

TE Lvwg Erkenntnis 2016/3/10 VGW-123/072/1421/2016

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.03.2016

Entscheidungsdatum

10.03.2016

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2014 §7 Abs2 Z2

WVRG 2014 §20 Abs1

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §19 Abs1 letzter Satz

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §129

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den

Richter Dr. Oppel über den Antrag des I. e.U., vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29.1.2016 betreffend das Vergabeverfahren "A.", Elektroinstallationsarbeiten, GZ: MA 34 55215B/2015 bzw. LV34 ID\AH-B01-5521B-2015-SRR, Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag.a Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag des römisch eins. e.U., vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29.1.2016 betreffend das Vergabeverfahren "A.", Elektroinstallationsarbeiten, GZ: MA 34 55215B/2015 bzw. LV34 ID\AH-B01-5521B-2015-SRR, zu Recht erkannt:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29.1.2016 wird abgewiesenrömisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29.1.2016 wird abgewiesen.

II. Der Antragsteller hat die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragenrömisch zwei. Der Antragsteller hat die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.römisch drei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, Bau- und Gebäudemanagement (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich "A.", Elektroinstallationsarbeiten, GZ: MA 34 55215B/2015 bzw. LV34 ID\AH-B01-5521B-2015-SRR. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Der Leistungsbeginn war mit 1.12.2015 vorgesehen. Die Laufzeit des Vertrages soll 3 Jahre betragen, wobei eine Verlängerung möglich ist. Die Leistungen werden bei Bedarf von der Antragsgegnerin abgerufen.

Die Angebote waren bis 18.9.2015 zu legen, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Der Antragsteller legte fristgerecht ein Angebot und war nach den bei der Angebotsöffnung verlesenen Preisen zweitgereiht hinter der „S. GmbH“. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 12.1.2016 hat die Auftraggeberin die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidungen versendet. Darin wird die Absicht bekanntgegeben, der „Bietergemeinschaft S. GmbH – E. GmbH“ in Wien den Zuschlag zu erteilen. Diese Entscheidung wurde vom Antragsteller mit Antrag vom 22.1.2016 angefochten.

Der Antragsteller beantragte u.a. die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Zuschlagserteilung bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens untersagt werden möge. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 27.1.2016, Zahl VGW-123/074/836/2016-3, wurde die beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Mit Schreiben vom 29.1.2016 wurde der Antragsteller von der Antragsgegnerin darüber in Kenntnis gesetzt, dass sein Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden werde. Als Begründung führte die Antragsgegnerin aus, dass dem Antragsteller am 22.1.2016 eine Nachfrist für nachzureichende Unterlagen gemäß § 126 BVergG 2006 eingeräumt worden sei. Bei den nachzureichenden Unterlagen habe es sich um Angaben zur Leistungsfähigkeit gehandelt. Die Aufklärungsergebnisse seien fristgerecht eingelangt. Die nachgereichten Unterlagen wiesen die P. Personalservice GmbH aus, welche im Auftragsfall das Personal zwecks Abwicklung und Anstellung dem Antragsteller überlasse. Das Aufklärungsergebnis zeige, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Leistungsfähigkeit nicht gegeben gewesen sei. Es sei kein Subunternehmer für die Überlassung von Arbeitskräften beantragt worden (siehe auch Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen WD 307, Abschnitt 3). Daher sei das Angebot auszuschneiden.Mit Schreiben vom 29.1.2016 wurde der Antragsteller von der Antragsgegnerin darüber in Kenntnis gesetzt, dass sein Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ausgeschieden werde. Als Begründung führte die Antragsgegnerin aus, dass dem Antragsteller am 22.1.2016 eine Nachfrist für nachzureichende Unterlagen gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 eingeräumt worden sei. Bei den nachzureichenden Unterlagen habe es sich um Angaben zur Leistungsfähigkeit gehandelt. Die Aufklärungsergebnisse seien fristgerecht eingelangt. Die nachgereichten Unterlagen wiesen die P. Personalservice GmbH aus, welche im Auftragsfall das Personal zwecks Abwicklung und Anstellung dem Antragsteller überlasse. Das Aufklärungsergebnis zeige, dass zum Zeitpunkt der

Angebotsöffnung die Leistungsfähigkeit nicht gegeben gewesen sei. Es sei kein Subunternehmer für die Überlassung von Arbeitskräften beantragt worden (siehe auch Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen WD 307, Abschnitt 3). Daher sei das Angebot auszuschneiden.

Diese Ausscheidensentscheidung sollte dem Antragsteller bereits am 26.1.2016 per Fax zugestellt werden. Da diese Zustellung an eine falsche Faxadresse erfolgte, langte das Schreiben jedoch nicht beim Antragsteller ein. Die neuerliche Übermittlung am 29.1.2016 war erfolgreich, weshalb davon auszugehen ist, dass die Ausscheidensentscheidung an diesem Datum erfolgte. Dies wurde von den Parteien nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung nicht mehr bestritten.

Die Antragsgegnerin hatte bereits mit Schriftsatz vom 27.1.2016 im Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, dass es dem Antragsteller aus ihrer Sicht an der Antragslegitimation für diesen Nachprüfungsantrag mangle, da sein Angebot ausgeschieden worden sei. Aus dem ANKÖ-Auszug des Antragstellers sei hervorgegangen, dass er zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine abgabepflichtigen Mitarbeiter gehabt habe. Er sei daher von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22.1.2016 aufgefordert worden, bis 26.1.2016, 12 Uhr, bekanntzugeben, wie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß erbracht werden könnten bzw. sei er gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 und § 75 Abs. 6 Z 6 BVergG 2006 zur Angabe der beschäftigten Dienstnehmer sowie zur Übermittlung der Anmeldebestätigungen dieser Mitarbeiter bei der Gebietskrankenkasse ersucht worden. Die Antragsgegnerin hatte bereits mit Schriftsatz vom 27.1.2016 im Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung mitgeteilt, dass es dem Antragsteller aus ihrer Sicht an der Antragslegitimation für diesen Nachprüfungsantrag mangle, da sein Angebot ausgeschieden worden sei. Aus dem ANKÖ-Auszug des Antragstellers sei hervorgegangen, dass er zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine abgabepflichtigen Mitarbeiter gehabt habe. Er sei daher von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 22.1.2016 aufgefordert worden, bis 26.1.2016, 12 Uhr, bekanntzugeben, wie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß erbracht werden könnten bzw. sei er gemäß Paragraph 74, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 und Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 6, BVergG 2006 zur Angabe der beschäftigten Dienstnehmer sowie zur Übermittlung der Anmeldebestätigungen dieser Mitarbeiter bei der Gebietskrankenkasse ersucht worden.

