

TE Lvwg Erkenntnis 2021/4/20 LVwG-314-2/2021-S1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.04.2021

Entscheidungsdatum

20.04.2021

Norm

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §86

BVergG 2018 §151 Abs1

1. BVergG 2018 § 20 heute
2. BVergG 2018 § 20 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 20 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 86 heute
2. BVergG 2018 § 86 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 151 heute
2. BVergG 2018 § 151 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 151 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Mag. Pathy, Dr. Drexel, BA, und Dr. Köpfle über den Antrag der A Z f I, H und G GmbH, W, vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Wien, auf Nichtigkeitsklärung der Ausschreibungsunterlagen (des Angebots bzw der Ausschreibung sowie des Leistungsvertrags) im Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung mit einer Partei betreffend den Betrieb von Teststraßen in Vorarlberg“, zu Recht erkannt: Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Mag. Pathy, Dr. Drexel, BA, und Dr. Köpfle über den Antrag der A Z f römisch eins, H und G GmbH, W, vertreten durch DORDA Rechtsanwälte GmbH, Wien, auf Nichtigkeitsklärung der Ausschreibungsunterlagen (des Angebots bzw der Ausschreibung sowie des Leistungsvertrags) im Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung mit einer Partei betreffend den Betrieb von Teststraßen in Vorarlberg“, zu Recht erkannt:

I. römisch eins.

Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 und 12 Abs 1 lit b, Abs 2 und Abs 3 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Beschwerde Folge gegeben und die Ausschreibung des Vergabeverfahrens „Rahmenvereinbarung mit einer Partei betreffend den Betrieb von Teststraßen in Vorarlberg“ für nichtig erklärt. Gemäß den Paragraphen 3, 4, Absatz 2 und 12 Absatz eins,

Liter a b., Absatz 2 und Absatz 3, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird der Beschwerde Folge gegeben und die Ausschreibung des Vergabeverfahrens „Rahmenvereinbarung mit einer Partei betreffend den Betrieb von Teststraßen in Vorarlberg“ für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Gemäß § 24 Abs 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Auftraggeber dem Antragsteller jeweils die Hälfte der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag, somit insgesamt 262,50 Euro, binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Gemäß Paragraph 24, Absatz 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes hat der Auftraggeber dem Antragsteller jeweils die Hälfte der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag, somit insgesamt 262,50 Euro, binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

Verfahrensgang

1.1. In einem am 22.02.2021 beim Landesverwaltungsgericht eingelangten Schriftsatz stellte die Antragstellerin den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz. In diesem brachte sie im Wesentlichen Folgendes vor:

Der Auftraggeber habe ein offenes Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellerbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über Lieferleistungen mit einem Unternehmer bekanntgemacht. Inhaltlich sei das Vergabeverfahren als ein Verhandlungsverfahren ausgestaltet. Das Beschaffungsvorhaben umfasse den organisatorischen und medizinischen Betrieb von Teststraßen zur breitflächigen COVID-19-Testung der Bevölkerung an mehreren Standorten im Land Vorarlberg.

Die Antragstellerin betreibe seit Anfang Dezember 2020 in R eine Corona-Teststation mit Antigen- und PCR-Tests. Sie habe dem Auftraggeber mehrfach angeboten, auch als Auftragnehmerin für die vom Land kostenlos angebotenen COVID-19-Tests fungieren zu wollen. Sie habe in weiterer Folge ein konkretes Angebot zu denselben Konditionen wie jener Dienstleister gelegt, der derzeit im Zuge eines Überbrückungsauftrags die betreffende Dienstleistung erbringe. Der Auftraggeber habe eine Zusammenarbeit mit der Antragstellerin bis dato abgelehnt.

Mit Stand 04.02.2021 habe der Auftraggeber bekanntgegeben, das Angebot an Testkapazitäten zu verdoppeln. Eine Ausschreibung sei nicht erfolgt. Dass ein erhöhter Bedarf an COVID-19-Schnelltests bestehen würde, habe dem Auftraggeber schon seit dem 15.12.2020, an dem die Novelle der COVID-19-Einreise-Verordnung kundgemacht worden sei, bekannt sein müssen. Der Auftraggeber habe diesbezüglich zunächst eine unzulässige Direktvergabe durchgeführt. Er habe dann eine Woche zugewartet und am 11.02.2021 die EU-Bekanntmachung abgesendet. Die Frist für die Abgabe des Angebots habe am 23.02.2021 geendet. In die ohnehin und grundlos kurze Angebotsfrist würden zwei Wochenenden fallen.

