

TE Lvwg Beschluss 2015/11/27 VGW-123/009/4792/2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.11.2015

Entscheidungsdatum

27.11.2015

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

WVRG 2014 §2 Z16 lita

WVRG 2014 §2 Z16 lita sublitj

WVRG 2014 §7 Abs1

WVRG 2014 §7 Abs2 Z2

WVRG 2014 §13 Abs1

WVRG 2014 §16 Abs1

WVRG 2014 §16 Abs2

WVRG 2014 §20 Abs1

BVergG 2006 §73 Abs1

BVergG 2006 §73 Abs2

BVergG 2006 §73 Abs3

BVergG 2006 §187 Abs1

BVergG 2006 §229 Abs1 Z5

BVergG 2006 §230 Z1

BVergG 2006 §269 Abs1

1. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 73 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 229 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 230 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden, Dr. Wartecker als Bericht und Dr. Schweiger als Beisitzer in der Vergabesache „Rahmenvereinbarung - B.“ über den Antrag der A. GmbH, FN ..., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Entscheidung der C. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 24.06.2015 folgenden

BESCHLUSS

gefasst und verkündet:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der C. GmbH vom 14.4.2015, mit welchen Parteien die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen. römisch eins. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung der C. GmbH vom 14.4.2015, mit welchen Parteien die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen. römisch zwei. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 1 und Abs. 4, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2, 11, 13, 15, 16, 20, 22 Abs. 1 und Abs. 2, 23, 24, 25, 26 WVRG 2014 iVm §§ 2 Z 16 lit. a sublit. jj, § 269 Abs. 1 BVergG 2006
 Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, 2, Absatz eins und Absatz 4, 7, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 2, 11, 13, 15, 16, 20, 22, Absatz eins und Absatz 2, 23, 24, 25, 26, WVRG 2014 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, j, j,, Paragraph 269, Absatz eins, BVergG 2006

Entscheidungsgründe

Gegenständliches Vergabeverfahren

Die C. GmbH führt als Auftraggeberin (in der Folge: AG) nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages „Rahmenvereinbarung - B.“. Der Abschluss der gegenständlichen Rahmenvereinbarung sollte mit den beiden Billigstbieterinnen erfolgen. Die Bekanntmachung erfolgte am 04.09.2014 (berichtigt am 17.10.2014), das Ende der Angebotsfrist war der 05.11.2014, 13:00 Uhr.

Mit Schreiben vom 14.4.2015, am selben Tag u.a. ergangen an die A. GmbH (Antragstellerin, in der Folge: ASt) teilte die AG ihre Entscheidung mit, dass beabsichtigt sei, die gegenständliche Rahmenvereinbarung mit der D. GmbH und der E. GmbH (als Billigstbieterinnen) abzuschließen.

Die ASt hatte fristgerecht ein Angebot in Höhe von € *** + USt abgegeben und war damit nach den beiden präsumtiven Parteien der Rahmenvereinbarung, nämlich der erstgereihten D. GmbH (€ *** + USt) und der zweitgereihten E. GmbH (€ *** + USt), an dritter Stelle von insgesamt sieben Bieterinnen gereiht, wobei nach erfolgter

bieterbezogener Prüfung hinsichtlich des viertgereihten Bieters aufgrund eines ausschreibungswidrigen Angebotes und somit wegen eines unbehebaren Angebotsmangels von vornherein eine weitergehende Angebotsprüfung ausgeschlossen wurde.

Nachprüfungsverfahren

Im verfahrensgegenständlichen, form- und fristgerecht eingebrachten Nachprüfungsantrag (verbunden mit einem - vom Verwaltungsgericht Wien stattgegebenem - Antrag auf einstweilige Verfügung) wurde von Seiten der ASt zunächst eine mangelhafte Angebotsöffnung der AG moniert, wodurch die Grundsätze des freien Wettbewerbs und der Transparenz sowie der Gleichbehandlung aller Bieter verletzt worden seien. Weiters wurde behauptet, dass das Angebot der zweitgereihten Bieterin mangelhaft bzw. unvollständig sei, weil es unbehebbarer Angebotsmängel aufweise. Diese Bieterin habe die Nachweise hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit (Ausführungsreferenzen, Personalausstattung und Reaktionszeit) nicht in einem gesonderten Ordner mit dem Angebot vorgelegt, eine diesbezügliche Mängelbehebung würde zu einer (mittelbaren) Verbesserung der Wettbewerbsstellung dieser Bieterin führen. Zudem fehle der genannten Bieterin die technische Leistungsfähigkeit, weil sie nicht über die erforderlichen Ausführungsreferenzen verfüge. Schließlich wurde eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises der erstgereihten Bieterin geltend gemacht. Das Angebot der erstgereihten Bieterin liege 8,95% unter dem Angebot der zweitgereihten Bieterin sowie 9,78% unter ihrem eigenen Angebot, was nur damit erklärbar sei, dass im Angebot spekulative Preise in diversen Obergruppen und in den Bieterlücken keine gleichwertigen zugelassenen Produkte angeboten worden seien, was eine - vermuteter Maßen unterbliebene - vertiefte Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin nach sich ziehen hätte müssen.

Die beiden präsumtiven Parteien der Rahmenvereinbarung traten den Einwänden der Antragstellerin mit Schriftsätzen entgegen.

Die AG widersprach mit Eingabe vom 4.5.2015 dem Vorbringen der ASt und hielt dieser vorweg entgegen, dass ihre Zuverlässigkeit für das gegenständliche Vergabeverfahren nicht gegeben gewesen sei und sie mangels Eignung nicht für den Abschluss der in Rede stehenden Rahmenvereinbarung in Betracht käme. Ihr Antrag sei mangels Antragslegitimation vielmehr zurückzuweisen.

Zu den Einwänden der ASt wurde im Einzelnen im Wesentlichen (dennoch) - zusammengefasst - ausgeführt, dass trotz der gesetzlich für den Sektorenbereich nicht vorgesehenen formalisierten Angebotsöffnung eine solche durchgeführt worden sei. Das Angebot der zweitgereihten Bieterin habe alle geforderten Unterlagen aufgewiesen, deren Angebot sei ausschreibungskonform. Aber auch die technische Leistungsfähigkeit der erwähnten Bieterin sei gegeben, zumal die entsprechenden Nachweise (Referenzen) erbracht worden seien. Zuletzt wurde dargelegt, dass hinsichtlich der beiden erstgereihten Bieterinnen entgegen den Behauptungen der ASt eine vertiefte Angebotsprüfung unter Hinzuziehung eines externen Sachverständigen durchgeführt worden sei und sich ergeben habe, dass die Gesamtpreise plausibel zusammengesetzt und angemessen seien und die Bieterlücken den Vorgaben der Ausschreibung entsprächen.

Zudem sprach die AG von einem ausschreibungswidrigen Angebot der ASt, weil diese Personal für Rohrlegearbeiten zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch die Heranziehung von Leiharbeitskräften im Wege der als Subunternehmen genannten G. GmbH („G.“) substituieren. Dies sei jedoch gemäß Punkt A.5.3, „4.2 Personalausstattung“ der Besonderen Bestimmungen für die Rahmenvereinbarung unzulässig, wonach eine Substitution im Rahmen der Heranziehung von Leiharbeitskräften oder der Überlassung von Schweiß-Arbeitskräften unzulässig ist.

Im Zuge des Vergabeverfahrens hatte die AG u.a. auch in einem kontradiktorischen Verfahren, die berufliche Zuverlässigkeit der ASt geprüft. Die AG gelangte zum Ergebnis, dass die berufliche Unzuverlässigkeit der ASt für den maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung als nachweislich festgestellt zu beurteilen sei, eine formelle Ausscheidensentscheidung wurde von der AG hingegen nicht getroffen.

Verwiesen wurde dazu auf einen Strafantrag der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) vom 16.4.2014, ..., betreffend (u.a) Ing. H. A., Geschäftsführer der J. GmbH, wegen Beteiligung an rechtswidrigen Absprachen gem. § 168b StGB im Zusammenhang mit einem Projekt der K. GmbH. Ing. H. A. sei zum Angebotsöffnungszeitpunkt nicht nur Gesellschafter und Geschäftsführer der ASt, sondern auch über seine Beteiligung an der L. GmbH mittelbarer Mehrheitsgesellschafter der ASt und Geschäftsführer der J. GmbH gewesen. Der zum Angebotsöffnungszeitpunkt der AG vorgelegene Strafantrag sei ein Dokument, das eine behördliche, den Verdacht einer schweren beruflichen Verfehlung bestätigende Entscheidung enthalte und sei von

einer schweren beruflichen Verfehlung, welche nachweislich durch die AG festgestellt sei, auszugehen. Es handle sich um eine widerlegbare Vermutung der beruflichen Unzuverlässigkeit der ASt. Verwiesen wurde dazu auf einen Strafantrag der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) vom 16.4.2014, ..., betreffend (u.a) Ing. H. A., Geschäftsführer der J. GmbH, wegen Beteiligung an rechtswidrigen Absprachen gem. Paragraph 168 b, StGB im Zusammenhang mit einem Projekt der K. GmbH. Ing. H. A. sei zum Angebotsöffnungszeitpunkt nicht nur Gesellschafter und Geschäftsführer der ASt, sondern auch über seine Beteiligung an der L. GmbH mittelbarer Mehrheitsgesellschafter der ASt und Geschäftsführer der J. GmbH gewesen. Der zum Angebotsöffnungszeitpunkt der AG vorgelegene Strafantrag sei ein Dokument, das eine behördliche, den Verdacht einer schweren beruflichen Verfehlung bestätigende Entscheidung enthalte und sei von einer schweren beruflichen Verfehlung, welche nachweislich durch die AG festgestellt sei, auszugehen. Es handle sich um eine widerlegbare Vermutung der beruflichen Unzuverlässigkeit der ASt.