Der Antragsteller habe innerhalb offener Frist ein Übereinkommen mit der P. Personalservice GmbH vom 14.9.2015, somit vor der Angebotsöffnung vom 18.9.2015, übermittelt, aus dem hervorgehe, dass entsprechendes Personal zur Verfügung gestellt werde. Da Arbeitskräfteüberlasser gemäß Punkt 3 der allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307) als Subunternehmer gelten würden und gemäß Punkt 3.2 der WD 307 Subunternehmer bereits bei Angebotsabgabe bekannt zu geben und auch zu benennen seien sowie eine Subunternehmererklärung mit dem Angebot vorzulegen sei, der Antragsteller jedoch keinen Subunternehmer genannt hätte, sei sein Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Dies sei dem Antragsteller am 26.1.2016 unter Anführung des Ausscheidensgrundes mitgeteilt worden. Der Antragsteller habe innerhalb offener Frist ein Übereinkommen mit der P. Personalservice GmbH vom 14.9.2015, somit vor der Angebotsöffnung vom 18.9.2015, übermittelt, aus dem hervorgehe, dass entsprechendes Personal zur Verfügung gestellt werde. Da Arbeitskräfteüberlasser gemäß Punkt 3 der allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307) als Subunternehmer gelten würden und gemäß Punkt 3.2 der WD 307 Subunternehmer bereits bei Angebotsabgabe bekannt zu geben und auch zu benennen seien sowie eine Subunternehmererklärung mit dem Angebot vorzulegen sei, der Antragsteller jedoch keinen Subunternehmer genannt hätte, sei sein Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 wegen fehlender technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden gewesen. Dies sei dem Antragsteller am 26.1.2016 unter Anführung des Ausscheidensgrundes mitgeteilt worden.

Mit Schriftsatz vom 28.1.2016 erstattete der Antragsteller ebenfalls im Nachprüfungsverfahren zur Zuschlagsentscheidung eine Stellungnahme, in der er ausführte, dass das Argument, das Angebot des Antragstellers habe ausgeschieden werden müssen, da Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer anzusehen seien und dementsprechend bereits mit dem Angebot bekannt zu geben gewesen wären, inhaltlich falsch sei. Die P. Personalservice GmbH spiele bei der Auftragsdurchführung keine Rolle. Es handle sich nicht um Arbeitskräfteüberlassung. Die erforderlichen Mitarbeiter würden bei dieser Gesellschaft ausscheiden und vom Antragsteller als echte Dienstnehmer angestellt. Es handle sich daher um Eigenpersonal des Antragstellers. Damit erfülle der Antragsteller auch die Anforderungen der Ausschreibung bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit.

Es sei allgemein anerkannt, dass im relevanten Vorliegenszeitpunkt zwar eine rechtlich gesicherte, nicht aber eine

faktische Verfügbarkeit erforderlich sei. Dafür sei ein entsprechender schriftlicher Nachweis erforderlich.

Im Übrigen habe die Antragsgegnerin keine Mindestanforderungen an das Personal und/oder die Vorlage von Nachweisen gefordert. Die Vorlage der Bestätigung der P. Personalservice GmbH erst nach Aufforderung durch die Antragsgegnerin stelle allenfalls einen behebbaren Mangel dar.

Mit Schriftsatz vom 5.2.2016 stellte der Antragsteller den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Nachprüfung bzw. Nichtigkeitsklärung der Ausscheidensentscheidung vom 29.1.2016. Nach Vorbringen zur Zulässigkeit des Antrags insbesondere im Hinblick auf die Rechtzeitigkeit (erste fehlgeschlagene Zustellung der Ausscheidensentscheidung am 26.1.2016, Benachrichtigung des Antragstellers durch das Verwaltungsgericht Wien am 28.1.2016, neuerliche Zustellung am 29.1.2016), zum Interesse des Antragstellers am Vertragsabschluss und zu dem dem Antragsteller entstandenen bzw. drohenden Schaden führt der Antragsteller aus, dass gegenständlich keine Arbeitskräfteüberlassung stattfinde. Die P. Personalservice GmbH spiele bei der Auftragsdurchführung und Leistungserbringung keine Rolle. Das typische Dreiecksverhältnis zwischen Überlasser, Beschäftigter und Arbeitskraft liege nicht vor.

Während die Arbeitnehmer im Falle einer Arbeitskräfteüberlassung weiterhin einen Dienstvertrag mit dem Überlasser hätten und nur die Leistungen im Betrieb des Beschäftigers erbrächten, würden die benötigten Arbeitskräfte im vorliegenden Fall beim Antragsteller als echte Dienstnehmer angestellt und würden damit zu dessen Eigenpersonal. Ein Vertragsverhältnis der Dienstnehmer zur P. Personalservice GmbH bestünde dann nicht mehr. Die Argumentation der Antragsgegnerin zur Eigenschaft von Arbeitskräfteüberlassern als Subunternehmer laufe daher ins Leere.

Für das Heranziehen von Eigenpersonal enthalte die Ausschreibung jedoch keine formalen fixen Mindestanforderungen oder Nachweispflichten. In SR 75 werde in Punkt 13 ausschließlich eine Eigenerklärung gemäß Punkt 13.08.4 verlangt. Es sei auch keine Mindestpersonalausstattung in der Vergangenheit als Eignungskriterium festgelegt. Die Antragsgegnerin sei an ihre eigenen Festlegungen gebunden, sie dürfe daher nicht nachträglich neue Eignungskriterien einführen oder darüber hinausgehende Nachweise verlangen. Weiters seien Mindestanforderungen nach der Judikatur des Verwaltungsgerichts Wien im Zweifel weit auszulegen, was umso mehr gelten müsse, wenn solche Anforderungen überhaupt fehlten.