Die Dringlichkeit sei daher vom Auftraggeber zumindest grob fahrlässig verschuldet worden und sei nicht COVID-19-bedingt. Der Auftraggeber habe die Angebotsfrist so kurz festgelegt, dass es anderen Bietern als dem derzeitigen Dienstleister nicht möglich sei, ein erfolgsversprechendes Angebot zu legen.

Der Auftraggeber habe wissentlich rechtswidrig gehandelt. Es habe zu keinem Zeitpunkt die Notwendigkeit für die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mit der diskriminierend kurzen Frist bestanden, weil der Auftraggeber Kunde der von der B GmbH durchgeführten Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung für SARS-Cov-2 (COVID-19) Testungen sei. Daraus hätte der Auftraggeber abrufen und daher ein Vergabeverfahren mit den regulären Fristen durchführen können.

Die Leitlinien der EU-Kommission „zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation“ würden den Auftraggebern Privilegien aufgrund der durch die COVID-19-Krise verursachten Dringlichkeiten gewähren. Es könnten stark verkürzte Fristen und unter bestimmten Umständen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung für „Überbrückungsvergaben“ gewählt werden. Bei äußerster Dringlichkeit würden die Leitlinien die Durchführung von Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit mehreren Teilnehmern

erlauben. Im vorliegenden Fall würden weder Dringlichkeit noch äußerste Dringlichkeit vorliegen. Der Auftraggeber könne nicht zunächst durch die vergaberechtswidrige Direktvergabe an den derzeitigen Dienstleister „Überbrückungsmaßnahmen“ setzen, um sich in weiterer Folge auf eine Dringlichkeit zu berufen und ein Vergabeverfahren mit einer Angebotsfrist von etwas mehr als einer Woche durchzuführen. Der Zustand der rechtswidrigen Direktvergabe sei möglichst rasch, aber so zu beenden, dass ein nichtdiskriminierendes, echten und freien Vergabewettbewerb ermöglichendes Verfahren unter Chancengleichheit aller Bewerber und Bieter durchzuführen sei. Dass keine Dringlichkeit vorliege, zeige sich auch an dem in der Ausschreibung festgelegten Verfahrensablauf, der ein einstufiges Verhandlungsverfahren mit einem Erstangebot, einer Präsentation und Verhandlungsrunde und dann einem Letztangebot vorsehe. Die EU-Leitlinien würden bei Dringlichkeit demgegenüber ein offenes Verfahren vorsehen, welches das schnellste Verfahren sei.

Sollte doch Dringlichkeit bestehen, so wäre es eine vom Auftraggeber selbst verschuldete. Dass Berufspendler einen COVID-19-Test zum Pendeln benötigen und dass deshalb mehr Testkapazitäten von Nöten sein würden, habe der Auftraggeber bereits seit dem 15.12.2020 gewusst.

Die kurze Ausschreibungsfrist schaffe eine unzulässige Monopolstellung des derzeitigen Dienstleisters, weil dieser bereits über die bereits aufgebauten Teststraßen sowie insbesondere über das erforderliche Personal verfüge. Die Wahl eines einstufigen Verhandlungsverfahrens verstärke die Diskriminierung der Antragstellerin und schaffe eine Monopolstellung des bisherigen Dienstleisters. Ein Verhandlungsverfahren sei im vorliegenden Fall daher nicht zulässig. Ein solches Verfahren sei als Ausnahmeverfahren konzipiert. Ein im BVergG genannter Grund, der die Wahl des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen würde, liege nicht vor.