Zur Glaubhaftmachung der wiedererlangten Zuverlässigkeit sei deshalb am 10.11.2014 ein Schreiben der AG an die ASt ergangen, die Antwort der ASt sei am 24.11.2014 erfolgt und habe diese die berufliche Unzuverlässigkeit bestritten, aber u.a. strukturelle organisatorische Maßnahmen dargelegt (der dem Strafantrag zufolge betroffene Bereich „K. Ost“ sei von der J. GmbH in die ASt übertragen worden, welcher Bereich als eigenständige Abteilung unter dem Geschäftsführer Ing. M. eingerichtet worden sei), zudem wurden Compliance-Maßnahmen (Code of Conduct, Richtlinien, Schaffung und Ausbau des Compliance-Managements) dargetan.

Parallel zum gegenständlichen Vergabeverfahren sei (zudem) auch ein zweistufiges Vergabeverfahren der N. GmbH durchgeführt worden, weshalb eine Entscheidungskommission aus Antragsgegnerin (AG), N. und P. AG im Zusammenhang mit der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit der ASt gebildet worden sei. Am 10.12.2014 sei eine mündliche Erörterung erfolgt, am 16.12.2014 eine (weitere) schriftliche Stellungnahme von Seiten der ASt ergangen.

Eine seit 2013 wirksame bloße Ressortaufteilung sei angesichts von Weisungs-, und Informationsrechten seitens des Geschäftsführers nicht ausreichend, um die Einflussnahme des Ing. A. aus gesellschaftsrechtlicher Sicht auf laufende Vergabeverfahren auszuschließen. Ein Gesellschafterbeschluss ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Absicherung sei ungeeignet, die Einflussnahmemöglichkeiten auf die Tochter-GmbH bestehe dennoch. Einfache Compliance-Maßnahmen reichten (hingegen) nicht aus. Die vor dem 05.11.2014 gesetzten Maßnahmen seien alleine ohne die erst nach diesem Zeitpunkt effektiv werdenden nicht ausreichend, um die allenfalls wiederhergestellte Zuverlässigkeit der ASt zu belegen. Vielmehr belege das Schreiben der ASt vom 16.12.2014, dass wirksame Maßnahmen erst nach dem 05.11.2014 gesetzt worden seien, somit nicht rechtzeitig, und sei die Unzuverlässigkeit damit nicht widerlegt. Zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung seien nur unzureichende selbstreinigende organisatorische und personelle Maßnahmen erfolgt, im kontradiktorischen Verfahren sei der „Freibeweis“ durch die ASt nicht gelungen. Dabei seien nur Maßnahmen, die vor dem Zeitpunkt der Angebotsöffnung gesetzt worden seien, von Bedeutung und diese seien von der AG als nicht ausreichend erkannt worden.

Die Bezugnahme der ASt auf das Urteil des EUGH vom 04.07. 2013, C-100/12, „Fastweb“, sei gegenständlich verfehlt. Einerseits seien die präsumtiven Parteien der Rahmenvereinbarung nicht auszuschneiden und verblieben zudem weitere Bieter im Vergabeverfahren, für die auszuschneidende ASt bestünde kein schutzwürdiges Interesse, ob der Zuschlag an die präsumtiven Parteien der Rahmenvereinbarung ergehe oder auf ein anderes zuschlagfähiges Angebot zugeschlagen würde.

Die ASt widersprach den Ausführungen der AG. Die ASt verliere im Sinne der „Fastweb-Entscheidung“ selbst im Falle, dass (auch) ihr Angebot auszuschneiden sei, nicht ihre Antragslegitimation im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, welche Ansicht auch durch ein Rundschreiben des BKA vom 24.7.2013 untermauert werde. Die ASt könne sich auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebotes der beiden in Rede stehenden Bieter berufen. Dass noch weitere Bieter im Verfahren seien, habe dabei außer Betracht zu bleiben.

Weiters sei aber gar keine Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit erforderlich, es liege nämlich keine schwere berufliche Verfehlung durch die AG nachweislich festgestellt vor. Die berufliche Zuverlässigkeit der ASt sei nicht nur im Angebotsöffnungszeitpunkt, sondern im gegenständlichen Vergabeverfahren zu jedem Zeitpunkt gegeben gewesen sei. Ein Strafantrag der WKStA sei keine nachweisliche Feststellung einer beruflichen Verfehlung. Angesichts der im Strafverfahren geltenden Unschuldsvermutung bedürfe es vielmehr einer rechtskräftigen Verurteilung, um eine

schwere Verfehlung objektivierbar und nachweislich festzustellen. Zudem handle es sich bei den Vorwürfen um keine schweren beruflichen Verfehlungen. Schließlich betreffe der Strafantrag auch nicht die ASt, sondern die J. GmbH und deren Geschäftsführer Ing. H. A., Herr Ing. A. und die J. GmbH seien nunmehr im Strafverfahren am 19.05.2015 von den Vorwürfen (nicht rechtskräftig) freigesprochen worden.

Zudem habe die ASt – bei Annahme vorgelegener Unzuverlässigkeit – ausreichende (personelle und organisatorische) Maßnahmen ergriffen, um ihre Zuverlässigkeit wieder herzustellen. So sei seit Ende 2012 der zweite Geschäftsführer der ASt, Ing. M., allein und weisungsungebunden für die kaufmännische Projektabwicklung und operative Geschäftstätigkeit zuständig, er sei auch seitens der Gesellschafterin L. GmbH vollkommen weisungsfrei gestellt. Es seien interne Untersuchungen durchgeführt worden, das Dienstverhältnis mit dem in die Absprachen vermutlich involvierten Mitarbeiter sei aufgelöst worden. Weiters sei mit Wirkung 1.1.2013 der Bereich „K. Ost“ in die ASt überführt worden. Für Geschäftsvorgänge wie die Angebotserstellung in Vergabeverfahren bestehe das Vier-Augen-Prinzip. Sämtliche Abteilungen unterlägen hinsichtlich der Geschäftsgebarung und deren sonstigen Tätigkeiten der Überprüfung und Überwachung der Controlling Abteilung. Mitte 2012 sei innerhalb der L. der Bereich „Compliance-Management“ geschaffen und organisatorisch eingerichtet worden, welcher von den Compliance-Beauftragten in der L. GmbH betreut werde. Seit 2013 gelte in der gesamten L. ein für alle Mitarbeiter verbindlicher Code of Conduct, der Verhaltenskodex sei verbindlicher Bestandteil des Dienstvertrages. Weitere, seit September 2014 für alle Mitarbeiter der L. verbindliche Verhaltensrichtlinien beträfen die Bereiche Wettbewerb und Verbot von Korruption. Verstöße gegen den Verhaltenskodex oder die Richtlinien würden mit arbeits-, straf- und zivilrechtlichen Konsequenzen geahndet.

Am 10.12.2014 habe bei der AG ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, wobei die – bereits Ende 2012 begonnenen – Umstrukturierungsmaßnahmen dargelegt worden seien, welche bereits vor dem 5.11.2014 seit Jahren umgesetzt und gelebt worden seien. Schließlich sei die ASt nach einem Aufklärungsgespräch vom 10.12.2014 auch nicht von der AG ausgeschieden worden.

Aber auch von der seitens der AG vorgebrachten Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der ASt könne nicht die Rede sein. Herr R. S. sei seit 08.09. 2014 bei der ASt beschäftigt, die Schweißprüfung habe er noch zu einem Zeitpunkt als er noch bei der T. GmbH“ beschäftigt gewesen sei, abgelegt. Die Herren U., V., und W. seien Mitarbeiter der G. GmbH („G.“), wobei es sich dabei um ein verbundenes Unternehmen der ASt handle, welcher Umstand entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen angeführt worden sei, weshalb die technische Leistungsfähigkeit erbracht worden sei. Aber auch von der seitens der AG vorgebrachten Ausschreibungswidrigkeit des Angebotes der ASt könne nicht die Rede sein. Herr R. S. sei seit 08.09. 2014 bei der ASt beschäftigt, die Schweißprüfung habe er noch zu einem Zeitpunkt als er noch bei der T. GmbH“ beschäftigt gewesen sei, abgelegt. Die Herren U., römisch fünf., und W. seien Mitarbeiter der G. GmbH („G.“), wobei es sich dabei um ein verbundenes Unternehmen der ASt handle, welcher Umstand entsprechend den Ausschreibungsbestimmungen angeführt worden sei, weshalb die technische Leistungsfähigkeit erbracht worden sei.

