schweißerprüfungen das Vorhandensein der abgelegten Schweißverfahrensprüfung ergeben würde. Es war dem Senat zum Verhandlungstermin 12.1.2017 nicht möglich, die Plausibilität dieser Schlussfolgerung nachzuvollziehen, zumal weder die AG noch die TNB dazu am 12.1.2017 nähere Angaben machen konnten. Erst auf Grund der Durchführung eines im Rahmen der fortgesetzten Verhandlung erfolgten Ermittlungsverfahrens vor dem Senat, das unter anderem die Einvernahme von zwei Zeugen beinhaltete, konnte in Erfahrung gebracht werden, dass die Antragsgegnerin aus einem Firmenkürzel, das in zwei Schweißerzeugnissen in der Zeile betreffend „Hersteller-Schweißanweisung“ eingetragen war, geschlossen hat, dass die Teilnahmeberechtigte mit diesem Firmenkürzel gemeint sei und über die entsprechende

Schweißverfahrensprüfung verfügen würde, weil diese Voraussetzung für die Erteilung einer Hersteller-Schweißanweisung im Zuge der Schweißerprüfung sei. Auf die Frage aus dem Senat, warum die TNB nicht einfach das Zeugnis über die entsprechende Schweißverfahrensprüfung vorgelegt habe, wenn sie über dieses verfüge, konnte die Teilnehmerebene keine Angaben machen.

Das Verhältnis von Schweißverfahrensprüfung und Schweißerprüfung zueinander ist, soweit dies entscheidungsrelevant ist, wie folgt:

Die Schweißverfahrensprüfung ist eine Prüfung, die vom Unternehmen abgelegt wird und andere, zum Teil umfassendere Inhalte hat als die Schweißerprüfung. Die Schweißverfahrensprüfung ist damit eine Qualifikation des Unternehmens. Hingegen ist die Schweißerprüfung eine Prüfung, die vom jeweiligen Schweißer abgelegt wird und dessen Qualifikation als Schweißer nachweist. Für jeweils unterschiedliche Werkstoffgruppen gibt es jeweils unterschiedliche Schweißverfahrensprüfungen und unterschiedliche Schweißerprüfungen.

Im Zuge der Ablegung der Schweißerprüfung muss der Kandidat unter anderem eine ihm vorliegende Hersteller-Schweißanweisung ausführen. Die Hersteller-Schweißanweisung liegt bei Ablegung der Prüfung vor und in dieser sind das Unternehmen, das die Schweißanweisung erteilt hat, und dessen Schweißverfahrensprüfung angeführt. Hat das anweisende Unternehmen die entsprechende Schweißverfahrensprüfung nicht abgelegt, dann kann es lediglich eine provisorische Hersteller-Schweißanweisung erteilen, die dann auch als solche im Zuge der Schweißerprüfung vermerkt wird. Der jeweilige Prüfer kann, wenn er Zweifel am Vorliegen der Schweißverfahrensprüfung des anweisenden Unternehmens haben sollte, dieses Prüfungszeugnis anfordern, wobei jedoch überwiegend keine solchen Zweifel bestehen und keine Anforderung der Schweißverfahrensprüfung durch den Prüfer erfolgt. Der Fokus bei der Schweißerprüfung liegt auf der Prüfung der Qualifikation des jeweiligen Kandidaten und somit nicht auf der Feststellung, ob die in der Hersteller-Schweißanweisung zitierte Schweißverfahrensprüfung auch tatsächlich vorliegt. Es ist daher davon auszugehen, dass die zitierte Schweißverfahrensprüfung in der Regel nicht nachgeprüft wird und die Schweißerprüfung somit in der Regel keinen über eine Selbstdекlaration des jeweiligen Unternehmens deutlich hinausgehenden Nachweis für das Vorhandensein einer Schweißverfahrensprüfung darstellt. Darüber hinaus stellt das bei der Angabe „Hersteller-Schweißanweisung“ eingetragene Firmenkürzel keine verwechslungssichere Bezeichnung der Teilnehmerebene dar.

Betreffend Personalausstattung hat die Teilnehmerebene einen Teil der geforderten Monteure über einen Subunternehmer nachgewiesen. Die Antragsgegnerin ist den Hinweisen durch die Antragstellerin sorgfältig nachgegangen und hat mit Aktenvermerk vom 19.10.2016 ein Prüfergebnis dahingehend festgehalten, dass die Teilnehmerebene die geforderte Personalausstattung von 100 Monteuren ausreichend nachgewiesen hat. Dieses Prüfergebnis ist an Hand des Vergabeaktes nachvollziehbar.

Betreffend gänzliche Weitergabe des Auftrages an ein konzernverbundenes Unternehmen genügt es festzuhalten, dass eine solche weder im Teilnahmeantrag noch im Angebot der Teilnehmerebene vorgesehen ist.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

Die beiden Nichtigerklärungsanträge der Antragstellerin sind rechtzeitig und erfüllen die Formalvoraussetzungen. Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin und führt als solche ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zum losweisen Abschluss jeweils einer Rahmenvereinbarung nach den Bestimmungen des BVergG im Oberschwellenbereich durch. Aus den Rahmenvereinbarungen sollen jeweils im Bedarfsfall Wartungs- und Revisionsleistungen an Kesselanlagen und Kraftwerkskomponenten abgerufen werden, wobei die Teilnehmer des Vergabeverfahrens über Gewerbeberechtigungen für „Arbeitskräfteüberlassung“, „Schlosser und konstruktiver Stahlbau oder Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau und Metallbearbeitung“ sowie „Industrieanlagenbau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen“ zu verfügen haben. Strittig war zunächst, ob es sich dabei um einen Bauauftrag oder um einen Dienstleistungsauftrag handelt.