Die in der Ausschreibung enthaltenen Mindestanforderungen betreffend die Leistungsfähigkeit, wonach als Mindeststammpersonal 104 fix angestellte Personen angegeben werden müssten, baue die Monopolstellung des derzeitigen Dienstleisters aus. Diese habe sich durch den laufenden Auftrag und insbesondere durch die vergaberechtswidrige Direktvergabe das erforderliche, „fix“ angestellte Personal sichern können, das auf dem Markt nunmehr nicht (mehr) vorhanden sei. Auch die Vorgabe, dass der künftige Auftragnehmer das für den Betrieb erforderliche Personal binnen zwei Arbeitstagen bereit zu stellen habe, bevorzuge eindeutig den derzeitigen Dienstleister im Vergleich zu sämtlichen anderen Bietern. Der Auftraggeber habe die Ausschreibung genau an die Ressourcen und Möglichkeiten des derzeit beauftragten Dienstleisters angepasst.

Es sei nicht ersichtlich, warum freie Dienstnehmer und mit Werkvertrag beschäftigte Personen nicht eingesetzt werden dürfen; dies habe nichts mit der (technischen) Leistungsfähigkeit zu tun.

Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung lasse außerdem gänzlich offen, wer die erforderliche Laboranalytik durchführen würde. Wesentliche für die Leistung relevante Eignungsaspekte würden damit bewusst ausgeklammert, weil der derzeitige Dienstleister über kein Labor verfüge.

Überdies sei seitens des Auftraggebers eine willkürliche Entscheidung zu Ungunsten einer Los-vergabe getroffen worden. Im gegenständlichen Fall erlaube der Auftragsgegenstand eine Aufspaltung in verschiedene Teilleistungen, da die ausgeschriebenen Leistungen an mehreren Standorten erbracht werden sollten und diese Standorte nicht miteinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen würden. Durch die Aufteilung auf mehrere Lose würden mehrere Anbieter in Frage kommen, die zumindest ein Los, aber nicht das gesamte Bundesland bedienen könnten. Dadurch könne der dem Vergaberecht immanent innewohnende Gedanke der Förderung des Wettbewerbs im größtmöglichen Ausmaß verwirklicht werden. Die Wahlfreiheit des Auftraggebers sei insofern eingeschränkt, als keine unsachlichen Gründe ausschlaggebend für seine Wahl sein dürften. Auch aus diesem Grund sei die Ausschreibung diskriminierend und für nichtig zu erklären.

Diskriminierend sei auch, dass der Auftragnehmer unmittelbar nach Vertragsschluss dem Auftraggeber eine Ansprechperson mit Angabe von aktiven Kontaktdaten schriftlich bekannt zu geben habe, die in allen Belangen der Vertragserfüllung die zentrale Ansprechperson zu sein habe, und zwar rund um die Uhr. Dabei handle es sich um eine weitere, sachlich nicht rechtfertigbare Diskriminierung aller Bieter außer dem derzeitigen Dienstleister, für den dieses Erfordernis leicht zu bewerkstelligen sei, weil es dort Dienstführer bzw. Dienstaufsichten gebe, die eine Erreichbarkeit von 24 Stunden aufweisen würden. Bei der Antragstellerin hingegen entstünden durch dieses Erfordernis zusätzliche Personalkosten.

Die Antragstellerin beantragt die Nichtigkeitsklärung der gesamten Ausschreibung, in eventu die teilweise Nichtigkeit

einzelner Bestimmungen der Ausschreibung und des Leistungsvertrages hinsichtlich des diskriminierenden Angebots, der Wahl des Vergabeverfahrens, der Mindestanforderungen betreffend die Leistungsfähigkeit, der fehlenden Vergabe der Laboranalytik, der losweisen Vergabe sowie anderer Vergaberechtswidrigkeiten. Sie bringt weiter vor, dass sie bei vergaberechtskonformer Gestaltung der Ausschreibung die Möglichkeit gehabt hätte, ein Angebot zu legen. Durch die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung werde ihr die Möglichkeit der Teilnahme am Vergabewettbewerb genommen und drohe ihr ein potentieller finanzieller Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Darüber hinaus habe sie für die Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren bereits einen Arbeitsaufwand getätigt, der durch die rechtswidrige Ausschreibung frustriert zu werden drohe. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung in den Nachprüfungsverfahren.

Die Antragstellerin sei ein befähigtes und befugtes Unternehmen und beabsichtige daher, am gegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Zudem könne es sich bei dem ausgeschriebenen Auftrag um ein bedeutsames Referenzprojekt handeln, das die Chancen der Antragstellerin auf Auftragserteilung bei künftigen Auftragsvergaben erhöhen würde. Auch in dieser Hinsicht drohe der Antragstellerin durch die angefochtene Entscheidung ein potentieller Schaden zu entstehen.

Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden. Nur bei Durchführung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung bestehe für sie die Chance, den Zuschlag zu erhalten bzw. als Vertragspartnerin der Rahmenvereinbarung ausgewählt zu werden. Insbesondere durch die Bekämpfung der Ausschreibung und der in diesem Zusammenhang bereits angefallenen Kosten manifestiere sich ein für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages ausreichendes Interesse bzw. ein aus der geltend gemachten Rechtswidrigkeit resultierender Schaden der Antragstellerin. Ferner drohe ihr ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns. Damit sei ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend nachgewiesen.

Durch die Rechtswidrigkeit der Ausschreibung des Auftraggebers erachte sich die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten auf eine rechtskonforme, nichtdiskriminierende Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlage, auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens und auf Teilnahme an diesem Verfahren durch Angebotsabgabe verletzt. Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil die Antragstellerin nur dadurch ihre Möglichkeit an einer erfolgsversprechenden Teilnahme am Vergabeverfahren und somit ihre Chance auf einen Abschluss der Rahmenvereinbarung wahren könne.

1.2. Gleichzeitig wurde beantragt, das Landesverwaltungsgericht möge dem Auftraggeber durch einstweilige Verfügung untersagen, den Zuschlag für die Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens zu erteilen.

1.3. Mit Beschluss vom 03.03.2021, LVwG-314-2/2021-S1, hat das Landesverwaltungsgericht dem im obigen Punkt 1.2. erwähnten Antrag des Antragstellers auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insoweit Folge gegeben, als dem Auftraggeber aufgetragen wurde, das gegenständliche Vergabeverfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den ebenfalls eingebrachten Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Ausschreibung (als Ganzes oder in Teilen), auszusetzen; insbesondere wurde die Öffnung und Prüfung der Angebote untersagt.

1.4. Der Auftraggeber hat eine Gegenschrift zu dem Vorbringen nach Punkt 1.1. erstattet und ist diesem darin entgegengetreten.

1.5. Die Antragstellerin hat eine Replik zur Gegenschrift des Auftraggebers erstattet.

1.6. Der Auftraggeber hat auf diese Replik wiederum repliziert.

Sachverhalt

2. Das Landesverwaltungsgericht hat in gegenständlicher Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Folgender, im Wesentlichen unbestrittener Sachverhalt steht fest:

Der Auftraggeber hat eine Rahmenvereinbarung über einen Dienstleistungsauftrag betreffend den Betrieb von Teststraßen für die Testung der Bevölkerung auf COVID-19 in Vorarlberg ausgeschrieben. Der Auftrag umfasst insbesondere die Bereitstellung von qualifiziertem Personal für COVID-19-Tests, die Vornahme von Abstrichen zur Gewinnung von Proben für COVID-19-Tests, die Befunderstellung und Ausstellung eines Testergebnisses aufgrund eines Antigentests und die Übermittlung des abgenommenen PCR-Probenmaterials an ein befugtes Labor.

Der Auftraggeber hat eine Ausschreibungsunterlage erstellt, die aus zwei Dokumenten, bezeichnet mit „Angebot“ und „Leistungsvertrag“, besteht. Auf Grundlage dieser Ausschreibungsunterlage waren die Angebote zu erstellen. Unter Punkt 1.5.1 des Angebots wurde zur Verfahrensart Folgendes ausgeführt:

„Verfahrensart

Das Vergabeverfahren wird nach vorheriger europaweiter Bekanntmachung analog § 31 Abs 2 in Verbindung mit § 33 Bundesvergabegesetz, BGBl I 65/2018 (in der Folge BVergG), und den dazu ergangenen Verordnungen durchgeführt. Es handelt sich um die Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrages gemäß § 151 BVergG in Verbindung mit Anhang XVI im Oberschwellenbereich.“ (Hervorhebung im Original) Das Vergabeverfahren wird nach vorheriger europaweiter Bekanntmachung analog Paragraph 31, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 33, Bundesvergabegesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, 65 aus 2018, (in der Folge BVergG), und den dazu ergangenen Verordnungen durchgeführt. Es handelt sich um die Vergabe eines besonderen Dienstleistungsauftrages gemäß Paragraph 151, BVergG in Verbindung mit Anhang römisch sechzehn im Oberschwellenbereich.“ (Hervorhebung im Original)

In dieser Ausschreibungsunterlage wurden insbesondere in Punkt 1.5.3 des Angebots Festlegungen zum Verfahrensablauf getroffen. Es wurde unter anderem Folgendes festgelegt:

„Verfahrensablauf

[...]