Mündliche Verhandlung

Anlässlich der am 17.06.2015 durchgeführten öffentlich mündlichen Verhandlung führte die ASt zur Firma „G.“ aus, dass es sich dabei nicht um eine bloße Leiharbeitsfirma bzw. Personalbereitstellungsfirma handle, sondern ein im Verbund mit der ASt tätiges Unternehmen, das über flexibles Personal verfüge, welches in mehreren Bereichen der L. eingesetzt werde. Beide Geschäftsführer der „G.“ seien gleichzeitig Angestellte der L., der Geschäftsführer X. sei als Personalchef im Bereich K. für die gesamte L. zuständig. Anlässlich der am 17.06.2015 durchgeführten öffentlich mündlichen Verhandlung führte die ASt zur Firma „G.“ aus, dass es sich dabei nicht um eine bloße Leiharbeitsfirma bzw. Personalbereitstellungsfirma handle, sondern ein im Verbund mit der ASt tätiges Unternehmen, das über flexibles Personal verfüge, welches in mehreren Bereichen der L. eingesetzt werde. Beide Geschäftsführer der „G.“ seien gleichzeitig Angestellte der L., der Geschäftsführer römisch zehn. sei als Personalchef im Bereich K. für die gesamte L. zuständig.

Von Seiten der mitbeteiligten Partei E. GmbH wurde dazu vorgebracht, dass zwischen dem Begriff Subunternehmen und einer Leiharbeitsfirma zu unterscheiden sei. Während Subunternehmen in der Regel Werkvertragsnehmer seien und für das von ihnen zu erstellende Werk hafteten und auch einen entsprechenden Erfolg schuldeten, handle es sich

bei der Personalüberlassung durch eine Leiharbeitsfirma um einen Dienstnehmer-Gestellungsvertrag, bei dem keine vergleichbare Haftung bestehe und auch kein Erfolg für ein zu erbringendes Werk geschuldet werde. Im Übrigen handle es sich bei den laut bestandsfester Ausschreibung an Subunternehmern zulässigerweise weitergegebenen Teilleistungen nicht um die Leistung „Überlassung von Arbeitskräften“ sondern um die Teilleistung „Schweißen“. Die tatsächliche Weitergabe der Leistung sei aber aufgrund des zu verwendenden Formulars WSTW9281 geboten.

Seitens der AG wurde vorgebracht, dass der Gewerbertitel bezüglich der „G.“ im Gewerberegister „Überlassung von Arbeitskräften“ laute. Außerdem sei auf das Angebot der Ast betreffend das Formular WSTW9281 hinzuweisen.

Die Ast replizierte diesbezüglich, dass, wenn auch im Angebot das WSTW9281 ausgefüllt wurde, es nach der Ausschreibung jedenfalls zulässig sei, innerhalb des Unternehmensverbundes Teilleistungen weiterzugeben.

In der Folge wurde in der Verhandlung nach Erörterung der im - von der AG beauftragten - Gutachten von Univ.Prof. Dr. Y. behandelten Rechtsfragen die Frage der Zuverlässigkeit der Ast behandelt, wobei die AG und die Ast ihre jeweiligen diametralen Standpunkte darlegten.

Anlässlich der fortgesetzten Verhandlung am 24.06.2015 wurde die gegenständliche Entscheidung mündlich verkündet.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Z 2 WVRG 2014; Paragraph 7, Absatz eins,, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2014:

„(1) Das Verwaltungsgericht Wien ist auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung ist das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

2.

zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftrag-geberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.“zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftrag-geberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (Paragraph 24,) geltend gemachten Beschwerdepunkte.“

§ 20 Abs. 1 WVRG 2014; Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2014:

„Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann 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. ...“ „Eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, kann 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. ...“

§ 13 Abs. 1 WVRG 2014; Paragraph 13, Absatz eins, WVRG 2014:

„Sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht Wien die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.“

§ 16 Abs. 1 und Abs. 2 WVRG 2014: Paragraph 16, Absatz eins und Absatz 2, WVRG 2014:

„Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 15 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (§ 21) wird.“ „Die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß Paragraph 15, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber. Die Antragstellerin oder der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß Paragraph 15, entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber, wenn sie oder er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt (Paragraph 21,) wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1.

dem Nichtigerklärungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2.

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.“

§ 2 BVergG 2006 lautet (auszugsweise): Paragraph 2, BVergG 2006 lautet (auszugsweise):

„Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

16.

Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabe-verfahren.

a)

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

jj)

bei der Rahmenvereinbarung gemäß § 192 Abs. 7 bei der Rahmenvereinbarung gemäß Paragraph 192, Absatz 7 :

hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß sublit. aa) bis ee) oder nn) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmen-vereinbarung abgeschlossen werden soll; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung; hinsichtlich des zum Abschluss der Rahmenvereinbarung führenden Verfahrens die gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß Sub-Litera, a, a,) bis ee) oder nn) mit Ausnahme der Zuschlagsentscheidung; Entscheidung, mit welchem Unternehmer bzw. mit welchen Unternehmern die Rahmen-vereinbarung abgeschlossen werden soll; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

§ 73 Abs. 1 - 3 BVergG 2006: Paragraph 73, Absatz eins, - 3 BVergG 2006:

„ (1) Der Auftraggeber hat der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß § 72 Abs. 2 verlangten Nachweise und die gemäß § 72 Abs. 1 zweiter Satz eingeholte Auskunft zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass ein rechtskräftiges Urteil im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 1 oder 4 vorliegt oder stellt der Auftraggeber aufgrund dieser Bescheinigungen eine Verfehlung im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 5 nachweislich fest oder erlangt der Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil oder einer solchen Verfehlung nachweislich Kenntnis, so ist bei diesem Unternehmer die geforderte Zuverlässigkeit nicht gegeben, es sei denn, er macht glaubhaft, dass er trotz dieses Umstandes zuverlässig ist.“ (1) Der Auftraggeber hat der Beurteilung der Zuverlässigkeit des

Unternehmers insbesondere die gemäß Paragraph 72, Absatz 2, verlangten Nachweise und die gemäß Paragraph 72, Absatz eins, zweiter Satz eingeholte Auskunft zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass ein rechtskräftiges Urteil im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer eins, oder 4 vorliegt oder stellt der Auftraggeber aufgrund dieser Bescheinigungen eine Verfehlung im Sinne des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, nachweislich fest oder erlangt der Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil oder einer solchen Verfehlung nachweislich Kenntnis, so ist bei diesem Unternehmer die geforderte Zuverlässigkeit nicht gegeben, es sei denn, er macht glaubhaft, dass er trotz dieses Umstandes zuverlässig ist.

(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Abs. 1 zweiter Satz letzter Halbsatz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Als derartige Maßnahmen gelten etwa(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Absatz eins, zweiter Satz letzter Halbsatz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Setzen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Als derartige Maßnahmen gelten etwa

1.

die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens,

2.

die Einschaltung eines Organs der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften,

3.

die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften.

(3) Der Auftraggeber hat das Vorbringen des Unternehmers zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. Bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG ist insbesondere die Zahl der illegal beschäftigten Arbeitnehmer und die Dauer der illegalen Beschäftigung zu berücksichtigen. Liegen mehr als zwei rechtskräftige Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG vor oder erfolgten zwei rechtskräftige Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG in kurzen Zeitabständen, ist ein strengerer Maßstab anzulegen.“(3) Der Auftraggeber hat das Vorbringen des Unternehmers zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. Bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG ist insbesondere die Zahl der illegal beschäftigten Arbeitnehmer und die Dauer der illegalen Beschäftigung zu berücksichtigen. Liegen mehr als zwei rechtskräftige Bestrafungen gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG vor oder erfolgten zwei rechtskräftige Bestrafungen gemäß Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, AuslBG in kurzen Zeitabständen, ist ein strengerer Maßstab anzulegen.“

§ 187 Abs. 1 BVergG 2006:Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006:

„Vergabeverfahren sind 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.“

§ 229 BVergG 2006 lautet (auszugsweise):Paragraph 229, BVergG 2006 lautet (auszugsweise):

„(1) Unbeschadet des Abs. 2 können Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn „(1) Unbeschadet des Absatz 2, können Sektorenauftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn

5.

sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Sektorenauftraggeber nachweislich festgestellt wurde;“

§ 230 BVergG 2006 lautet (auszugsweise): Paragraph 230, BVergG 2006 lautet (auszugsweise):

„Unbeschadet der Regelung des § 188 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens „Unbeschadet der Regelung des Paragraph 188, Absatz eins, muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens

1.

beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

§ 269 Abs. 1 BVergG 2006 lautet (auszugsweise) Paragraph 269, Absatz eins, BVergG 2006 lautet (auszugsweise) :

„Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Sektorenauftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung im Oberschwellenbereich folgende Angebote auszuschneiden:

1.

Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 188 Abs. 5 oder – sofern der Sektorenauftraggeber dies so vorgesehen hat - gemäß § 229 Abs. 1 auszuschließen sind; Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Paragraph 188, Absatz 5, oder – sofern der Sektorenauftraggeber dies so vorgesehen hat - gemäß Paragraph 229, Absatz eins, auszuschließen sind;

2.

Angebote von Bietern, 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.

verspätet eingelangte Angebote;

5.

den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alter-nativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativ-angebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;

Aufgrund der Aktenlage in Verbindung insbes. mit den schriftlichen und mündlichen Äußerungen der AG und ASt wird von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Im von der C. GmbH (AG) nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber nach dem Billigstbieterprinzip geführten offenen Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages „Rahmenvereinbarung - B.“, mit Bekanntgabe am 4.9.2014 und dem Angebotsende am 5.11.2014, gab die A. GmbH (ASt) fristgerecht ein - an dritter Stelle gereihtes - Angebot ab.

Nach Mitteilung der AG vom 14.4.2015, wonach die AG beabsichtige, die gegenständliche Rahmenvereinbarung (ausschreibungsgemäß) mit den beiden erstgereihten (von sieben) Bieterinnen, nämlich der D. GmbH und der E. GmbH abzuschließen, brachte die ASt beim Verwaltungsgericht Wien fristgerecht einen Nachprüfungsantrag ein.

Die ASt war von der AG nach durchgeführtem kontradiktorischen Verfahren als beruflich unzuverlässig eingestuft, jedoch - als bloß drittgereichte Bieterin - nicht förmlich ausgeschieden worden. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens sprach die AG der ASt deshalb sowie mit dem weiteren Grund, ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt zu haben, die Antragslegitimation ab.

Der erstgenannte Ausscheidenstatbestand resultierte im Wesentlichen aus einem zum Angebotsöffnungszeitpunkt der AG vorgelegten Strafantrag der WKStA vom 16.4.2014, betreffend den geschäftsführenden Gesellschafter der ASt, Ing. A., der zweitgenannte Ausscheidenstatbestand leitete sich aus dem Umstand ab, dass die ASt entgegen den Ausschreibungsbedingungen Leiharbeitskräfte in ihrem Angebot angeführt hatte.

Im Zuge des von der AG geführten kontradiktorischen Verfahrens wegen der vermuteten Unzuverlässigkeit der ASt vermochte letztere nicht glaubhaft zu machen, die von der AG nachweislich festgestellte Unzuverlässigkeit wieder hergestellt zu haben, insbesondere weil auf personell-organisatorischer Ebene die Selbstreinigung aufgrund des weiter bestehenden maßgeblichen Einflusses des Ing. A. auf die (an Vergabeverfahren teilnehmende) ASt nicht hinreichend bzw. nicht rechtzeitig erfolgt ist.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens war nun einerseits die Frage zu behandeln, ob in Bezug auf die ASt trotz von Seiten der AG nicht erfolgter Ausscheidensentscheidung dennoch Ausscheidensgründe vorliegen, bejahendenfalls war die Frage zu beantworten, ob bei Vorhandensein weiterer nicht von vornherein als nicht zuschlagsfähig anzusehender Angebote diverser Bieter selbst bei Annahme, die Angebote der beiden präsumtiven Parteien der Rahmenvereinbarung wären auszuschneiden, die Antragslegitimation der ASt gegeben ist oder nicht.

Was die erste Frage betrifft, so geht das Verwaltungsgericht Wien aufgrund der Aktenlage und des durchgeführten Beweisverfahrens davon aus, dass die ASt nicht nur ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt hat, sondern dass auch ihre berufliche Zuverlässigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht gegeben gewesen ist (und der ASt eine Glaubhaftmachung iSd § 73 Abs. 2 BVergG nicht geglückt ist), sohin zwei Ausscheidensgründe vorliegen. Was die zweite Frage betrifft, so geht das Verwaltungsgericht Wien aufgrund der Aktenlage und des durchgeführten Beweisverfahrens davon aus, dass die ASt nicht nur ein ausschreibungswidriges Angebot gelegt hat, sondern dass auch ihre berufliche Zuverlässigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht gegeben gewesen ist (und der ASt eine Glaubhaftmachung iSd Paragraph 73, Absatz 2, BVergG nicht geglückt ist), sohin zwei Ausscheidensgründe vorliegen.

Zunächst ist zum Vorbringen der AG, wonach gemäß der bestandfesten Ausschreibung, betreffend Eignungskriterien in den Besondere Bestimmungen, Punkt A.5.3, „4.2 Personalausstattung“ ein ausschreibungswidriges Angebot der ASt vorliege, wie folgt auszuführen:

Die fragliche Passage lautet:

„4.2

Personalausstattung

Das geforderte Schweiß-Personal (siehe Punkt 4.2.1) muss im Unternehmen des Bieters (Substituierung durch Subunternehmer/verbundene Unternehmen zulässig) beschäftigt sein.

Eine Substitution im Rahmen der Heranziehung von Leiharbeitskräften oder der Überlassung von Schweiß-Arbeitskräften ist unzulässig.

4.2.1 Personalrohrlegearbeiten

gültiges Schweißprüfbuch nach ÖNORM M7182 oder eine gleichwertige Bescheinigung mit jeweils

. mindestens 4 geprüften Autogenschweißern (Schweißverfahren 311 nach EN ISO 4063), und

. mindestens 4 geprüften Elektroschweißern (Schweißverfahren 111, 141 nach EN ISO 4063) für Rohr- und Stahlbau

für diese Schweißer ist die Prüfbescheinigung nach EN 9606 vorzulegen. (...)

Die ASt hat mit ihrem Angebot folgendes Personal für Rohrlegearbeiten benannt:

Grafik (Tabelle) nicht anonymisierbar

Bei der G. GmbH („G.“) handelt es sich unbestritten und unbeschadet des Umstandes, dass diese Gesellschaft von der ASt in ihrem Angebot (auch) als verbundenes Unternehmen und Subunternehmen angeführt wurde, um eine nach der Gewerbeberechtigung zur Überlassung von Arbeitskräften befugte Firma. Die Herren U., V. und W. waren demnach als von der „G.“ überlassene Arbeitskräfte anzusehen. Dabei hat außer Betracht zu bleiben, ob/dass das erwähnte Personal nur innerhalb des Bereiches der L. GmbH eingesetzt wird (vgl. die Verantwortung der ASt in der mündlichen Verhandlung). Bei der G. GmbH („G.“) handelt es sich unbestritten und unbeschadet des Umstandes, dass diese Gesellschaft von der ASt in ihrem Angebot (auch) als verbundenes Unternehmen und Subunternehmen angeführt wurde, um eine nach der Gewerbeberechtigung zur Überlassung von Arbeitskräften befugte Firma. Die Herren U., römisch fünf. und W. waren demnach als von der „G.“ überlassene Arbeitskräfte anzusehen. Dabei hat außer Betracht zu bleiben, ob/dass das erwähnte Personal nur innerhalb des Bereiches der L. GmbH eingesetzt wird vergleiche die Verantwortung der ASt in der mündlichen Verhandlung).

Auch aus dem Bezug habenden aktenkundigen Formular WSTW 9281 ergibt sich zweifelsfrei, dass die „G.“ (als Subunternehmerin) der ASt im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Teilleistung „Überlassung von Arbeitskräften“ namhaft gemacht wurde, womit auch die in der Eigenerklärung von der „G.“ angeführte Befugnis „Arbeitskräfteüberlassung“ in Einklang steht.

Die ASt hat damit entgegen den bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen (Schweiß-)Personal für Rohrlegearbeiten zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch die Heranziehung von Leiharbeitskräften substituiert. Dies war jedoch gemäß Punkt A.5.3, „4.2 Personalausstattung“ der Besonderen Bestimmungen unzulässig. Das Angebot der ASt widerspricht daher klar den Ausschreibungsunterlagen.

Im gegenständlich zu beurteilenden Fall liegt aber - angebotsbezogen - nicht nur ein ausschreibungswidriges Angebot der ASt vor, welches einen Ausscheidenstatbestand bildet, sondern liegt - bieterbezogen - ein weiterer maßgeblicher Ausscheidenstatbestand vor, nämlich jener der beruflichen Unzuverlässigkeit der ASt. Zur Frage der beruflichen Unzuverlässigkeit der ASt ist nun zunächst festzuhalten, dass gemäß § 187 BVergG die Vergabe von Aufträgen an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu erfolgen hat. Im gegenständlich zu beurteilenden Fall liegt aber - angebotsbezogen - nicht nur ein ausschreibungswidriges Angebot der ASt vor, welches einen Ausscheidenstatbestand bildet, sondern liegt - bieterbezogen - ein weiterer maßgeblicher Ausscheidenstatbestand vor, nämlich jener der beruflichen Unzuverlässigkeit der ASt. Zur Frage der beruflichen Unzuverlässigkeit der ASt ist nun zunächst festzuhalten, dass gemäß Paragraph 187, BVergG die Vergabe von Aufträgen an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu erfolgen hat.