Laut den Ausschreibungsunterlagen sollte es sich um einen Dienstleistungsauftrag handeln. Die Antragstellerin hielt dem entgegen, dass es sich um einen Bauauftrag handelte.

Die Antragsgegnerin ist vor allem deswegen vom Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages ausgegangen, weil ihrer Einschätzung nach die Anteile der Arbeitskräfteüberlassung an der Leistung gegenüber den Anteilen klassischer Werkleistungen im Sinne der Herstellung von Werken überwiegen würden. Ein solches Überwiegen der Anteile der

Arbeitskräfteüberlassung konnte jedoch vom Senat nicht plausibel nachvollzogen werden. Insbesondere sprechen die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Gewährleistungspflichten am hergestellten Werk für einen klassischen Werkvertrag. Wenn die Antragsgegnerin anführt, dass sie den Ausschreibungsunterlagen zu Folge einen Teil des Gerätes und Werkzeuges zur Verfügung stellen und bei der Ausführung der Arbeiten Anweisungen erteilen würde, so ist ihr entgegen zu halten, dass beides auch bei klassischen Werkverträgen vorkommt und somit noch kein ausreichendes Indiz für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung darstellt. Dass Auftraggeber auch bei klassischen Werkverträgen Geräte und Werkzeug bereitstellen und Anweisungen erteilen, hat beispielsweise zur werkvertragsrechtlichen Ausgestaltung der Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers dahingehend geführt, dass der Werkunternehmer prüfen und den Auftraggeber warnen muss, falls das bereitgestellte Material oder die erteilten Anweisungen offenkundig untauglich sein sollten, woraus bereits hervorgeht, dass die Zurverfügungstellung von Material oder die Erteilung von Anweisungen für sich noch kein ausreichendes Argument für das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung darstellt.

Die auftragsgegenständlichen Werkleistungen konnten auch nicht nach § 4 in Verbindung mit § 174 BVergG einem Bauauftrag zugeordnet werden. Sie stellen nicht „die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer in Anhang I genannten Tätigkeit“ im Sinne des § 4 Z 1 BVergG dar, weil sich die auftragsgegenständlichen Wartungs- und Revisionsleistungen an Kesselanlagen und Kraftwerkskomponenten konkret keinem Tätigkeitsbereich des Anhanges I zum BVergG zuordnen lassen. Sie stellen auch nicht die „Ausführung eines Bauwerkes“ im Sinne des § 4 Z 2 BVergG dar, weil es sich lediglich um Wartungs- und Revisionsleistungen an bereits vorhandenen Bauwerken bzw. mit diesen fest verbundenen Kesselanlagen und Kraftwerkskomponenten und somit nicht um deren Herstellung handelt. Da die gegenständlichen Wartungs- und Revisionsleistungen auch nicht unter § 4 Z 3 BVergG subsumiert werden können und die Auflistung der Bauaufträge im § 4 BVergG abschließend ist, waren die gegenständlichen Wartungs- und Revisionsleistungen und damit der Auftrag insgesamt als Dienstleistungsauftrag einzustufen. Die auftragsgegenständlichen Werkleistungen konnten auch nicht nach Paragraph 4, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG einem Bauauftrag zugeordnet werden. Sie stellen nicht „die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer in Anhang römisch eins genannten Tätigkeit“ im Sinne des Paragraph 4, Ziffer eins, BVergG dar, weil sich die auftragsgegenständlichen Wartungs- und Revisionsleistungen an Kesselanlagen und Kraftwerkskomponenten konkret keinem Tätigkeitsbereich des Anhanges römisch eins zum BVergG zuordnen lassen. Sie stellen auch nicht die „Ausführung eines Bauwerkes“ im Sinne des Paragraph 4, Ziffer 2, BVergG dar, weil es sich lediglich um Wartungs- und Revisionsleistungen an bereits vorhandenen Bauwerken bzw. mit diesen fest verbundenen Kesselanlagen und Kraftwerkskomponenten und somit nicht um deren Herstellung handelt. Da die gegenständlichen Wartungs- und Revisionsleistungen auch nicht unter Paragraph 4, Ziffer 3, BVergG subsumiert werden können und die Auflistung der Bauaufträge im Paragraph 4, BVergG abschließend ist, waren die gegenständlichen Wartungs- und Revisionsleistungen und damit der Auftrag insgesamt als Dienstleistungsauftrag einzustufen.

Bei der Bemessung der Pauschalgebühren war somit vom Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages auszugehen, wobei dieser im Hinblick auf den seitens der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswert das 20-fache des Schwellenwertes überstieg. Es kam daher der gemäß § 2 Abs. 2 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung erhöhte Gebührensatz – das 6-fache der gemäß § 1 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung festgesetzten Gebühr – zur Anwendung. Bei der Bemessung der Pauschalgebühren war somit vom Vorliegen eines Dienstleistungsauftrages auszugehen, wobei dieser im Hinblick auf den seitens der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswert das 20-fache des Schwellenwertes überstieg. Es kam daher der gemäß Paragraph 2, Absatz 2, der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung erhöhte Gebührensatz – das 6-fache der gemäß Paragraph eins, der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung festgesetzten Gebühr – zur Anwendung.