Das vom Bieter nach Maßgabe der vorliegenden Ausschreibungsunterlagen abgegebene Erst-Angebot wird zunächst vom Auftraggeber einer Vorprüfung unterzogen, um auf dieser Basis entscheiden zu können, ob Verhandlungen mit den Bietern erforderlich sind. Gegebenenfalls sollen dann die vom Auftraggeber erarbeiteten Fragen, Unklarheiten etc in weiterer Folge in der allfälligen Verhandlungsrunde mit dem Bieter erörtert und ausgeräumt werden.

Sofern aus Sicht des Auftraggebers entsprechende Verhandlungen mit den Bietern erforderlich sein sollten, wird der Auftraggeber alle vergabe- und ausschreibungskonformen Angebote nach den festgelegten Zuschlagskriterien (Punkt 2) bewerten. Die nach dieser Zwischen-Bestbieterermittlung drei bestgereihten Bieter werden zu einer Präsentations- und Verhandlungsrunde schriftlich eingeladen. Nur mehr mit diesen verbliebenen Bietern wird das weitere Vergabeverfahren fortgesetzt und abgeschlossen. Die übrigen Bieter scheiden aus dem Vergabeverfahren wegen fehlender Bestbieterstellung aus; der Auftraggeber wird jedem ausgeschiedenen Bieter diese Entscheidung gesondert mitteilen und dabei das Ergebnis der Bestbieterermittlung bekannt geben. Dabei erhält jeder ausgeschiedene Bieter die Ergebnisse der Zwischen-Bestbieterermittlung für sein Angebot und für das Angebot des drittgereihten Bieters.

Eine allfällige erste Verhandlungsrunde findet an dem am Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen festgelegten Tag mit einer Verhandlungsdauer von rund 90 Minuten pro Bieter einschließlich der Präsentation statt; diese Verhandlungsrunde kann nach freier Wahl des Auftraggebers entweder als Präsenz- oder als Online-Verhandlung durchgeführt werden. Am Beginn der Verhandlungsrunde hat der Bieter durch seine anwesenden Vertreter das Angebot im Rahmen einer Präsentation mit einer Dauer von rund 10 Minuten zu erläutern. Die genauen Präsentationszeiten werden gesondert bekannt gegeben. Nach der Präsentation finden die eigentlichen Verhandlungen statt. Im Rahmen dieser Verhandlungen werden alle technischen, wirtschaftlichen, kalkulatorischen und rechtlichen Aspekte abschließend erörtert und abgeklärt sowie abschließend und verbindlich im Verhandlungsprotokoll dokumentiert.

Sofern nach diesem Verfahrensablauf eine Verhandlungsrunde mit allen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern stattfindet, wird der Auftraggeber diese Bieter anschließend zur Abgabe von schriftlichen Letzt-Angeboten einladen. Sollte dies jedoch aus technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen noch nicht möglich sein, wird der Auftraggeber diese Bieter zur Abgabe eines Zweit-Angebotes und zu einer zweiten Verhandlungsrunde einladen. Diese Möglichkeit besteht so lange, bis nach den Verhandlungsergebnissen in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht die Abgabe eines schriftlichen Letzt-Angebotes aller verbliebenen Bieter möglich ist. Der Auftraggeber wird in diesem Fall alle verbliebenen Bieter zur Abgabe eines schriftlichen Letzt-Angebotes gesondert einladen, das dann der endgültigen Bestbieterermittlung, die letztlich über die Auftragsvergabe entscheidet, zugrunde gelegt wird; der Auftraggeber behält sich ausnahmsweise die Wiederholung der Abgabe schriftlicher Letzt-Angebote für den Fall vor, dass dies aus sachlichen Gründen erforderlich ist, um das vorliegende Ausschreibungsziel zu erreichen.