Die C. GmbH als Sektorenauftraggeberin, die ein öffentliches Unternehmen ist, hatte den Ausschlussgrund des § 229 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. Dabei handelt es sich um einen Ausschlussgrund, der das Vorliegen der Eignungsanforderungen in Frage stellt, in concreto um einen Tatbestand, welcher das Fehlen der Zuverlässigkeit indiziert. Die C. GmbH als Sektorenauftraggeberin, die ein öffentliches Unternehmen ist, hatte den Ausschlussgrund des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen. Dabei handelt es sich um einen Ausschlussgrund, der das Vorliegen der Eignungsanforderungen in Frage stellt, in concreto um einen Tatbestand, welcher das Fehlen der Zuverlässigkeit indiziert.

Anders als im Ausschlussstatbestand des § 229 Abs. 1 Z 4 BVergG, welcher erst erfüllt ist, wenn die Auftraggeberin in Ansehung eines am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmers von einer rechtskräftigen Verurteilung wegen bestimmter Straftaten Kenntnis erlangt oder - worauf die ASt im gegenständlichen Zusammenhang (aber) zu Unrecht einwendend hinweist - gegen Unternehmer ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt (§ 229 Abs. 1 Z 4 BVergG), gibt es aber auch Ausschlussgründe, die eben gerade nicht eine rechtskräftige Verurteilung voraussetzen, gleichwohl aber die Unzuverlässigkeit eines Unternehmers vermuten lassen, so etwa § 229 Abs. 1 Z 5 BVergG, wonach Unternehmer ausschließbar sind, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Sektorenauftraggeber nachweislich festgestellt wurde. Anders als im Ausschlussstatbestand des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG, welcher erst erfüllt ist, wenn die Auftraggeberin in Ansehung eines am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmers von einer rechtskräftigen Verurteilung wegen bestimmter Straftaten Kenntnis erlangt oder - worauf die ASt im gegenständlichen Zusammenhang (aber) zu Unrecht einwendend hinweist - gegen Unternehmer ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt (Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG), gibt es aber auch Ausschlussgründe, die eben gerade nicht eine rechtskräftige Verurteilung voraussetzen, gleichwohl aber die Unzuverlässigkeit eines Unternehmers vermuten lassen, so etwa Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG, wonach Unternehmer ausschließbar sind, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Sektorenauftraggeber nachweislich festgestellt wurde.

Eine solche schwere, von der AG nachweislich festgestellte Verfehlung in der Person des geschäftsführenden Gesellschafters der ASt, Ing. H. A., liegt aus folgenden Erwägungen gegenständlich vor:

Schon aus der Aktenlage ist zu entnehmen, dass der AG zum Angebotsöffnungszeitpunkt ein Strafantrag der WKStA zu Zl. ... unter anderem gegen Herrn Ing. H. A. vorgelegt ist. Dem erwähnten Strafantrag zufolge wurde Herr Ing. H. A. in

seiner Funktion als geschäftsführender Gesellschafter der J. GmbH die Beteiligung an einer rechtswidrigen Absprache gemäß § 168b StGB im Zusammenhang mit der Vergabe beim Projekt „Z.“ der damaligen Auftraggeberin K. GmbH vorgeworfen. Ing. H. A. war zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung im nun gegenständlichen Verfahren laut Firmenbuch aber auch selbstständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der ASt und – über seine maßgebliche Beteiligung an der L. GmbH – auch mittelbarer Mehrheitsgesellschafter der ASt. Gegenständlich ging es also um die Involvierung des geschäftsführenden Gesellschafters der ASt an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen bei einer früheren Ausschreibung der Auftraggeberin K. GmbH. Schon aus der Aktenlage ist zu entnehmen, dass der AG zum Angebotsöffnungszeitpunkt ein Strafantrag der WKStA zu Zl. ... unter anderem gegen Herrn Ing. H. A. vorgelegt ist. Dem erwähnten Strafantrag zufolge wurde Herr Ing. H. A. in seiner Funktion als geschäftsführender Gesellschafter der J. GmbH die Beteiligung an einer rechtswidrigen Absprache gemäß Paragraph 168 b, StGB im Zusammenhang mit der Vergabe beim Projekt „Z.“ der damaligen Auftraggeberin K. GmbH vorgeworfen. Ing. H. A. war zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung im nun gegenständlichen Verfahren laut Firmenbuch aber auch selbstständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der ASt und – über seine maßgebliche Beteiligung an der L. GmbH – auch mittelbarer Mehrheitsgesellschafter der ASt. Gegenständlich ging es also um die Involvierung des geschäftsführenden Gesellschafters der ASt an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen bei einer früheren Ausschreibung der Auftraggeberin K. GmbH.

Im besagten Strafantrag der WKStA vom 16.04.2014 war Herrn Ing. H. A. als Geschäftsführer der J. GmbH, Herrn Ab. als zuständigem Projektleiter dieser Gesellschaft und Herrn Ac. als Prokurist der Firma Ad. GmbH zur Last gelegt worden, im September 2011 im bewussten und gewollten Zusammenwirken in der zweiten Verhandlungsrunde über die Bezirksgruppe 2 mit dem Ziel der Annahme des durch die Firma J. GmbH gelegten Angebotes in der Höhe von € *** in Wien und anderen Orten beim zweistufigen Vergabeverfahren nach dem BVergG der „Z.“ für die Jahre 2011 bis 2014 des öffentlichen Auftraggebers K. GmbH (nunmehr zur Aufnahme durch die C. GmbH verschmolzen) ein Angebot gelegt zu haben, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht habe, die darauf abgezielt habe, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebotes, nämlich zu bestimmten Bezirksgruppenpreisen in der zweiten Verhandlungsrunde zu veranlassen. Es hätten dadurch Ab. und Ing. H. A., Ac. u.a. jeweils das Vergehen der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren nach § 168b Abs. 1 StGB (wonach zu bestrafen ist, wer bei einem Vergabeverfahren ein Angebot legt, dass auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen) begangen und wurde beantragt, die Genannten nach der zitierten Bestimmung zu bestrafen. Unter anderem sei zudem über die J. GmbH wegen des Vergehens der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren nach § 168b Abs. 1 StGB gemäß § 4 VbVG eine Verbandsgeldbuße zu verhängen. Bei der J. GmbH handle es sich um eine 2004 gegründete Gesellschaft, Herr Ing. A. sei ihr geschäftsführender Gesellschafter. In der Begründung des Strafantrags heißt es unter anderem, dass, zumal bei größeren Aufträgen auch die Geschäftsführung zu befassen sei, auch Ing. A. in den Malversationen involviert gewesen sei und daher die inkriminierte Absprache des Herrn Ab. durch Freigabe des Verhandlungsprotokolls mittrage, zumal jeder Preisnachlass in der zweiten Verhandlungsrunde mit Ing. A. besprochen und von diesem genehmigt werden habe müssen. Zumal sich die Beteiligten – im Sinne einer Abmachung über ein bestimmtes Verhalten im zweistufigen Verhandlungsverfahren - vor der Abgabe des Angebotes in der zweiten Verhandlungsrunde - abgesprochen hätten, um den öffentlichen Auftraggeber zur Annahme desjenigen Angebotes zu veranlassen, welches nach erfolgter Absprache das niedrigste war, liege die Tatbestandsverwirklichung vor. Im besagten Strafantrag der WKStA vom 16.04.2014 war Herrn Ing. H. A. als Geschäftsführer der J. GmbH, Herrn Ab. als zuständigem Projektleiter dieser Gesellschaft und Herrn Ac. als Prokurist der Firma Ad. GmbH zur Last gelegt worden, im September 2011 im bewussten und gewollten Zusammenwirken in der zweiten Verhandlungsrunde über die Bezirksgruppe 2 mit dem Ziel der Annahme des durch die Firma J. GmbH gelegten Angebotes in der Höhe von € *** in Wien und anderen Orten beim zweistufigen Vergabeverfahren nach dem BVergG der „Z.“ für die Jahre 2011 bis 2014 des öffentlichen Auftraggebers K. GmbH (nunmehr zur Aufnahme durch die C. GmbH verschmolzen) ein Angebot gelegt zu haben, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht habe, die darauf abgezielt habe, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebotes, nämlich zu bestimmten Bezirksgruppenpreisen in der zweiten Verhandlungsrunde zu veranlassen. Es hätten dadurch Ab. und Ing. H. A., Ac. u.a. jeweils das Vergehen der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren nach Paragraph 168 b, Absatz eins, StGB (wonach zu bestrafen ist, wer bei einem Vergabeverfahren ein Angebot legt, dass auf einer rechtswidrigen Absprache beruht, die darauf abzielt, den Auftraggeber zur Annahme eines bestimmten Angebotes zu veranlassen) begangen und wurde