Zur Frage der Befugnis ist Folgendes auszuführen:

Laut den bestandsfesten Teilnahmeunterlagen müssen Teilnahmewerber über folgende Gewerbeberechtigungen verfügen:

?

Arbeitskräfteüberlassung und

?

Schlosser und konstruktiver Stahlbau oder Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau und Metallbearbeitung, und

?

Industrieanlagenbau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen.

Die Teilnahmeberechtigte verfügt über aufrechte Gewerbeberechtigungen für 1. die Überlassung von Arbeitskräften, 2. für Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik und 3. Handelsgewerbe.

Gemäß § 150 Abs. 15 erster Satz GewO sind Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik (§ 94 Z 49 GewO) unter anderem auch zur Ausübung des Gewerbes der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau (§ 94 Z 59 GewO) berechtigt. Die Befugnis der Teilnahmeberechtigten für Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik deckt damit über § 150 Abs. 15 GewO die geforderte Befugnis für Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau ab. Gemäß Paragraph 150, Absatz 15, erster Satz GewO sind Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik (Paragraph 94, Ziffer 49, GewO) unter anderem auch zur Ausübung des Gewerbes der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau (Paragraph 94, Ziffer 59, GewO) berechtigt. Die Befugnis der Teilnahmeberechtigten für Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik deckt damit über Paragraph 150, Absatz 15, GewO die geforderte Befugnis für Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau ab.

Dazu hat die Antragstellerin in der Verhandlung am 19.1.2017 eine Stellungnahme der Landesinnung Wien der Metalltechniker (Beilage .17 zum Verhandlungsprotokoll) vorgelegt, wonach zwar Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik die Tätigkeiten des Metalltechnikers ausüben dürften, dabei aber der Charakter des Mechatronikerbetriebes gewahrt bleiben müsse. Dies würde sich aus einer restriktiven historischen Interpretation ergeben. Die Teilnahmeberechtigte würde die letztgenannte Anforderung im Auftragsfall nicht erfüllen, weshalb sie nicht ausreichend befugt sei.

Wenn die Teilnahmeberechtigte zu diesem Vorbringen der Antragstellerin vorbringt, dass dieses verfristet sei und daher zurückgewiesen werden müsse, so ist der Teilnahmeberechtigten entgegen zu halten, dass dieses Vorbringen lediglich Rechtsausführungen enthält, welche sich innerhalb der geltend gemachten Beschwerdegründe bewegen. Das in Rede stehende Vorbringen der Antragstellerin war bereits aus diesem Grund zulässig. Der darin zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht der Antragstellerin war jedoch nicht zu folgen. Der Gewerbebereichsgesetzgeber hat bei einzelnen Rechten von Gewerbetreibenden im Gesetz explizit ausgedrückt, dass bei der Ausübung dieser Rechte der Charakter des Betriebes gewahrt bleiben muss, beispielsweise im § 150 Abs. 1 GewO für Bäcker bei Ausübung der Verabreichungs- und Ausschankrechte. Beim Recht der Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik, auch Tätigkeiten unter anderem des Metalltechnikers für Metall- und Maschinenbau auszuüben, hat der Gewerbebereichsgesetzgeber keine solche Einschränkung festgelegt. Der Gesetzeswortlaut in seinem Zusammenhang, wonach bei der Ausübung bestimmter Rechte der Charakter des Betriebes gewahrt bleiben muss, bei der Ausübung anderer Rechte hingegen nicht, ist somit nach Ansicht des Senates eindeutig, weshalb das Erfordernis, den Charakter des Betriebes als Mechatronikerbetrieb zu wahren, bei Ausübung des Rechtes, auch Tätigkeiten des Gewerbes der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau auszuüben, nicht besteht. Die diesbezügliche Rechtsansicht der Antragstellerin ist daher unzutreffend. Darüber hinaus wäre auch ein allfälliges gewerberechtliches Erfordernis, bei Ausübung bestimmter Rechte den Charakter des Betriebes zu wahren, im vergaberechtlichen Zusammenhang nicht befugnisrelevant und somit vom Auftraggeber nicht im Rahmen der Beurteilung der Befugnis zu prüfen. Ein allfälliges Erfordernis, den Charakter des Betriebes zu wahren, wäre vielmehr ein gewerberechtliches Ausführungserfordernis, das der Auftragnehmer im Zuge der Ausführung des Auftrages dadurch erfüllen könnte, dass er neben seinen anderen Tätigkeiten ein ausreichendes Auftragsvolumen ausführt, das dem Charakter seines Betriebes entspricht. Müsste ein Auftraggeber im Rahmen der Befugnisprüfung auch der Frage nachgehen, welche anderen Aufträge der Bieter in Zukunft (während der Ausführung des zu vergebenden Auftrages) ausführen wird und ob die anderen Aufträge ausreichen werden, den Charakter seines Betriebes zu wahren, so wäre dies eine nach Ansicht unzulässige Überspannung der Befugnisprüfung. Auf die Auftragslage zum Zeitpunkt der Angebotslegung kann es hingegen bereits deswegen nicht ankommen, weil sich ein etwaiges Erfordernis der Wahrung des Charakters des Betriebes auf die Ausführungsphase des Auftrages bezieht, zumal der Charakter des Betriebes allenfalls in der Ausführungsphase nicht gewahrt werden könnte. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin geht auch deswegen ins Leere. Wenn die Teilnahmeberechtigte zu diesem Vorbringen der Antragstellerin vorbringt, dass dieses verfristet sei und daher zurückgewiesen werden müsse, so ist der Teilnahmeberechtigten entgegen zu halten, dass dieses Vorbringen lediglich Rechtsausführungen enthält, welche sich innerhalb der geltend gemachten Beschwerdegründe bewegen. Das in Rede stehende Vorbringen der Antragstellerin war bereits aus diesem Grund zulässig. Der darin zum Ausdruck gebrachten