Der Antragsteller hätte sich, wie aus dem Datum der Bestätigung der P. Personalservice GmbH ersichtlich sei, die Mitarbeit ausreichenden Personals schon vor Ende der Ausschreibungsfrist gesichert. Er habe daher zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die erforderliche (personal-)technische Leistungsfähigkeit aufgewiesen. Daraus gehe hervor, dass der Antragsteller über die erforderlichen Arbeitskräfte zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zwar nicht faktisch, jedoch rechtlich gesichert für den Zeitpunkt des Leistungsbeginns verfügt habe, was nach der Judikatur des BVA und des Verwaltungsgerichts Wien ausreiche.

Der Antragsteller habe nicht nur mit der P. Personalservice GmbH, sondern auch mit den einzelnen Personen entsprechende Vereinbarungen getroffen. Dies sei mit dem vorgelegten Schreiben der P. Personalservice GmbH ausreichend nachgewiesen.

Die Ausschreibung habe keine Verpflichtung zur Vorlage einer Erklärung mit dem Angebot vorgesehen. Selbst wenn man jedoch davon ausgehe, dass eine Erklärung vorzulegen gewesen wäre, stelle deren Fehlen jedenfalls nur einen behebbaren Mangel dar, der vom Antragsteller ordnungsgemäß behoben wurde, indem er dem Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 22.1.2016 vollständig nachgekommen sei.

Im Übrigen seien die von der Antragsgegnerin zitierten Bestimmungen der §§ 74 Abs. 2 Z 1 und 75 Abs. 6 Z 6 BVergG 2006 vorliegend nicht anwendbar, weil in der Ausschreibung hinsichtlich des Personals keine Mindestanforderungen oder Nachweispflichten festgelegt worden seien. Auch gehe es gegenständlich nicht um die in § 74 BVergG 2006 geregelte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Im Übrigen seien die von der Antragsgegnerin zitierten Bestimmungen der Paragraphen 74, Absatz 2, Ziffer eins und 75 Absatz 6, Ziffer 6, BVergG 2006 vorliegend nicht anwendbar, weil in der Ausschreibung hinsichtlich des Personals keine Mindestanforderungen oder Nachweispflichten festgelegt worden seien. Auch gehe es gegenständlich nicht um die in Paragraph 74, BVergG 2006 geregelte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

Der von der Antragsgegnerin herangezogene Ausscheidensgrund sei daher nicht vorgelegen. Hätte die Antragsgegnerin darüber hinaus Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit des Antragstellers gehabt, wäre sie dazu

verpflichtet gewesen, dem Antragsteller diesbezüglich eine Aufklärungsmöglichkeit einzuräumen. Dies könne auch nicht durch das Verwaltungsgericht Wien nachgeholt werden, da dieses nicht die Aufgabe habe, vom Auftraggeber versäumte Schritte im Vergabeverfahren nachzuholen. Vielmehr wäre die Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin in diesem Fall nicht abgeschlossen, die Ausscheidensentscheidung wäre als nichtig zu erklären und der Antragsgegnerin eine weitere Prüftätigkeit aufzutragen.

Dieser Antrag wurde der Antragsgegnerin zur Kenntnis und zur Stellungnahme übermittelt.

Die Antragsgegnerin entgegnete, dass sie verpflichtet gewesen sei, den Antragsteller gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuscheiden, da dessen technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben gewesen sei. Der Antragsteller sei mit Schreiben vom 22.1.2016 aufgefordert worden, bekannt zu geben, wie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß erbracht werden könnten bzw. er sei gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 und § 75 Abs. 6 Z 6 BVergG 2006 um Angabe der Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer und Übermittlung der Anmeldebestätigungen dieser Mitarbeiter bei der Gebietskrankenkasse ersucht worden. Der Antragsteller habe daraufhin ein mit 14.9.2015 und damit vor dem Angebotsöffnungstermin am 18.9.2015 datiertes Übereinkommen mit der P. Personalservice GmbH vorgelegt, wonach entsprechendes Personal zur Verfügung gestellt würde. Die Antragsgegnerin entgegnete, dass sie verpflichtet gewesen sei, den Antragsteller gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 auszuscheiden, da dessen technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben gewesen sei. Der Antragsteller sei mit Schreiben vom 22.1.2016 aufgefordert worden, bekannt zu geben, wie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß erbracht werden könnten bzw. er sei gemäß Paragraph 74, Absatz 2, Ziffer eins und Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 6, BVergG 2006 um Angabe der Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer und Übermittlung der Anmeldebestätigungen dieser Mitarbeiter bei der Gebietskrankenkasse ersucht worden. Der Antragsteller habe daraufhin ein mit 14.9.2015 und damit vor dem Angebotsöffnungstermin am 18.9.2015 datiertes Übereinkommen mit der P. Personalservice GmbH vorgelegt, wonach entsprechendes Personal zur Verfügung gestellt würde.

Das Angebot des Antragstellers habe ausgeschieden werden müssen, da gemäß Punkt 3 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307) Arbeitskräfteüberlasser als Subunternehmer gelten würden und gemäß Punkt 3.2. der WD 307 Subunternehmer zwingend bereits bei der Angebotsabgabe bekanntzugeben seien. Die Subunternehmererklärung sei unbedingt mit dem Angebot vorzulegen. Auf Seite 3 der MD BD-SR 75 sei anzugeben, dass der Antrag auf Genehmigung eines Subunternehmers und die Erklärung des Subunternehmers dem Angebot beigegeben seien.

Die vom Antragsteller zitierten Bestimmungen aus der WD 314 bezögen sich auf die Vertragsabwicklung, gegenständlich seien ausschließlich die Bestimmungen der WD 307 anzuwenden.

Die von der Antragsgegnerin nachgeforderten Auskünfte bzw. Nachweise seien vom Antragsteller nicht beigebracht worden, weshalb kein Zweifel an der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit des Antragstellers vorgelegen sei. Eine weitere Präzisierungsaufforderung sei ebenfalls nicht erforderlich gewesen, da allenfalls die Vereinbarungen mit den einzelnen Arbeitnehmern statt den Anmeldebestätigungen bei der Gebietskrankenkasse vorgelegt hätten werden können, was jedoch nicht der Fall gewesen sei. Diese Vereinbarung hätte jedenfalls dem Angebot beigelegt werden müssen. Der Antragstellerin mangle es somit hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung an der Antragslegitimation.