Während dieses gesamten Verfahrensablaufs darf das Erst-Angebot jedenfalls nicht zum Nachteil des Auftraggebers geändert werden.“ (Hervorhebungen im Original)

Ebenso wurden in dieser Ausschreibungsunterlage Festlegungen im Zusammenhang mit dem Nachweis der Leistungsfähigkeit getroffen. Es wurde unter anderem Folgendes festgelegt:

„Vergaberechtliche Eignung

Mit Abgabe des Angebotes erklärt der Bieter verbindlich, dass er alle jene Voraussetzungen im Hinblick auf die Befugnis, die technische sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die allgemeine und besondere berufliche Zuverlässigkeit erfüllt, die erforderlich sind, um im Auftragsfall die ausgeschriebenen Leistungen ordnungs- und vereinbarungsgemäß erbringen zu dürfen und zu können. Dabei hat der Bieter im Konkreten mit seiner Angebotsabgabe folgende verbindliche Eigenerklärungen zu erstatten:

[...]

c. Leistungsfähigkeit

Ferner bestätigt der Bieter mit dieser Erklärung verbindlich, dass er sowohl über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als auch die technische Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe verfügt, die für die Leistungserbringung erforderlich ist. Dabei hat der Bieter in Formblatt 2 insbesondere zu erklären, über welche Mitarbeiter er im Auftragsfall für die Ausführung des Auftrages in den jeweiligen Funktionen (Teamleiter, Abstreicher, Verwaltungspersonal) konkret verfügt; als Mitarbeiter gelten ausschließlich fix angestellte Dienstnehmer, sodass also freie Dienstnehmer und Personen, die aufgrund eines Werkvertrages tätig sind, nicht nominiert werden dürfen. Als zwingendes Mindestanforderung hat der Bieter – bei sonstigem Ausscheiden des Angebots – im Formblatt das nachstehende Mindest-Stammpersonal jeweils zumindest mit der angegebenen Anzahl durch namentliche Angabe nachzuweisen. [...] Der Bieter hat seine Eigenerklärungen zum nominierten Stammpersonal insbesondere mit aktuellen und letztgültigen Nachweisen zum Anstellungsverhältnis und zur geforderten Ausbildung entsprechend zu bestätigen [...].“ (Punkt 1.5.2c. des Angebots, Hervorhebungen im Original)

„Der Auftragnehmer hat unmittelbar nach Vertragsabschluss dem Auftraggeber eine Ansprechperson mit Angabe von aktiven Kontaktdaten (Handy und E-Mail) schriftlich bekannt zu geben. [...] Für den Auftraggeber ist diese verantwortliche Person in allen Belangen der Vertragserfüllung die zentrale Ansprechperson und zwar rund um die Uhr. Wenn insbesondere ein entsprechender Leistungsbedarf entsteht, ist der Auftraggeber berechtigt, die näheren Details insbesondere in terminlicher und fachlicher Hinsicht mit dieser Ansprechperson des Auftragnehmers abzustimmen. In weiterer Folge hat dann diese Ansprechperson im Namen des Auftragnehmers alle Maßnahmen zu veranlassen, die für die Leistungserbringung erforderlich sind.“ (Punkt 2.1 des Leistungsvertrags [Beilage .1 der Ausschreibungsunterlage])

„[D]er Auftragnehmer [darf] ausschließlich Personal einsetzen [...], mit dem vollinhaltlich die Vorgaben in den Punkten 2.5 und 2.6 erfüllt werden. [...] Bei einem allfälligen Ausfall des Stammpersonals [...] hat der Auftragnehmer unter Berücksichtigung des Punktes 2.6 den vereinbarungskonformen Personaleinsatz durch entsprechendes Reservepersonal sicherzustellen [...].“ (Punkt 2.3 des Leistungsvertrags)

„Der Auftragnehmer hat das für den Betrieb erforderliche Personal der jeweils beauftragten Teststraßen insbesondere gemäß Punkt 2.2 im vereinbarten Umfang binnen zwei vollen Arbeitstagen (Leistungsfrist) nach Vertragsabschluss oder nach einem allfälligen Abruf aus der Rahmenvereinbarung bereitzustellen.“ (Punkt 2.4a. des Leistungsvertrags, Hervorhebung im Original)