Rechtsansicht der Antragstellerin war jedoch nicht zu folgen. Der Gewerbeordnungsgesetzgeber hat bei einzelnen Rechten von Gewerbetreibenden im Gesetz explizit ausgedrückt, dass bei der Ausübung dieser Rechte der Charakter des Betriebes gewahrt bleiben muss, beispielsweise im Paragraph 150, Absatz eins, GewO für Bäcker bei Ausübung der Verabreichungs- und Ausschankrechte. Beim Recht der Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik, auch Tätigkeiten unter anderem des Metalltechnikers für Metall- und Maschinenbau auszuüben, hat der Gewerbeordnungsgesetzgeber keine solche Einschränkung festgelegt. Der Gesetzeswortlaut in seinem Zusammenhang, wonach bei der Ausübung bestimmter Rechte der Charakter des Betriebes gewahrt bleiben muss, bei der Ausübung anderer Rechte hingegen nicht, ist somit nach Ansicht des Senates eindeutig, weshalb das Erfordernis, den Charakter des Betriebes als Mechatronikerbetrieb zu wahren, bei Ausübung des Rechtes, auch Tätigkeiten des Gewerbes der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau auszuüben, nicht besteht. Die diesbezügliche Rechtsansicht der Antragstellerin ist daher unzutreffend. Darüber hinaus wäre auch ein allfälliges gewerberechtliches Erfordernis, bei Ausübung bestimmter Rechte den Charakter des Betriebes zu wahren, im vergaberechtlichen Zusammenhang nicht befugnisrelevant und somit vom Auftraggeber nicht im Rahmen der Beurteilung der Befugnis zu prüfen. Ein allfälliges Erfordernis, den Charakter des Betriebes zu wahren, wäre vielmehr ein gewerberechtliches Ausführungserfordernis, das der Auftragnehmer im Zuge der Ausführung des Auftrages dadurch erfüllen könnte, dass er neben seinen anderen Tätigkeiten ein ausreichendes Auftragsvolumen ausführt, das dem Charakter seines Betriebes entspricht. Müsste ein Auftraggeber im Rahmen der Befugnisprüfung auch der Frage nachgehen, welche anderen Aufträge der Bieter in Zukunft (während der Ausführung des zu vergebenden Auftrages) ausführen wird und ob die anderen Aufträge ausreichen werden, den Charakter seines Betriebes zu wahren, so wäre dies eine nach Ansicht unzulässige Überspannung der Befugnisprüfung. Auf die Auftragslage zum Zeitpunkt der Angebotslegung kann es hingegen bereits deswegen nicht ankommen, weil sich ein etwaiges Erfordernis der Wahrung des Charakters des Betriebes auf die Ausführungsphase des Auftrages bezieht, zumal der Charakter des Betriebes allenfalls in der Ausführungsphase nicht gewahrt werden könnte. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin geht auch deswegen ins Leere.

„Industrieanlagenbau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen“ stellt nach Ansicht des Senates eine unspezifische Bezeichnung dar, die einer eindeutigen Zuordnung zu einem reglementierten Gewerbe (§ 94 GewO) nicht zugänglich ist. Je nach den mit dieser Bezeichnung gemeinten Bau- und Montagetätigkeiten können die Tätigkeiten dem Baumeistergewerbe (z.B. Errichtung eines Hochdruckkessels aus Stahlbeton), dem Handwerk der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau (z.B. „Bauschlosserei“) oder allenfalls einem anderen reglementierten Gewerbe zuzuordnen sein. Hingegen stellen Industrieanlagenbau und Industriemontagen selbst kein spezifisches reglementiertes Gewerbe dar. „Industrieanlagenbau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen“ stellt nach Ansicht des Senates eine unspezifische Bezeichnung dar, die einer eindeutigen Zuordnung zu einem reglementierten Gewerbe (Paragraph 94, GewO) nicht zugänglich ist. Je nach den mit dieser Bezeichnung gemeinten Bau- und Montagetätigkeiten können die Tätigkeiten dem Baumeistergewerbe (z.B. Errichtung eines Hochdruckkessels aus Stahlbeton), dem Handwerk der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau (z.B. „Bauschlosserei“) oder allenfalls einem anderen reglementierten Gewerbe zuzuordnen sein. Hingegen stellen Industrieanlagenbau und Industriemontagen selbst kein spezifisches reglementiertes Gewerbe dar.