Mit Schriftsatz vom 4.3.2016 brachte der Antragsteller dazu vor, der Umstand, dass vom Antragsteller keine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern bekanntgegeben worden sei, könne nicht zum Ausscheiden des Antragstellers führen, da in der Bestätigung der P. Personalservice GmbH ohnedies auf eine Personenzahl, nämlich auf das in der Ausschreibung angeführte Stammpersonal, Bezug genommen worden sei. Allerdings sei das Aufklärungsersuchen vom 22.2.2016 gar nicht in diese Richtung präzisiert gewesen; Eine Mitarbeiteranzahl sei nicht abgefragt worden. Eine unvollständige Aufklärung könne aber nur dann vorliegen, wenn dem Bieter konkrete Fragen gestellt würden.

Weiters seien in der Ausschreibung für das Personal keine Mindestanforderungen definiert worden. Es gebe daher gar keine Mindestanzahl an Personen, über die der Bieter verfügen müsse. Es stehe daher, orientiert an den zu erfüllenden Leistungen, im Ermessen des Bieters, wie er die Auftragsdurchführung organisiere und wie viele Personen er dafür benötige. Würde die Antragsgegnerin nunmehr eine gewisse Personalausstattung fordern, wäre dies ausschreibungswidrig.

Auch der Hinweis in den besonderen Vertragsbestimmungen könne nicht zu einer Mindestanforderung umgedeutet werden, da darin relativierende Wörter verwendet würden. Weiters handle es sich dabei um Vertragsbestimmungen,

die das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nach Vertragsabschluss regeln sollen, und nicht um Eignungsanforderungen. Es wäre daher überschießend und gleichheitswidrig, vom Antragsteller die Nennung der für die Auftragserbringung vorgesehenen Personenanzahl aufzutragen. Allenfalls hätte dies einer weiteren und präziseren Nachfrage bedurft.

Zu den von der Antragsgegnerin vermissten Vereinbarungen mit dem Personal sei festzuhalten, dass keine Personal-Mindestanforderungen festgelegt worden seien. Die Antragsgegnerin habe in der Ausschreibung auch keine spezielle Form des Nachweises vorgegeben. Sie könne daher auch keine spezielle Form des Nachweises verlangen.

Bei den im Vorfeld der Angebotsabgabe getroffenen Vereinbarungen handle es sich nicht um unverbindliche Absichtserklärungen, sondern der Antragsteller hätte bei Nichteinhaltung zivilrechtliche Ansprüche. Es lägen auch Vereinbarungen mit den einzelnen Personen vor. Danach habe die Antragsgegnerin aber nicht zielgerichtet gefragt. Es sei daher unrichtig, dass der Antragsteller es unterlassen habe, trotz Aufforderung entsprechende Dokumente vorzulegen.

Aufgrund des o.a. Nachprüfungsantrags wurde am 10.3.2016 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Zunächst wird festgehalten, dass die Ausscheidensentscheidung am 29.1.2016 an den Antragsteller übermittelt wurde. Die Eventualanträge des Antragstellers hinsichtlich anderer Ausscheidensentscheidungen sind daher nicht mehr verfahrensgegenständlich.

Die Ausscheidensentscheidung, das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 22.1.2016 und die Aufklärung des Antragstellers vom 26.1.2016 werden besprochen. Der Antragsteller verweist dazu auf sein schriftliches Vorbringen.

Die Antragsgegnerin bringt vor, dass vom Antragsteller im Zuge der Aufklärung keine bestimmte Anzahl an Arbeitnehmern bekannt gegeben worden sei, und zwar weder im Aufklärungsschreiben noch im Schreiben der P. GmbH. Hingewiesen werde auf den Langtext der Leistungsbeschreibung und die besonderen Vertragsbestimmungen der MA 34 – ID wonach für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen 6-8 Partien (Monteur und Helfer) und ein Montageleiter bzw. verantwortlicher Monteur erforderlich seien. Darüber hinaus wurden in der Ausschreibung keine Festlegungen zur Anzahl oder Fähigkeiten des Personals getroffen. Verwiesen werde diesbezüglich auf die gesetzlichen Regelungen, wonach der Auftrag nur einem geeigneten Bieter erteilt werden dürfe. Die Dienstnehmer müssten die erforderliche Ausbildung aufweisen, die für die Erbringung des jeweiligen Auftrages erforderlich sei. Gegenständlich handle es sich um einen Auftrag, der sich im Bereich eines sensiblen Gewerbes befinde. Es seien daher Dienstnehmer zu beschäftigen, die eine Ausbildung in Elektrotechnik hätten.

Der Antragsteller entgegnet, bei den angeführten Anforderungen an das Personal handle es sich um Vertragsbestimmungen und nicht um Festlegungen zur technischen Leistungsfähigkeit. Es sei daher Sache der Bieter, wie sie die Erbringung des Auftrages bewerkstelligen würden. Der Antragsteller erfülle die Voraussetzungen, da er über ausreichend Personal mit der erforderlichen Ausbildung verfüge. Fraglich sei jedoch, ob dies bereits mit dem Angebot oder der Aufklärung nachzuweisen gewesen wäre. Wenn die Antragsgegnerin die Aufklärung nicht als ausreichend erachtet hätte, wäre sie verpflichtet gewesen eine neuerliche Nachfrage diesbezüglich zu machen. Im Übrigen frage sich der Antragsteller, ob das Vorhandensein des erforderlichen Personals auch bei der Teilnahmeberechtigten überprüft worden sei.

Die Antragsgegnerin entgegnet, dass die entsprechenden Unterlagen aus dem Vergabeakt ersichtlich seien. Die Mindestausstattung für die Vertragsdurchführung sei aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgegangen. Das Aufklärungsschreiben war präzise genug formuliert. Der Antragsteller habe jedoch trotzdem die Anzahl der Dienstnehmer nicht bekannt gegeben.