beantragt, die Genannten nach der zitierten Bestimmung zu bestrafen. Unter anderem sei zudem über die J. GmbH wegen des Vergehens der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren nach Paragraph 168 b, Absatz eins, StGB gemäß Paragraph 4, VbVG eine Verbandsgeldbuße zu verhängen. Bei der J. GmbH handle es sich um eine 2004 gegründete Gesellschaft, Herr Ing. A. sei ihr geschäftsführender Gesellschafter. In der Begründung des Strafantrags heißt es unter anderem, dass, zumal bei größeren Aufträgen auch die Geschäftsführung zu befassen sei, auch Ing. A. in den Malversationen involviert gewesen sei und daher die inkriminierte Absprache des Herrn Ab. durch Freigabe des Verhandlungsprotokolls mittrage, zumal jeder Preisnachlass in der zweiten Verhandlungsrunde mit Ing. A. besprochen und von diesem genehmigt werden habe müssen. Zumal sich die Beteiligten – im Sinne einer Abmachung über ein bestimmtes Verhalten im zweistufigen Verhandlungsverfahren - vor der Abgabe des Angebotes in der zweiten Verhandlungsrunde - abgesprochen hätten, um den öffentlichen Auftraggeber zur Annahme desjenigen Angebotes zu veranlassen, welches nach erfolgter Absprache das niedrigste war, liege die Tatbestandsverwirklichung vor.

Auf Basis dieses Strafantrages der Anklagebehörde stand fest, dass Herrn Ing. A. eine Handlung zur Last gelegt wurde, die eine schwere berufliche Verfehlung im Sinne des § 229 Abs. 1 Z 5 BVergG darstellt. Die AG, in Kenntnis des (Inhaltes des) Strafantrages, konnte damit von einer nachweislichen Feststellung der schweren Verfehlung durch die ASt (in der Person des Ing. A.) ausgehen. Die AG hat auch plausibel dargelegt, dass schon geraume Zeit vor Bekanntwerden des Strafantrages die Zuverlässigkeitsprüfung der ASt in diesem Zusammenhang (nach Beginn der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen) „Thema“ gewesen sei, dass schließlich aber nach den abgeschlossenen Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörde mit Bekanntwerden des Strafantrages in Ansehung des Ing. A. (und der darin umschriebenen und nachvollziehbar begründeten Verfehlungen des Genannten) für sie selbst überzeugend und nachweislich die daraus resultierende Unzuverlässigkeit (der ASt) festgestellt galt. Auf Basis dieses Strafantrages der Anklagebehörde stand fest, dass Herrn Ing. A. eine Handlung zur Last gelegt wurde, die eine schwere berufliche Verfehlung im Sinne des Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG darstellt. Die AG, in Kenntnis des (Inhaltes des) Strafantrages, konnte damit von einer nachweislichen Feststellung der schweren Verfehlung durch die ASt (in der Person des Ing. A.) ausgehen. Die AG hat auch plausibel dargelegt, dass schon geraume Zeit vor Bekanntwerden des Strafantrages die Zuverlässigkeitsprüfung der ASt in diesem Zusammenhang (nach Beginn der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen) „Thema“ gewesen sei, dass schließlich aber nach den abgeschlossenen Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörde mit Bekanntwerden des Strafantrages in Ansehung des Ing. A. (und der darin umschriebenen und nachvollziehbar begründeten Verfehlungen des Genannten) für sie selbst überzeugend und nachweislich die daraus resultierende Unzuverlässigkeit (der ASt) festgestellt galt.

Dass diese Verfehlungen auch der ASt (nämlich) als teilnehmender Bieterin am gegenständlichen Vergabeverfahren zurechenbar ist, ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Wenn auch Herrn Ing. A. die inkriminierte Verfehlung nicht in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der ASt, sondern in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der J. GmbH zur Last gelegt worden ist, so ist doch aufgrund des Umstandes, dass der Genannte zugleich in der Geschäftsführung der ASt tätig war, durch die personelle Verflechtung auch bei der ASt die Gefahr gegeben, dass es zu einer Wiederholung der verpönten Handlung auf Ebene der Geschäftsführung kommen könnte. Zumal es auf das Verhalten der in der Geschäftsführung des Unternehmens tätigen natürlichen Personen ankommt, war es folglich unerheblich, ob Herr Ing. A. eine Verfehlung in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der ASt oder in seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der J. GmbH zur Last gelegt wurde. Festzuhalten ist in diesem Kontext auch die beherrschende Beteiligung des Genannten an der L. GmbH, welche sowohl Mehrheitsgesellschafterin der ASt als auch maßgeblich an der J. GmbH beteiligt ist.

Im laufendem Vergabeverfahren stand also die Möglichkeit des Ausscheidens der ASt wegen Fehlens beruflicher Zuverlässigkeit gemäß § 269 Abs. 1 Z 1 iVm § 229 Abs. 1 Z 5 BVergG im Raum. Im Rahmen des kontradiktorischen Verfahrens wurden einerseits die Tatvorwürfe laut dem anklagebehördlichen Strafantrag vorgehalten, zum anderen aber auch die von der als unzuverlässig ASt gesetzten Maßnahmen zur Wiederherstellung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit („Selbstreinigung“) erörtert. Im laufendem Vergabeverfahren stand also die Möglichkeit des Ausscheidens der ASt wegen Fehlens beruflicher Zuverlässigkeit gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG im Raum. Im Rahmen des kontradiktorischen Verfahrens

wurden einerseits die Tatvorwürfe laut dem anklagebehördlichen Strafantrag vorgehalten, zum anderen aber auch die von der als unzuverlässig ASt gesetzten Maßnahmen zur Wiederherstellung ihrer beruflichen Zuverlässigkeit („Selbstreinigung“) erörtert.

Die ASt wendet dazu (vorweg) zu Unrecht eine Verletzung der Unschuldsvermutung ein. Die Unschuldsvermutung will sicherstellen, dass niemand als schuldig behandelt wird, ohne dass ihm in einem fairen Verfahren seine Schuld nachgewiesen ist. Die Unschuldsvermutung besagt nicht, dass einem Tatverdächtigen bis zur rechtskräftigen Verurteilung als Folge der Straftaten keine Nachteile entstehen dürfen (bspw. einschneidender freiheitsbeschränkender Eingriff wie die Anordnung einer Untersuchungshaft). Die Unschuldsvermutung hindert dementsprechend auch nicht die Aufbürdung geschäftlicher Nachteile aufgrund des provozierten Vertrauensverlustes. Man führe sich weiters vor Augen dass zwischen dem Bekanntwerden strafbarer Handlungen, der Anklageerhebung und der (allfälligen) rechtskräftigen Aburteilung gerade bei Straftaten mit wirtschaftlichem Bezug oft Jahre liegen. Der AG kann bei Vorliegen eines Strafantrages, dem in der Regel - wie im vorliegend zu beurteilenden Fall - umfangreiche staatsanwaltschaftliche Ermittlungen vorangehen, zumal, wenn sich die vorgeworfenen Taten - wie gegenständlich - gegen sie selbst oder ihr nahestehende Unternehmen richten, nicht zugemutet werden, mit dem betreffenden Unternehmer dessen ungeachtet weiter ohne Einschränkungen in Geschäftsverkehr zu treten, denn dies setzt gegenseitiges Vertrauen voraus.

Mit diesen Überlegungen steht etwa die auf vergleichbaren Rechtsgrundlagen basierende deutsche Rechtsprechung in Vergaberechtsangelegenheiten im Einklang. So hat beispielsweise das OLG Saarbrücken im Erkenntnis vom 18.12.2003, 1 Verg 4/03, festgehalten, dass im Hinblick auf das für ein Vertragsverhältnis notwendige gegenseitige Vertrauen ein rechtskräftiges Urteil ebenso wenig erforderlich wie die Anklageerhebung oder die Eröffnung des Hauptverfahrens ist. Die nachweisliche Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung wurde im konkreten Fall im Wesentlichen aufgrund der Ergebnisse der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen als gegeben erachtet, die ausreichend konkrete und dringende Verdachtsmomente zu Tage gebracht haben. Auch das OLG Frankfurt am Main hat in seinem Erkenntnis vom 20.07.2004, 11 Verg 6/04, festgehalten, dass weder ein rechtskräftiger Beschluss noch ein Urteil noch eine Anklageschrift oder ein Eröffnungsbeschluss vorliegen müsse, auch Ergebnisse staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen können ausreichend sein.