Aus dem Zusammenhang – unter anderem aus den geforderten Qualifikationen des Personals und Zertifikaten – ist zu entnehmen, dass offenbar den Werkstoffen Stahl und Metall ein maßgeblicher Stellenwert zukommt und somit der Industrieanlagenbau und die Industriemontagen vor allem mit den Werkstoffen Stahl und Metall erfolgen sollen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass mit Industrieanlagenbau und Industriemontagen eine Gewerbeberechtigung für Baumeister angesprochen sein sollte, wurden gegenständlich nicht vorgebracht und lagen auch nicht vor. In der Verhandlung wurde vielmehr dem allfälligen Vorliegen derartiger Leistungsinhalte widersprochen. Wenn die Teilnahmeberechtigte das festgelegte Erfordernis einer Befugnis für „Industrieanlagenbau (Druckbehälter, Rohrleitungsbau, Hochdruckkessel) und Industriemontagen“ gewerberechtlich mit ihrer Befugnis für Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik abdeckt, kann ihr daher diesbezüglich nicht entgegengetreten werden.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass für die ausgeschriebene Leistung eine Gewerbeberechtigung für Gas- und Sanitärtechnik erforderlich sei, ist entgegen zu halten, dass der Berechtigungsumfang des Gewerbes der Mechatroniker für Metall- und Maschinenbau unter anderem die Herstellung von Konstruktionen des Stahl- und Metallbaues sowie die Anfertigung von Druckbehältern, insbesondere Lager- und Mischbehältern umfasst (vgl. die Metallbau-Meisterprüfungsordnung der Bundesinnung der Metalltechniker) und die Teilnahmewerber bzw. Bieter auf

Grund der Ausschreibung davon ausgehen durften, dass auf Grund der Rahmenvereinbarung neben Leistungen der Arbeitskräfteüberlassung vor allem solche Leistungen der Mechatroniker für Metall- und Maschinenbau abgerufen werden. Indizien für die Annahme, dass aus der Rahmenvereinbarung Leistungen abgerufen würden, für die eine Befugnis als Mechatroniker für Metall- und Maschinenbau nicht ausreicht und eine Befugnis für Gas- und Sanitärtechnik erforderlich ist, waren der Ausschreibung nicht zu entnehmen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass allfällige Leistungen der Gas- und Sanitärtechnik in geringem Umfang, die eigene Leistungen des Mechatronikers für Metall- und Maschinenbau wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 GewO ohnedies durch die Befugnis des Mechatronikers für Metall- und Maschinenbau abgedeckt wären, weshalb sich das Erfordernis einer Befugnis für Gas- und Sanitärtechnik auch nicht auf der Detailebene aus etwaigen ergänzenden Leistungen in geringem Umfang ergeben kann. Die Teilnahmeberechtigte deckt mit ihrer vorhandenen Befugnis als Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik, wie ausgeführt, über § 150 Abs. 15 GewO die erforderliche Befugnis der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau ab. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin geht daher ins Leere. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass für die ausgeschriebene Leistung eine Gewerbeberechtigung für Gas- und Sanitärtechnik erforderlich sei, ist entgegen zu halten, dass der Berechtigungsumfang des Gewerbes der Mechatroniker für Metall- und Maschinenbau unter anderem die Herstellung von Konstruktionen des Stahl- und Metallbaues sowie die Anfertigung von Druckbehältern, insbesondere Lager- und Mischbehältern umfasst (vergleiche die Metallbau-Meisterprüfungsordnung der Bundesinnung der Metalltechniker) und die Teilnahmewerber bzw. Bieter auf Grund der Ausschreibung davon ausgehen durften, dass auf Grund der Rahmenvereinbarung neben Leistungen der Arbeitskräfteüberlassung vor allem solche Leistungen der Mechatroniker für Metall- und Maschinenbau abgerufen werden. Indizien für die Annahme, dass aus der Rahmenvereinbarung Leistungen abgerufen würden, für die eine Befugnis als Mechatroniker für Metall- und Maschinenbau nicht ausreicht und eine Befugnis für Gas- und Sanitärtechnik erforderlich ist, waren der Ausschreibung nicht zu entnehmen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass allfällige Leistungen der Gas- und Sanitärtechnik in geringem Umfang, die eigene Leistungen des Mechatronikers für Metall- und Maschinenbau wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, gemäß Paragraph 32, Absatz eins, Ziffer eins, GewO ohnedies durch die Befugnis des Mechatronikers für Metall- und Maschinenbau abgedeckt wären, weshalb sich das Erfordernis einer Befugnis für Gas- und Sanitärtechnik auch nicht auf der Detailebene aus etwaigen ergänzenden Leistungen in geringem Umfang ergeben kann. Die Teilnahmeberechtigte deckt mit ihrer vorhandenen Befugnis als Mechatroniker für Maschinen- und Fertigungstechnik, wie ausgeführt, über Paragraph 150, Absatz 15, GewO die erforderliche Befugnis der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau ab. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin geht daher ins Leere.

Bei der geforderten Gewerbeberechtigung für „Arbeitskräfteüberlassung“ handelt es sich um ein Synonym für die Gewerbeberechtigung „Überlassung von Arbeitskräften“ (§ 94 Z 72 GewO), über welche die Teilnahmeberechtigte verfügt. Bei der geforderten Gewerbeberechtigung für „Arbeitskräfteüberlassung“ handelt es sich um ein Synonym für die Gewerbeberechtigung „Überlassung von Arbeitskräften“ (Paragraph 94, Ziffer 72, GewO), über welche die Teilnahmeberechtigte verfügt.