Außer Streit gestellt wird, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über keine Mitarbeiter verfügte. Die Antragsgegnerin bringt dazu vor, dass sie davon ausgegangen sei, dass die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügten. Der Antragsteller hält dem entgegen, dass laut ständiger Judikatur der Nachweis ausreiche, dass der Bieter zum Leistungsbeginn über die erforderlichen Mitarbeiter verfügen werde. Auf Frage aus dem Senat teilt der Antragsteller mit, dass die Beschaffung der erforderlichen Arbeitskräfte derart geplant war, dass diese Arbeitskräfte bei der P. GmbH kündigen würden und beim Antragsteller ein Dienstverhältnis eingehen würden. Die Mitarbeiter hätten dieser Vorgangsweise zugestimmt.

Die Antragsgegnerin hält dazu fest, dass eine Vereinbarung mit den Mitarbeitern der P. GmbH bis dato nicht vorgelegt worden sei.

Der Antragsteller entgegnet, dass eine solche Vereinbarung auch nicht eingefordert worden sei. Auf die Vereinbarungen sei jedoch in der Bestätigung der P. GmbH hingewiesen worden. Verwiesen werde auf § 75 Abs. 6 Zif 2 BVergG 2006, wonach Nachweise über die dem Unternehmer bei der Ausführung des Auftrags zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte gefordert werden könnten. Daraus gehe hervor, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht alle für die Auftragserfüllung erforderlichen Arbeitskräfte bereits beim Bieter angestellt sein müssten. Der Antragsteller entgegnet, dass eine solche Vereinbarung auch nicht eingefordert worden sei. Auf die Vereinbarungen sei jedoch in der Bestätigung der P. GmbH hingewiesen worden. Verwiesen werde auf Paragraph 75, Absatz 6, Zif 2 BVergG 2006, wonach Nachweise über die dem Unternehmer bei der Ausführung des Auftrags zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte gefordert werden könnten. Daraus gehe hervor, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht alle für die Auftragserfüllung erforderlichen Arbeitskräfte bereits beim Bieter angestellt sein müssten.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass sie sich in ihrem Aufklärungsschreiben auf § 75 Abs. 6 Zif. 6 bezogen habe. Weiters handle es sich bei der vom Antragsteller zitierten Gesetzesstelle um eine Regelung im Zusammenhang mit der Qualitätskontrolle, was gegenständlich nicht vorliege. Nach Ansicht der Antragsgegnerin müssten die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zumindest das Stammpersonal aufweisen.“Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass sie sich in ihrem Aufklärungsschreiben auf Paragraph 75, Absatz 6, Zif. 6 bezogen habe. Weiters handle es sich bei der vom Antragsteller zitierten Gesetzesstelle um eine Regelung im Zusammenhang mit der Qualitätskontrolle, was gegenständlich nicht vorliege. Nach Ansicht der Antragsgegnerin müssten die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung zumindest das Stammpersonal aufweisen.“

Ergänzend zum oben wiedergegebenen Sachverhalt, der als erwiesen angesehen wird, trifft das Verwaltungsgericht Wien anhand des von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeaktes, dessen inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 10.3.2016 folgende weitere entscheidungswesentliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Ausschreibung ist bestandfest. Die Antragsgegnerin ist ein öffentliches Unternehmen gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages. Einziges Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Die Ausschreibung ist bestandfest.

Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt dreizehn Bieter, darunter der Antragsteller, beteiligt und ein Angebot gelegt. Die Angebotsöffnung fand am 18.9.2015 unter Beisein der Bieter statt. Das Angebot des Antragstellers stellte das zweitbilligste dar.

Am 12.1.2016 erging die Zuschlagsentscheidung, hinsichtlich derer zur Zahl VGW-123/072/835/2016 beim Verwaltungsgericht Wien am 22.1.2016 ein Nachprüfungsantrag des Antragstellers gestellt wurde. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung vom 5.2.2016, mit dem die Ausscheidensentscheidung vom 29.1.2016 angefochten wird, richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Er enthält die gemäß § 23 Abs. 1 WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse des Antragstellers am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag ist rechtzeitig. Am 12.1.2016 erging die Zuschlagsentscheidung, hinsichtlich derer zur Zahl VGW-123/072/835/2016 beim Verwaltungsgericht Wien am 22.1.2016 ein Nachprüfungsantrag des Antragstellers gestellt wurde. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung vom 5.2.2016, mit dem die Ausscheidensentscheidung vom 29.1.2016 angefochten wird, richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Er enthält die gemäß Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2014 erforderlichen Angaben, insbesondere auch solche zum Interesse des Antragstellers am Vertragsabschluss und zum behaupteten drohenden Schaden. Die Entrichtung der Pauschalgebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag ist rechtzeitig.

Unter der Überschrift „Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise“ wird in der gegenständlichen Ausschreibung festgehalten, dass die Bieter den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 5 BVergG 2006 auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen

Verzeichnis eines Dritten führen können, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und diese vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Unter der Überschrift „Liste der für die Eignungsprüfung erforderlichen Nachweise“ wird in der gegenständlichen Ausschreibung festgehalten, dass die Bieter den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß Paragraph 70, Absatz 5, BVergG 2006 auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen können, sofern diesem die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen vorliegen und diese vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind.

Der Antragsteller hat in seinem Angebot hinsichtlich der erforderlichen Befugnisse auf den ANKÖ verwiesen. Subunternehmer hat er nicht geltend gemacht.

In den in der Ausschreibung enthaltenen „Besonderen Vertragsbestimmungen der MA 34-ID (Beilage 2)“ wird festgehalten, dass als Stammpersonal für Erhaltungs- und Bauleistungen aufgrund der Erfahrungen der letzten Jahre von einer Größenordnung von 6-8 Partien (Monteur und Helfer) und einem Montageleiter bzw. verantwortlichem Monteur ausgegangen werden kann. Je nach Anforderung der abzuwickelnden Projekte könne sich die Anzahl vermindern oder vermehren. Mit einem durchgehenden Einsatz des Firmenpersonals könne nicht gerechnet werden, auf Verlangen des Auftraggebers sei das Personal abziehen. Der Montageleiter bzw. der verantwortliche Monteur muss die deutsche Sprache in Wort und Schrift, auch in Bezug auf technische Begriffe, beherrschen. Für die Arbeiten an der Festbeleuchtung des Rathauses ist geeignetes Fachpersonal (schwindelfrei) einzusetzen.