Es ist aufgrund der vorliegenden Aktenlage auch detailliert nachverfolgbar, dass die AG der ASt rechtsrichtig im Rahmen des kontradiktorischen Verfahrens die Möglichkeit eingeräumt hat, glaubhaft zu machen, dass sie trotz des angeführten Umstandes zuverlässig ist (vgl. dazu u.a. das Erk. des VwGH v. 25.03.2014, 2012/04/0145, wonach die obzitierte Bestimmung des § 73 BVergG analog auch im Sektorenbereich anzuwenden ist). Die AG hatte nach der eigenen nachweislichen Feststellung des inkriminierten Verhaltens der ASt (in der Person des Ing. A.) sich unter Vorhalt des eigenen Kenntnisstandes auf die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen der ASt konzentriert und zu beurteilen, ob diese Maßnahmen geeignet sind, das im Strafantrag der WKStA vorgeworfene Verhalten in Zukunft zu vermeiden. Hierbei ist nach Prüfung der von der ASt dargelegten Maßnahmen eine Abwägung nach § 73 Abs. 3 BVergG geboten. Dabei sind die vorgebrachten und gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, ob die ASt selbst glaubwürdige und erfolgsversprechende Maßnahmen ergriffen hat, um die in der Vergangenheit vorgekommenen Rechtsverletzungen für die Zukunft auszuschließen (Prognoseentscheidung). Im Übrigen ist die Zuverlässigkeitsprüfung Teil der Eignungsprüfung und gilt für die Zuverlässigkeit, dass sie zu dem Zeitpunkt (hier: Angebotsöffnungszeitpunkt) vorliegen muss, an dem die Eignung gegeben sein muss, sodass in Folge der gebotenen Gesamtbetrachtung auch die selbstreinigenden Maßnahmen zu diesem Zeitpunkt gesetzt sein müssen. Es ist aufgrund der vorliegenden Aktenlage auch detailliert nachverfolgbar, dass die AG der ASt rechtsrichtig im Rahmen des kontradiktorischen Verfahrens die Möglichkeit eingeräumt hat, glaubhaft zu machen, dass sie trotz des angeführten Umstandes zuverlässig ist (vergleiche dazu u.a. das Erk. des VwGH v. 25.03.2014, 2012/04/0145, wonach die obzitierte Bestimmung des Paragraph 73, BVergG analog auch im Sektorenbereich anzuwenden ist). Die AG hatte nach der eigenen nachweislichen Feststellung des inkriminierten Verhaltens der ASt (in der Person des Ing. A.) sich unter Vorhalt des eigenen Kenntnisstandes auf die Prüfung von Selbstreinigungsmaßnahmen der ASt konzentriert und zu beurteilen, ob diese Maßnahmen geeignet sind, das im Strafantrag der WKStA vorgeworfene Verhalten in Zukunft zu vermeiden. Hierbei ist nach Prüfung der von der ASt dargelegten Maßnahmen eine Abwägung nach Paragraph 73,

Absatz 3, BVergG geboten. Dabei sind die vorgebrachten und gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, ob die ASt selbst glaubwürdige und erfolgsversprechende Maßnahmen ergriffen hat, um die in der Vergangenheit vorgekommenen Rechtsverletzungen für die Zukunft auszuschließen (Prognoseentscheidung). Im Übrigen ist die Zuverlässigkeitsprüfung Teil der Eignungsprüfung und gilt für die Zuverlässigkeit, dass sie zu dem Zeitpunkt (hier: Angebotsöffnungszeitpunkt) vorliegen muss, an dem die Eignung gegeben sein muss, sodass in Folge der gebotenen Gesamtbetrachtung auch die selbstreinigenden Maßnahmen zu diesem Zeitpunkt gesetzt sein müssen.

Bereits kurz nach Ende der Angebotsfrist, nämlich mit Schreiben vom 10.11.2014 hat die AG die ASt unter Vorhalt der von ihr festgestellten gravierenden Verfehlungen zur schriftlichen Glaubhaftmachung eingeladen. Die ASt verneinte mit Antwortschreiben vom 24.11.2014 zwar das Vorliegen einer nachweislich festgestellten Verfehlung, stellte aber strukturelle und organisatorische Maßnahmen dar, welche sie seit Bekanntwerden des Anlassfalls bzw. der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen getroffen habe. So wurde ausgeführt, dass der im Strafantrag der WKStA zufolge von einer Mitwirkung an Bieterabsprachen betroffene Bereich „K. Ost“ von der J. GmbH in die ASt übertragen worden sei. Dieser neue Bereich sei als eigenständige Abteilung mit dem Geschäftsführer Ing. M. eingerichtet worden. Daneben wurden Compliance-Maßnahmen (insbes. verbindlicher Code of Conduct, Richtlinien, Schaffung und Ausbau des Bereiches Compliance-Management, Mitarbeiterschulungen) dargelegt.

Die AG steht auf dem Standpunkt, dass die Vermutung der beruflichen Unzuverlässigkeit der ASt im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht widerlegt worden sei und die Einflussnahmemöglichkeit seitens des Herrn Ing. A. auf zukünftige Vergabeverfahren nicht auszuschließen gewesen sei, weil wirksame Maßnahmen bis zum 05.11.2014 noch nicht gesetzt worden seien (die Ressortverteilung sei aufgrund der bestehenden Weisungs- und Informationsrechte von Geschäftsführern formal nicht ausreichend, um eine Einflussnahme des Geschäftsführers Ing. A. auf laufende Vergabeverfahren aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ausschließen zu können. Auch könne ein Gesellschafterbeschluss ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Absicherung nicht den Einfluss der Gesellschafter auf die Geschäftsführung einer Tochter-GmbH ausschließen.

Unbestritten blieb, dass die von der ASt ins Treffen geführten wesentlichen organisatorischen Maßnahmen zum Angebotsöffnungszeitpunkt noch nicht durch einen Gesellschafterbeschluss abgesichert waren. Der entsprechende Beschluss erfolgte zum einen erst am 12.12.2014. Zum anderen ist dazu zu bemerken, dass ohne eine - erst für Anfang 2015 in Aussicht gestellte - gesellschaftsvertragliche Absicherung der organisatorischen Maßnahmen der ASt diese Maßnahmen nicht von der erforderlichen Effektivität waren, zumal es ohne rechtliche Sanktionsmöglichkeit möglich gewesen wäre, dass Entscheidungsabläufe über Weisungen oder sonstige Einflussnahme des Ing. A. im Hinblick auf Vergabeverfahren beeinflusst hätten werden können. Eine gesellschaftsvertragliche Absicherung organisatorischer Maßnahmen zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit war deshalb für die Effektivität dieser Maßnahmen von grundlegender Bedeutung, weil nur in diesem Fall gesellschaftsrechtliche Konsequenzen bei der Verletzung etwa der Ressortaufteilung Platz greifen könnten.

Nicht beizupflichten ist in diesem Zusammenhang der Meinung der ASt, wonach es überschießend wäre, zu verlangen, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer, der mit einem Strafantrag konfrontiert sei, de facto gezwungen sei, das Unternehmen zu verlassen, denn wären Ing. A. durchaus andere Möglichkeiten verblieben, um den Anforderungen gerecht zu werden.

Personelle Maßnahmen bilden den Kern einer jeden Selbstreinigung. Ohne Trennung von den für die Verfehlung verantwortlichen Personen (sei es Mitarbeiter, Organe oder Gesellschafter), die unverzüglich und vollständig zu erfolgen hat, ist eine Selbstreinigung nicht möglich. Was nun die personellen Selbstreinigungsmaßnahmen betrifft, so war zunächst festzustellen, dass zwar der involvierte Mitarbeiter, namentlich Herr Ab., früh- und rechtzeitig - bereits nach Bekanntwerden der Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörde - aus dem Unternehmen entlassen wurde, jedoch Herr Ing. A. weiterhin - insbesondere in der (gesellschaftsrechtlich) „alle Fäden in der Hand haltenden“ L. GmbH wie auch in der ASt - de facto unverändert an maßgeblicher Stelle verblieben ist und auch nicht dafür Sorge getragen hat, dass er - zumindest bis zum Abschluss des gerichtlichen Strafverfahrens - seine dominierende Position im Unternehmen vorübergehend aufgeben hätte.

Hinsichtlich der Person des Herrn Ab. war wie gesagt durch die Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehung gewährleistet worden, dass die betroffene Person keinen Einfluss mehr auf die operative Geschäftstätigkeit hat. Aus

dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dass die AG bei personellen Maßnahmen zu wahren hat, ist die Schwere der Verfehlung für die Angemessenheit der Selbstreinigungsmaßnahmen als maßgeblich zu erachten. Bei den hier in Rede stehenden Kartellrechtsverstößen muss zum Einen dezidiert von gravierenden Verstößen ausgegangen werden und zum Anderen war nicht nur ein Mitarbeiter der AST an den Malversationen beteiligt, sondern war der geschäftsführende Gesellschafter der AST selbst darin involviert wie sich nicht nur für die AG ergeben hat, sondern auch für das Verwaltungsgericht Wien plausibel nachvollziehen lässt.