Festzuhalten ist, dass sich grundsätzlich bereits aus der Leistungsbeschreibung ergibt, über welche Gewerbeberechtigungen bzw. Befugnisse Teilnahmewerber bzw. Bieter verfügen müssen. Eine zusätzliche Determinierung auch durch ausdrückliche Anführung von geforderten Befugnissen ist einer Bestandsfestigkeit nur eingeschränkt zugänglich, weil etwaige gewerbe- oder sonstige berufsrechtliche Befugnisanforderungen durch den Auftraggeber nicht abgeändert werden können. Im Anfall bestanden jedoch keine Anhaltspunkte für etwaige Divergenzen zwischen einerseits den gewerberechtlich für die Leistungserbringung erforderlichen Befugnissen und andererseits den von der Antragsgegnerin in den Bewerbungsunterlagen als erforderlich bezeichneten Befugnissen. Festzuhalten ist weiters, dass die Teilnahmeberechtigte über die oben angeführten Befugnisse bereits zum Zeitpunkt der Stellung ihres Teilhmeantrages verfügt hat.

Im Anfall ergänzten sich die Leistungsbeschreibung und die festgelegten Erfordernisse an Befugnissen insoweit, als jede dieser Festlegungen für sich alleine Unschärfen aufwies und sich erst aus dem Zusammenwirken beider Festlegungen ergab, welche Befugnisse tatsächlich erforderlich sind. Wenn daher die Teilnahmeberechtigte in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, aus der Festlegung der erforderlichen Befugnisse würde sich ergeben, dass keine Leistungen des Gewerbes der Gas- und Sanitärtechnik abgerufen würden, so ist sie damit insoweit im Recht, als die Leistungsbeschreibung im Zweifel und somit im Fall der Unschärfe so zu verstehen ist, dass Leistungen der

festgelegten Befugnisse gemeint sind. Umgekehrt waren auch die festgelegten Befugnisserfordernisse im Fall der Unschärfe so zu verstehen, dass damit jene Befugnisse als erforderlich festgelegt werden sollten, die nach dem Gewerberecht für die Leistungserbringung erforderlich sind. Die Teilnahmeberechtigte verfügt daher über sämtliche geforderten und erforderlichen Gewerbeberechtigungen.

Betreffend Umsatz ging die Antragstellerin davon aus, dass die in den Bewerbungsunterlagen festgelegten Mindestumsätze für Los 1, 2 und 3 zu kumulieren und somit für eine Angebotslegung in allen drei Losen Mindestumsätze von € 8.250.000,00 erforderlich seien, und dass die Teilnahmeberechtigte diese Mindestumsätze in ihren drei letzten Geschäftsjahren nicht aufweise. Dem ist zum einen entgegen zu halten, dass gemäß Punkt D.7 der Bewerbungsunterlagen bei Erfüllung der Eignungsanforderungen für Los 1 auch die Eignungsanforderungen für die Lose 2 und 3 als erfüllt gelten und daher für ein Anbieten in allen drei Losen Mindestumsätze von € 4.500.000,00 in den letzten drei Geschäftsjahren erforderlich sind. Zum anderen hat die Teilnahmeberechtigte mit ihrem Teilnahmeantrag nachgewiesen, dass sie diese Mindestumsätze erfüllt. Die Antragsgegnerin hat die Erfüllung dieser Eignungsanforderung im Vergabeverfahren geprüft und das Ergebnis im Vergabeakt dokumentiert.

Betreffend Referenzaufträge ist mit der technischen Leistungsfähigkeit für Los 1 zugleich auch die technische Leistungsfähigkeit für die Lose 2 und 3 nachgewiesen. Somit sind 3 Referenzen mit einem Auftragsvolumen von jeweils mindestens € 100.000,00 und einem Leistungszeitraum von maximal 3 Monaten für die Lose 1 bis 3 erforderlich. Die Teilnahmeberechtigte hat mit ihrem Teilnahmeantrag drei Referenzaufträge nachgewiesen, die jeweils einen den Anforderungen entsprechenden Auftragswert ausweisen. Die Antragsgegnerin hat diese Referenzaufträge im Zuge der Prüfung der Teilnahmeanträge überprüft und für in Ordnung befunden. Die Einhaltung eines Leistungszeitraumes von maximal drei Monaten hat die Antragsgegnerin nachgeprüft und das Ergebnis festgehalten. Die Antragsgegnerin ist somit auf nachvollziehbare Weise zu dem Überprüfungsergebnis gelangt, dass die Teilnahmeberechtigte die Referenzanforderungen mit ihrem Teilnahmeantrag nachgewiesen hat.

Betreffend Personalausstattung waren unter anderem mindestens 100 Personen mit Fachausbildung, welche als Monteure eingesetzt werden, nachzuweisen. Die Antragstellerin bezweifelte die Erfüllung dieser Eignungsanforderung durch die Teilnahmeberechtigte im Hinblick auf deren geringe Mitarbeiterzahl. Die Teilnahmeberechtigte hat jedoch diese 100 Monteure mit ihrem Teilnahmeantrag nachgewiesen, wobei sich die Teilnahmeberechtigte zum Teil auf eigenes Personal und zum Teil auf einen Subunternehmer stützte. Die Antragsgegnerin hat die Erfüllung dieser Anforderung überprüft und als erfüllt erachtet sowie das Ergebnis im Vergabeakt dokumentiert. Dieses Prüfergebnis ist aus dem Vergabeakt nachvollziehbar. Die Eignungsanforderung betreffend die 100 Monteure wird somit durch die Teilnahmeberechtigte erfüllt.