Der Antragsteller hat aufgrund der gegenständlichen Ausschreibung ein Angebot abgegeben. Mit Telefax vom 22.1.2016 wurde der Eingang dieses Angebots von der Antragsgegnerin bestätigt und der Antragsteller wurde u.a. aufgefordert, wie folgt:

„Bezugnehmend auf die Angaben im ANKÖ betreffend Sozialversicherung (derzeit keine abgabepflichtigen Mitarbeiter) und Kommunalsteuer (derzeit keine abgabepflichtigen Mitarbeiter) ersucht die MA 34 um Bekanntgabe wie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß erbracht werden können bzw. wird gemäß § 74 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 und § 75 Abs. 6 Z 6 BVergG 2006 um Angabe der Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer sowie Übermittlung der Anmeldebestätigung dieser Mitarbeiter bei der Gebietskrankenkasse ersucht.“ „Bezugnehmend auf die Angaben im ANKÖ betreffend Sozialversicherung (derzeit keine abgabepflichtigen Mitarbeiter) und Kommunalsteuer (derzeit keine abgabepflichtigen Mitarbeiter) ersucht die MA 34 um Bekanntgabe wie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß erbracht werden können bzw. wird gemäß Paragraph 74, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006 und Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 6, BVergG 2006 um Angabe der Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer sowie Übermittlung der Anmeldebestätigung dieser Mitarbeiter bei der Gebietskrankenkasse ersucht.“

Der Antragsteller antwortete darauf am 26.1.2016, wie folgt:

Schreiben (Grafik) nicht anonymisierbar

Diesem Schreiben war die Bestätigung der P. Personalservice GmbH vom 14.9.2015 mit folgendem Wortlaut beigeschlossen:

Schreiben (Grafik) nicht anonymisierbar

Mit Telefax vom 26.1.2016 übermittelte die Antragsgegnerin dem Antragsteller die Bekanntgabe des Ausscheidens. Diese Entscheidung wurde begründet, wie folgt:

„Dem Bieter wurde am 22.1.2016 eine Nachfrist für nachzureichende Unterlagen gemäß § 126 BVergG 2006 eingeräumt. Bei den nachzureichenden Unterlagen handelt es sich um Angaben zur Leistungsfähigkeit. Die Aufklärungsergebnisse wurden am 26.1.2016 fristgerecht bei der MA 34 eingebracht. Die nachgereichten Unterlagen weisen die P. Personalservice GmbH aus, welche im Auftragsfall das Personal zwecks Abwicklung und Anstellung bei der I. e.U. überlässt. Das Aufklärungsergebnis zeigt, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Leistungsfähigkeit nicht gegeben war. Es wurde kein Subunternehmen für die Überlassung von Arbeitskräften beantragt (siehe auch Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen WD 307 Abschnitt 3). Daher ist das Angebot auszuschneiden.“ „Dem Bieter wurde am 22.1.2016 eine Nachfrist für nachzureichende Unterlagen gemäß Paragraph 126, BVergG 2006 eingeräumt. Bei den nachzureichenden Unterlagen handelt es sich um Angaben zur Leistungsfähigkeit. Die Aufklärungsergebnisse wurden am 26.1.2016 fristgerecht bei der MA 34 eingebracht. Die nachgereichten Unterlagen weisen die P. Personalservice GmbH aus, welche im Auftragsfall das Personal zwecks

Abwicklung und Anstellung bei der römisch eins. e.U. überlässt. Das Aufklärungsergebnis zeigt, dass zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Leistungsfähigkeit nicht gegeben war. Es wurde kein Subunternehmen für die Überlassung von Arbeitskräften beantragt (siehe auch Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen WD 307 Abschnitt 3). Daher ist das Angebot auszuschneiden.“

Die Übermittlung dieser Ausscheidensentscheidung erfolgte an eine falsche Fax-Nummer, weshalb sie beim Antragsteller nicht einlangte. Im Zuge der Einleitung des Verfahrens zum Nachprüfungsantrag des Antragstellers hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung teilte die Antragsgegnerin dem Verwaltungsgericht Wien mit, dass der Antragsteller ausgeschieden worden sei. Diese Stellungnahme wurde dem Antragsteller weitergeleitet. Am 29.1.2016 wurde die Ausscheidensentscheidung von der Antragsgegnerin nochmals, nunmehr an die korrekte Fax-Nummer des Antragstellers, übermittelt.

In rechtlicher Hinsicht ist festzuhalten:

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Gemäß Paragraph 7, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht Wien bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht u.a. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (Paragraph 24,) geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Das Verwaltungsgericht Wien hat gemäß § 11 WVRG 2014 auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Die Verhandlung kann entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder, dass er abzuweisen ist, oder das Verwaltungsgericht Wien einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu erlassen hat. Das Verwaltungsgericht Wien hat gemäß Paragraph 11, WVRG 2014 auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Die Verhandlung kann entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder, dass er abzuweisen ist, oder das Verwaltungsgericht Wien einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss zu erlassen hat.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigerklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. b BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigerklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Dem Antrag auf Nichtigerklärung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zu. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen (Paragraph 2, Ziffer 16, Litera b, BVergG 2006) können nur gemeinsam mit der ihnen jeweils nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden. Dies gilt in gleicher Weise für Nichtigerklärungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVerG 2006 sind im offenen Verfahren folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen gesondert anfechtbar: Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerG 2006 sind im offenen Verfahren folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen gesondert anfechtbar:

die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

Gemäß § 19 Abs. 1 BVerG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, BVerG 2006 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 69 Abs. 1 BVerG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Gemäß Paragraph 69, Absatz eins, BVerG 2006 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Gemäß § 123 BVerG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien. Gemäß Paragraph 123, BVerG 2006 erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

(2) Bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, ist im Einzelnen zu prüfen,

1. ob den in § 19 Abs. 1 angeführten Grundsätzen entsprochen wurde, 1. ob den in Paragraph 19, Absatz eins, angeführten Grundsätzen entsprochen wurde;
2. nach Maßgabe des § 70 die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer; 2. nach Maßgabe des Paragraph 70, die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer;
3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist;
4. die Angemessenheit der Preise;
5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Gemäß § 126 BVerG 2006 ist vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben, oder wenn Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden. Gemäß Paragraph 126, BVerG 2006 ist vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben, oder wenn Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 19 Abs. 1, 101 Abs. 4, 104 Abs. 2 und 127 nicht verletzen. (2) Die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste

weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der Paragraphen 19, Absatz eins, 101, Absatz 4, 104, Absatz 2 und 127 nicht verletzen.