Gesellschafterbezogene Maßnahmen sind zur Selbstreinigung erforderlich, wenn die schwere Verfehlung einem Gesellschafter zur Last fällt, dem es aufgrund seiner Gesellschafterstellung durch Ausüben seiner Gesellschafterrechte (auch und sogar ohne Innehabung einer leitenden Organfunktion) möglich ist, maßgeblichen Einfluss auf das operative Geschäft der gesellschaftsführenden Mitarbeiter zu nehmen.

Die erfolgreiche Selbstreinigung knüpft aber entgegen der Meinung der AST nicht an der Aufgabe der formalen Gesellschafterstellung an. Zunächst wird nicht verlangt, dass sich der Gesellschafter von seinen Geschäftsanteilen trennt, sie zum Beispiel verkauft, wenn es andere Möglichkeiten gibt, ihm seinem Einfluss auf die Gesellschaft zu verwehren. Dazu kann ein Treuhandvertrag geeignet sein, der dem Treuhänder, also einem vom Treugeber unabhängigen Dritten, die weisungsfreie und unabhängige Ausübung der Gesellschaftsrechte gewährleistet und der in der Praxis auch so gelebt wird. Für eine Selbstreinigung spräche etwa, dass ein in rechtswidrigen Absprachen in Vergabeverfahren verstrickter Gesellschafter auf jegliche Ausübung der Gesellschafterrechte jedenfalls unter der Voraussetzung verzichtet, dass sich die gegen ihn erhobenen Vorwürfe abschließend als begründet herausstellen. Denn diesfalls ist die Einflussnahmemöglichkeit so lange ausgeschlossen, als die Vorwürfe noch im Raum stehen.

Erfolgte die Malversation auf Geschäftsführungsebene, ist eine Abteilungsgliederung innerhalb ein und desselben Unternehmens nicht effizient. Denn letztlich leitet der Geschäftsführer alle Abteilungen eines Unternehmens, besitzt Weisungs- und Informationsrechte gegenüber allen Mitarbeitern, sodass der Geschäftsführer auch bei getrennter Abteilungsleitung letztlich das Informations- und Entscheidungszentrum bleibt. Wenn Geschäftsführer oder Gesellschafter oder geschäftsführende Gesellschafter das Fehlverhalten gesetzt haben, genügt es nicht, dass sie ihr Amt (die Ausübung der Gesellschafterrechte) gegen das Versprechen behalten, sich aus der anstehenden Vergabe „herauszuhalten“ und die (nunmehr) zuständigen Personen in keiner Weise zu beeinflussen, auch wenn die Verpflichtung durch eine Vertragsstrafenvereinbarung abgesichert ist. Die AG kann nicht überprüfen, ob der Verpflichtung wirklich entsprochen wird.

Bei Abwägen der Schwere des festgestellten Fehlverhaltens und der dargelegten Selbstreinigungsmaßnahmen der AST war im Lichte dieser Ausführungen zu konstatieren, dass die von der AST getroffenen Maßnahmen weder im wesentlichen Umfang rechtzeitig noch – auf personeller/organisatorischer Ebene ausreichend gesetzt wurden, um (im Sinne einer positiven Prognoseentscheidung) von einer wiedererlangten Zuverlässigkeit der AST sprechen zu können.

Zur fehlenden Antragslegitimation der AST:

Das Urteil des EuGH vom 04.07.2013, C-100/12, „Fastweb“, betrifft den Fall, dass an einem Vergabeverfahren zwei Bieter beteiligt sind, ein Bieter ein vergaberechtliches Rechtsmittel („Klage“) ergreift und ihn der andere Bieter mit der Einrede („Widerklage“), der klagende Bieter hätte ausgeschieden werden müssen, die Antragsbefugnis abspricht. Dem EuGH zufolge liegt in diesem Fall die Antragsbefugnis vor, wenn beide Bieter aus gleichartigen Gründen auszuschneiden wären.

Das Verwaltungsgericht Wien entnimmt dem zitierten Urteil des EuGH als ausschlaggebenden Aspekt, dass bei der gebotenen Gleichbehandlung der Bieter hinsichtlich gleichartiger Ausscheidungsgründe kein zuschlagsfähiges Angebot verblieben wäre und der Auftraggeber seine Ausschreibung daher zwingend widerrufen hätte müssen. Unter Zugrundelegung eines allenfalls unbefriedigt gebliebenen Beschaffungsbedarfes hätte der Antragsteller daher mit einer neuerlichen Ausschreibung rechnen können und insoweit zumindest eine mittelbare Chance gehabt, den Auftrag doch noch zu erhalten.

Sind jedoch – wie im vorliegenden Fall – Bieter im Vergabeverfahren verblieben, deren Angebote nicht auszuschneiden sind, so ist die Frage, ob die präsumtiven Parteien der Rahmenvereinbarung allenfalls auszuschneiden wären, für die auszuschneidende AST rechtlich irrelevant, weil sie kein schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage haben

kann, ob der Zuschlag an die präsuntiven Parteien der Rahmenvereinbarung geht oder auf ein anderes im Vergabeverfahren verbliebenes zuschlagfähiges Angebot zugeschlagen wird. Hier wäre es allenfalls Sache der nicht auszuscheidenden Bieter, eine solche Entscheidung zu bekämpfen. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sind Anhaltspunkte dafür, dass möglicherweise sämtliche Angebote ausgeschieden werden müssen, nicht hervorgekommen und es wurde von der ASt auch kein diesbezügliches Vorbringen erstattet. Aus der Aktenlage ergibt sich vielmehr, dass von den sieben Bietern jedenfalls in Bezug auf drei Bieter (neben den beiden präsuntiven Parteien der Rahmenvereinbarung und der ASt) Angebote gelegt worden sind, von denen nicht schon aufgrund der Aktenlage gesagt hätte werden können, dass auf sie nicht zugeschlagen hätte werden können. Zudem wurde von der ASt auch nicht einmal behauptet, auch hinsichtlich der anderen drei Bieter lägen Ausscheidensgründe vor.

Die Frage, ob die Angebote der jeweiligen präsuntiven Parteien der Rahmenvereinbarung auszuscheiden sind oder nicht, war daher im gegenständlichen Fall für die Frage der Antragslegitimation der ASt ohne rechtliche Relevanz.

Anders als im Urteil „Fastweb“ verblieben im gegenständlich zu beurteilenden Fall also jedenfalls noch weitere Bieter im Vergabeverfahren und nicht bloß die präsuntiven Parteien der Rahmenvereinbarung und die ASt. Zudem ist festzuhalten, dass auch nicht von gleichartigen behaupteten Ausscheidensgründen (u.a. berufliche Unzuverlässigkeit der ASt) bei den präsuntiven Parteien der Rahmenvereinbarung (andere behauptete Ausscheidensgründe; im Zuge des Verfahrens wurde von Seiten der ASt zwar auch - replizierend - hinsichtlich der erstgereihten Bieterin ein allerdings nicht näher konkretisierter „gleichartiger“ Ausscheidensgrund behauptet) die Rede ist. In einem solchen Fall kann sich somit die ASt nicht auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der präsuntiven Parteien der Rahmenvereinbarung berufen, weil es der AG jedenfalls möglich gewesen wäre, ordnungsgemäße Angebote auszuwählen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 24.6.2015, Ra 2014/04/0021-14, (unter Hinweis auf Rn 33 des Urteils) ausgeführt, dass der EuGH im Urteil „Fastweb“ vorausgesetzt habe, dass „die Ordnungsmäßigkeit des Angebotes jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer (also Bieter)“ in Frage gestellt wird. Für die verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung wurden wie oben bereits dargelegt, sieben Angebote gelegt und besteht kein Hinweis für die Annahme, dass sämtliche Angebote auszuscheiden gewesen wären. Damit kann fallbezogen auch gegenständlich davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzungen für eine Konstellation wie im Urteil „Fastweb“ nicht vorliegen.

Die Antragslegitimation der ASt ist daher im Lichte der obigen Ausführungen zu verneinen.

Da der Antrag nicht erfolgreich war und auch kein Fall einer Klaglosstellung durch die AG vorlag, hat die ASt die Gebühren selbst zu tragen (§ 16 Abs. 1 WVRG 2014). Da der Antrag nicht erfolgreich war und auch kein Fall einer Klaglosstellung durch die AG vorlag, hat die ASt die Gebühren selbst zu tragen (Paragraph 16, Absatz eins, WVRG 2014).

Zur Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision war als zulässig zu erklären, weil eine Rechtsfrage zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Zur Frage der Antragslegitimation auszuscheidender Bieter in der gegenständlichen Konstellation fehlte zum Zeitpunkt der Verkündung dieser Entscheidung nämlich eine Rechtsprechung des VwGH.

Schlagworte

Nachprüfungsantrag; Rahmenvereinbarung; Ausschreibung; ausschreibungswidriges Angebot; Ausscheidensgründe; technische Leistungsfähigkeit; berufliche Zuverlässigkeit; Unzuverlässigkeit; Unschuldsumutung; Antragslegitimation; Urteil Fastweb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWI:2015:VGW.123.009.4792.2015

Zuletzt aktualisiert am

15.11.2019

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