Zu den verlangten Zertifizierungen ist Folgendes auszuführen:

Den bestandsfesten Bewerbungsunterlagen zu Folge war „der Nachweis des Bewerbers über Werkstoffeffahrung durch Vorlage von Schweißverfahrensprüfungen“ über bestimmte Materialien nach EN 10216 gefordert. Diese Festlegung ist nach Ansicht des Senates dahingehend zu verstehen, dass die Vorlage eines positiven Zeugnisses über die abgelegte Schweißverfahrensprüfung verlangt ist. Hinsichtlich des Materials 13CrMo44/13VrMo4-5 hat die Teilnahmeberechtigte das verlangte Zeugnis über die abgelegte Schweißverfahrensprüfung nicht vorgelegt. Die Antragsgegnerin hat dies im Zuge der Angebotsprüfung erkannt und im Vergabeakt festgehalten (Aktenvermerk vom 19.10.2016).

Die Antragsgegnerin hat jedoch Schweißerzeugnisse als mittelbaren Nachweis des Vorhandenseins dieser Schweißverfahrensprüfung akzeptiert und dazu festgehalten, dass diese Schweißerprüfungen auf einer Verfahrensprüfung basieren. Dazu hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung im Wesentlichen dargelegt, dass bei den entsprechenden Schweißer-Prüfbescheinigungen jeweils in der Zeile 4 unter „Hersteller-Schweißanweisung“ ein Firmenkürzel eingetragen ist, welches die Teilnahmeberechtigte bezeichnen würde, und dass dieses Firmenkürzel an dieser Stelle so nur eingetragen werden dürfe, wenn die betreffende Firma über die entsprechende Schweißverfahrensprüfung verfüge. Andernfalls hätte an dieser Stelle „vorläufige Hersteller-Schweißanweisung“ eingetragen werden müssen.

Dieser Argumentation ist zunächst entgegen zu halten, dass als Nachweis die Vorlage des Zeugnisses über die abgelegte Schweißverfahrensprüfung verlangt war. Für den Fall, dass ein Prüfungszeugnis abhandenkommt, besteht grundsätzlich die Möglichkeit eines Duplikates. Geht man von der Annahme aus, dass die Teilnahmeberechtigte diese

Schweißverfahrensprüfung abgelegt hat, so ist kein plausibler Grund ersichtlich, warum die Teilnehmereberechtigte ein solches Prüfungszeugnis nicht im Vergabeverfahren oder zumindest im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vorgelegt hat. Auch für die Auftraggeberin wäre es nach Ansicht des Senates am naheliegendsten gewesen, das fehlende Prüfungszeugnis schlicht nachzufordern, zumal der gegenständlich unternommene Versuch eines mittelbaren Nachweises über eine erteilte Hersteller-Schweißanweisung wesentlich aufwendiger ist als das schlichte Nachfordern eines fehlenden Zeugnisses.

Vor allem aber ist der Antragsgegnerin diesbezüglich die Bestandsfestigkeit der Bewerbungsunterlagen entgegen zu halten. In den Bewerbungsunterlagen hat die Antragsgegnerin in auch für sie bindender Weise festgelegt, dass Bewerber bestimmte Nachweise für ihre technische Leistungsfähigkeit vorzulegen haben. Die Nachweise, deren Vorlage bestandsfest gefordert ist, sind daher auch vorzulegen. Ein auf eine natürliche Person ausgestelltes Zeugnis einer abgelegten Schweißerprüfung ist nicht der als erforderlich festgelegte Nachweis der Ablegung der Schweißverfahrensprüfung durch jenes Unternehmen, dessen Firmenkürzel im Schweißerzeugnis unter „Hersteller-Schweißanweisung“ eingetragen ist.

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass der gegenständlich versuchte mittelbare Nachweis gegenüber der schlichten Vorlage des verlangten Zeugnisses eine Reihe von Unsicherheiten aufweist: So ist es die primäre Aufgabe des Prüfers bei der Schweißerprüfung, die Eignung des Kandidaten zu prüfen, und prüft der Prüfer in der Regel nicht nach, ob der Hersteller-Schweißanweisung tatsächlich eine gültige Schweißverfahrensprüfung zu Grunde liegt. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass vom Prüfer gegebenenfalls auch eine Hersteller-Schweißanweisung zu akzeptieren wäre, der keine gültige Schweißverfahrensprüfung zu Grunde liegt, wobei in diesem Fall die Bezeichnung auf „vorläufige Hersteller-Schweißanweisung“ zu ändern wäre. Dazu kommt, dass im Schweißerzeugnis der Verfasser der Hersteller-Schweißanweisung nur durch eine Kurzbezeichnung angegeben ist und damit Verwechslungsmöglichkeiten mit anderen Unternehmen, die gegebenenfalls über eine gleiche Kurzbezeichnung verfügen, Tür und Tor geöffnet wäre.

Der Senat geht weiters davon aus, dass dort, wo im Nachprüfungsverfahren eine kontradiktorische Behandlung des Themas mit dem Antragsteller nicht möglich ist, weil die konkreten Inhalte zum Schutz vor Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen vom Antragsteller geheim gehalten werden müssen, an die Erfordernisse der Transparenz und der Dokumentation erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Soweit eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Antragsteller erfolgen kann, trifft den Antragsteller insoweit eine Mitwirkungspflicht, etwaige Bedenken des erbrachten Nachweises aufzuzeigen. Soweit hingegen Inhalte dem Antragsteller nicht offengelegt werden können, entfällt die diesbezügliche Mitwirkungspflicht des Antragstellers, zumal er mangels inhaltlicher Information insoweit gar nicht mitwirken kann. Das Vorliegen von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen kann jedoch nicht zu Lasten des Antragstellers und des Rechtsschutzes gehen. Der Senat hat somit in den Bereichen, in denen eine kontradiktorische Erörterung mit dem Antragsteller nicht erfolgen kann, die mangelnde Mitwirkungsmöglichkeit des Antragstellers dadurch zu kompensieren, dass er von Amts wegen streng auf die Transparenz der erfolgten Prüfung achtet.