Gemäß § 129 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Gemäß Paragraph 129, BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

1. Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 20 Abs. 5 oder gemäß § 68 Abs. 1 auszuschließen sind; 1. Angebote von Bieter, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 20, Absatz 5, oder gemäß Paragraph 68, Absatz eins, auszuschließen sind;
2. Angebote von Bieter, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
3. Angebote, die eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;
4. Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten;
5. Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;
6. verspätet eingelangte Angebote;
7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;
8. Angebote von Bieter, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstößende Abreden getroffen haben;
9. rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;
10. Angebote von nicht aufgeforderten Bieter;
11. Angebote von Bieter, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs. 3 gesetzten Nachfrist11. Angebote von Bieter, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß Paragraph 112, Absatz 3, gesetzten Nachfrist
 - a) keine für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich erforderliche behördliche Entscheidung,
 - b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach lit. a fehlenden Kenntnisse erworben worden sind, b) kein Nachweis darüber, dass die gemäß einer Entscheidung nach Litera a, fehlenden Kenntnisse erworben worden sind,
 - c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach lit. a gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder c) kein Nachweis darüber, dass vor Ablauf der Angebotsfrist ein auf Einholung einer Entscheidung nach Litera a, gerichtetes Verfahren eingeleitet worden ist oder
 - d) eine behördliche Entscheidung, die die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausschließt, vorliegt.

(2) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung kann der Auftraggeber Angebote von Bieter ausschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Von einem Bieter, der im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweiz ansässig ist, können auch Aufklärungen über die Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit in Österreich verlangt werden.

(3) Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.

Das Gericht hat Folgendes erwogen:

Dem Antragsteller ist darin zu folgen, dass in der gegenständlichen Ausschreibung keine Nachweise über die Anzahl oder Ausbildung der Arbeitnehmer, deren sich die Bieter bei der Auftragserfüllung bedienen wollen, gefordert sind. Aus den in der Ausschreibung enthaltenen „Besonderen Vertragsbestimmungen der MA 34-ID (Beilage 2)“ geht jedoch u.a. hervor, dass zur Vertragserfüllung nach den Erfahrungswerten der Antragsgegnerin ca. 6 bis 8 Partien (Monteur und Helfer) sowie ein Montageleiter erforderlich sein werden, die die dort näher ausgeführten Qualifikationen aufweisen müssen. Dass die Erfüllung des gegenständlichen Auftrags die Beiziehung des o.a. Personals voraussetzt, hat der Antragsteller nicht bestritten.

Die Antragsgegnerin ist gemäß § 19 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 verpflichtet, den Auftrag an einen befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Sie hatte daher die Anforderungen, die für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sind, der Beurteilung der Angebote zu Grunde zu legen und war berechtigt, Zweifeln an der Leistungsfähigkeit der Bieter nachzugehen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes macht es der Umstand, dass ein Auftraggeber in der Ausschreibung keine erforderliche Mindestanzahl an Arbeitnehmern genannt hat, nicht von vorne herein unzulässig, die bekannt gegebene Anzahl an Dienstnehmern als für den Auftrag zu gering zu bewerten und den Bieter mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Dies gilt umso mehr für den vorliegenden Fall, zumal hier nicht das Vorhandensein einer bestimmten Mindestanzahl von Mitarbeitern zweifelhaft war, sondern der Antragsteller zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unbestritten über gar keine Arbeitnehmer verfügte. Die Antragsgegnerin ist gemäß Paragraph 19, Absatz eins, letzter Satz BVergG 2006 verpflichtet, den Auftrag an einen befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Sie hatte daher die Anforderungen, die für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sind, der Beurteilung der Angebote zu Grunde zu legen und war berechtigt, Zweifeln an der Leistungsfähigkeit der Bieter nachzugehen. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes macht es der Umstand, dass ein Auftraggeber in der Ausschreibung keine erforderliche Mindestanzahl an Arbeitnehmern genannt hat, nicht von vorne herein unzulässig, die bekannt gegebene Anzahl an Dienstnehmern als für den Auftrag zu gering zu bewerten und den Bieter mangels technischer Leistungsfähigkeit auszuschneiden (VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094). Dies gilt umso mehr für den vorliegenden Fall, zumal hier nicht das Vorhandensein einer bestimmten Mindestanzahl von Mitarbeitern zweifelhaft war, sondern der Antragsteller zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung unbestritten über gar keine Arbeitnehmer verfügte.

Die Eignung muss im offenen Verfahren im Zeitpunkt der Angebotsöffnung gegeben sein. Die Bieter müssen daher im offenen Verfahren grundsätzlich bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung die zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit, zu der auch die notwendige Personalausstattung gehört, aufweisen. Bedient sich ein Bieter in diesem Zeitpunkt zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit einer Bestätigung, dass die erforderliche Personalausstattung zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns gegeben sein wird, so muss dieser Nachweis eine solche Rechtsverbindlichkeit aufweisen, dass für den Auftraggeber zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung kein Zweifel an der Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bieters bestehen kann. Jede andere Vorgangsweise würde diesen Bieter bevorzugen und damit gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verstoßen.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Angebotsöffnung über keine Mitarbeiter verfügte. Da die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung ohne Mitarbeiter nicht möglich ist und dem Angebot keinerlei Informationen darüber beilagen, wie der Antragsteller im Falle des Zuschlags die ausgeschriebenen Leistungen erbringen würde, erfolgte das Aufklärungsersuchen vom 22.1.2016. Das Aufklärungsersuchen bringt klar und deutlich zum Ausdruck, welche Informationen die Antragsgegnerin vom Antragsteller benötigt, nämlich die Bekanntgabe, wie die ausgeschriebenen Leistungen vertragsgemäß (d.h. im Sinne der in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen bekanntgegebenen Anforderungen an die Personalausstattung) erbracht werden können. Dabei ersuchte die Antragsgegnerin um Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer und Übermittlung der Anmeldebestätigungen dieser Mitarbeiter bei der Gebietskrankenkasse. Es ist daher unmissverständlich, dass sich die Bedenken der Antragsgegnerin auf das Vorhandensein der zur Leistungserbringung erforderlichen Arbeitnehmer im Unternehmen des Antragstellers richteten.