Insgesamt hat daher die Teilnehmereberechtigte die in Rede stehende Schweißverfahrensprüfung nicht in ausreichender Weise nachgewiesen und stellen zwei Schweißerzeugnisse für natürliche Personen, die in der Zeile betreffend Hersteller-Schweißanweisung ein auf die Teilnehmereberechtigte hindeutendes Firmenkürzel aufweisen, keinen ausreichenden Nachweis dafür dar, dass die Teilnehmereberechtigte die betreffende Schweißverfahrensprüfung aufweist.

Zu der von der Antragstellerin behaupteten gänzlichen Weitergabe des Auftrages ist Folgendes festzuhalten: Die Antragstellerin argumentiert, dass die Teilnehmereberechtigte möglicher Weise eine gänzliche Weitergabe des Auftrages an ein konzernverbundenes Unternehmen vorgesehen hätte und eine solche gänzliche konzerninterne Auftragsweitergabe wettbewerbswidrig und vergaberechtlich unzulässig sei. Dieses Vorbringen führt den Nachprüfungsantrag nicht zum Erfolg. Eine solche gänzliche Weitergabe ist weder im Teilnahmeantrag noch im Angebot vorgesehen, weshalb die Antragsgegnerin keinen vergaberechtlichen Anlass hatte, sich im Vergabeverfahren mit einer solchen gänzlichen Weitergabe zu befassen. Die Frage, ob die Teilnehmereberechtigte allenfalls in der Ausführungsphase eine solche gänzliche Auftragsweitergabe anstrebt, stellt keine Frage des Vergabeverfahrens dar und ist daher weder im Vergabeverfahren noch im Nachprüfungsverfahren zu prüfen. Darüber hinaus ergeben sich aus dem Vergabeakt auch keinerlei Hinweise, die eine solche Absicht nahelegen würde.

Festzuhalten ist schließlich, dass der Prüfumfang des Verwaltungsgerichtes grundsätzlich durch das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag begrenzt ist. Wenn die Beschwerdeführerin daher in der mündlichen Verhandlung versucht hat, neues Vorbringen zu erstatten, so war auf dieses, soweit es durch das ursprüngliche Beschwerdevorbringen nicht umfasst ist, nicht einzugehen. Das Vorbringen der Teilnahmeberechtigten, der Senat möge das Vorbringen der Antragstellerin, soweit dieses beim zweiten Verhandlungstermin neu erstattet worden ist, zurückweisen und die entsprechenden Beweise nicht aufnehmen, war insoweit berechtigt. Darüber hinaus war das Vorbringen der Antragstellerin betreffend das Fehlen der Schweißverfahrensprüfung bereits ausreichend, ihre Anträge zum Erfolg zu führen, sodass auch aus diesem Grund kein Anlass bestand, auf weiteres Vorbringen der Antragstellerin einzugehen.

Auf das Wesentlichste zusammengefasst war die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen, die Teilnahmeberechtigte würde nicht über alle nach den Bewerbungsunterlagen erforderlichen Schweißverfahrensprüfungen verfügen, erfolgreich, weil die Teilnahmeberechtigte eine der erforderlichen Schweißverfahrensprüfungen nicht durch ein Prüfungszeugnis nachgewiesen hatte und die Anführung einer Hersteller-Schweißanweisung in zwei Zeugnissen über abgelegte Schweißerprüfungen keinen ausreichenden Nachweis der Ablegung der Schweißverfahrensprüfung durch die Teilnahmeberechtigte darstellt. Die angefochtenen Entscheidungen waren daher nichtig zu erklären.

Gemäß § 16 Abs. 1 WVRG hat die vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 15 WVRG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin war mit ihrem Antrag erfolgreich, da dieser zur Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung geführt hat. Die Antragstellerin hat daher spruchgemäß Anspruch auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin. Gemäß Paragraph 16, Absatz eins, WVRG hat die vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 15, WVRG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Die Antragstellerin war mit ihrem Antrag erfolgreich, da dieser zur Nichtigkeitsklärung der angefochtenen Entscheidung geführt hat. Die Antragstellerin hat daher spruchgemäß Anspruch auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision

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

Schlagworte

Abgrenzung Dienstleistungsauftrag – Werkvertrag - Bauauftrag, Leistungsbeschreibung, für die Leistung erforderliche Gewerbeberechtigungen, Berechtigungsumfang eines Gewerbes, Überspannung der Befugnisprüfung, für die Leistungserbringung erforderliche Befugnisse der Bieter, Nachweis für technische Leistungsfähigkeit, Schweißverfahrensprüfungen, fehlendes Prüfungszeugnis, mittelbarer Nachweis, kontradiktorische Erörterung, Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Mitwirkungspflicht, Transparenz

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2017:VGW.123.077.14789.2016

Zuletzt aktualisiert am

20.02.2017

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at