Dies wurde vom Antragsteller auch entsprechend verstanden. Er hat folgerichtig mit Schreiben vom 26.1.2016 bestätigt, dass er ausreichend qualifiziertes Personal zur Verfügung habe und auf die gleichzeitig übermittelte

Bestätigung der P. Personalservice GmbH vom 14.9.2015 verwiesen. Darin wird bestätigt, dass mit dem Antragsteller vereinbart sei, dass an ihn im Falle der Auftragserteilung ausreichendes Personal (zumindest das Stammpersonal) übertragen werde. Dies geschehe in der Form, dass die Mitarbeiter aus der P. GmbH ausscheiden und vom Antragsteller als echte Arbeitnehmer beschäftigt würden.

Diese Bestätigung war zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bereits vorhanden, sie wurde der Antragsgegnerin auf ihr Aufklärungsersuchen hin vorgelegt. Sie weist jedoch nicht die oben angesprochene Rechtsverbindlichkeit auf, da die P. GmbH allenfalls verbindliche Aussagen über eine Arbeitskräfteüberlassung von bei ihr beschäftigten Arbeitnehmern machen hätte können, nicht jedoch über den zukünftigen Abschluss von Arbeitsverträgen zwischen dem Antragsteller und ehemaligen Mitarbeitern der P. GmbH, die im Zeitpunkt dieses Vertragsabschlusses zur P. GmbH in keinem Dienstverhältnis mehr stehen werden. In der Bestätigung wird zwar erwähnt, dass dies auch mit den betreffenden Mitarbeitern vereinbart sei. Entsprechende Nachweise wurden jedoch vom Antragsteller weder aufgrund des Aufklärungsersuchens vom 22.1.2016 noch im Nachprüfungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien vorgelegt. In der mündlichen Verhandlung vom 10.3.2016 brachte der Antragsteller vor, dass die Mitarbeiter der geplanten Vorgangsweise zugestimmt hätten. Der Antragsteller hat nicht näher ausgeführt, in welcher Weise diese Zustimmung erfolgt ist.

Eine weitere Prüfung allfälliger Vereinbarungen zwischen den Mitarbeitern der P. Personalservice GmbH und dem Antragsteller konnte daher im vorliegenden Fall unterbleiben. Das Gericht übersieht jedoch nicht, dass für den Fall, dass auf Veranlassung der P. Personalservice GmbH Vereinbarungen zwischen deren Mitarbeitern und dem Antragsteller abgeschlossen worden wären, wonach diese Mitarbeiter im Zuschlagsfall bei der P. Personalservice GmbH kündigen und ein Arbeitsverhältnis mit dem Antragsteller eingehen würden, und solche Vereinbarungen vom Antragsteller mit der Aufklärung vorgelegt worden wären, zu prüfen gewesen wäre, ob diese Vorgangsweise im Hinblick auf das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz rechtlich zulässig ist.

Die Antragsgegnerin war im vorliegenden Vergabeverfahren nicht zu einer weiteren Nachfrage beim Antragsteller verpflichtet, da sie bereits im Aufklärungsersuchen vom 22.1.2016 deutlich zum Ausdruck gebracht hatte, welche Informationen sie vom Antragsteller nachfordert und er damit Gelegenheit hatte, die entsprechende Aufklärung zu geben. Der Antragsteller beantwortete das Aufklärungsersuchen mit Schreiben vom 26.1.2016. Für die Antragsgegnerin ergab sich daraus kein weiterer Nachfragebedarf.

Der Antragsteller hat nicht vorgebracht, dass er über zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorhandene rechtsverbindliche Erklärungen der betroffenen Mitarbeiter verfügt, mit denen diese Mitarbeiter sich verpflichten, im Zuschlagsfall ein Arbeitsverhältnis mit dem Antragsteller einzugehen. Die Antragsgegnerin ist daher davon ausgegangen, dass er die für die Erfüllung des gegenständlichen Auftrags erforderliche technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht aufgewiesen hat und hat das Angebot des Antragstellers zu Recht gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ausgeschieden. Der Antragsteller hat nicht vorgebracht, dass er über zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorhandene rechtsverbindliche Erklärungen der betroffenen Mitarbeiter verfügt, mit denen diese Mitarbeiter sich verpflichten, im Zuschlagsfall ein Arbeitsverhältnis mit dem Antragsteller einzugehen. Die Antragsgegnerin ist daher davon ausgegangen, dass er die für die Erfüllung des gegenständlichen Auftrags erforderliche technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht aufgewiesen hat und hat das Angebot des Antragstellers zu Recht gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 ausgeschieden.

Der Antragsteller hat im vorliegenden Verfahren 4.800,- Euro an Pauschalgebühren geleistet (Bauftrag im Oberschwellenbereich), wobei der Gebührensatz gemäß § 16 Abs. 4 WVRG 2014 reduziert war, da der Antragsteller zuvor hinsichtlich desselben Vergabeverfahrens bereits einen Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt hatte. Da der Antragsteller im gegenständlichen Verfahren auf Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung auch nicht teilweise obsiegt hat, steht ihm gemäß § 16 Abs. 1 WVRG 2014 kein Gebührenersatz zu; er hat die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen. Der Antragsteller hat im vorliegenden Verfahren 4.800,- Euro an Pauschalgebühren geleistet (Bauftrag im Oberschwellenbereich), wobei der Gebührensatz gemäß Paragraph 16, Absatz 4, WVRG 2014 reduziert war, da der Antragsteller zuvor hinsichtlich desselben Vergabeverfahrens bereits einen Antrag auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung gestellt hatte. Da der Antragsteller im gegenständlichen Verfahren auf Nachprüfung der Ausscheidensentscheidung auch nicht teilweise obsiegt hat, steht ihm gemäß Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014 kein Gebührenersatz zu; er hat die von ihm entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

Antrag auf Nichtigerklärung einer Ausscheidensentscheidung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2016:VGW.123.072.1421.2016

Zuletzt aktualisiert am

13.05.2016

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