„Der Auftragnehmer hat im Vergabeverfahren die verbindlich einzusetzenden Schlüsselpersonen in Formblatt 2 der Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben. Der Auftragnehmer darf [...] zur Vertragserfüllung ausschließlich die in diesem Formblatt bekannt gegebenen Schlüsselpersonen einsetzen.“ (Punkt 2.6 des Leistungsvertrags)

Gemäß Punkt 1.8 des Angebots ist die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer (nur) im Rahmen analog § 98 BVerG 2018 zulässig. Gemäß Punkt 2.7. des Leistungsvertrags darf der Auftragnehmer nur jene Subunternehmer beiziehen, die dieser gemäß Punkt 1.8 des Angebots genannt hat. Gemäß Punkt 1.8 des Angebots ist die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer (nur) im Rahmen analog Paragraph 98, BVerG 2018 zulässig. Gemäß Punkt 2.7. des Leistungsvertrags darf der Auftragnehmer nur jene Subunternehmer beiziehen, die dieser gemäß Punkt 1.8 des Angebots genannt hat.

Die Durchführung der Laboranalytik im Zusammenhang mit den vorgenommenen Tests ist vom gegenständlichen Dienstleistungsauftrag nicht umfasst.

Die Ausschreibungsunterlage sieht keine Möglichkeit einer losweisen Vergabe vor.

Am 04.02.2021 hat der Auftraggeber einen Dienstleister nach einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Wege eines Überbrückungsauftrags mit der vorläufigen Erbringung der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung beauftragt.

Am 11.02.2021 hat der Auftraggeber die beabsichtigte Vergabe des gegenständlichen Auftrags bekannt gemacht. Die Angebotsfrist endete am 23.02.2021, 12:00 Uhr (Einlangen).

Beweiswürdigung

3. Dieser Sachverhalt wird aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der Ausschreibungsunterlagen und der Beweisergebnisse der mündlichen Verhandlung, als erwiesen angenommen.

Der Sachverhalt besteht im Wesentlichen in der Wiedergabe der Ausschreibungsunterlagen und ist insoweit unstrittig.

Die Feststellung, dass der Auftraggeber am 04.02.2021 einen Dienstleister mittels eines Überbrückungsauftrags mit der vorläufigen Erbringung der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung beauftragt hat, ergibt sich sowohl aus dem Vorbringen der Antragstellerin als auch aus dem Vorbringen des Auftraggebers und ist insoweit unstrittig.

Rechtliche Grundlagen

4.1. Das Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen (Vergabenachprüfungsgesetz), LGBl Nr 1/2003, idF LGBl Nr 33/2019, lautet auszugsweise wie folgt: 4.1. Das Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen (Vergabenachprüfungsgesetz), Landesgesetzblatt Nr 1 aus 2003,, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr 33 aus 2019,, lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1

Geltungsbereich und Zuständigkeiten

(1) Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabe-gesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, das gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, unterliegen der Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht.(1) Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabe-gesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012, das gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, unterliegen der Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht.

(2) In Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch Senat.

[...]

§ 3Paragraph 3

Antragslegitimation

Ein Unternehmer kann nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessi-onen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrag hat oder hatte, und

b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

§ 4Paragraph 4

Arten der Nachprüfungsverfahren

[...]

(2) Ein Unternehmer kann beantragen, dass eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklärt wird.

[...]

§ 12 Paragraph 12

Entscheidung vor dem Zuschlag oder Widerruf

(1) Bis zum Zuschlag oder Widerruf ist das Landesverwaltungsgericht zuständig

[...]

b) Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären;

(2) Eine Entscheidung darf nur dann für nichtig erklärt werden (Abs. 1 lit. b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. (2) Eine Entscheidung darf nur dann für nichtig erklärt werden (Absatz eins, Litera b), wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat.

(3) Eine Nichtigerklärung gemäß Abs. 1 lit. b kann auch darin bestehen, dass diskriminierende Anforderungen in der Ausschreibung gestrichen werden. (3) Eine Nichtigerklärung gemäß Absatz eins, Litera b, kann auch darin bestehen, dass diskriminierende Anforderungen in der Ausschreibung gestrichen werden.

[...]“

4.2. Folgende Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018, BGBl I Nr 65/2018, idF BGBl I Nr 100/2018, sind für das gegenständliche Verfahren maßgeblich: 4.2. Folgende Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2018,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 100 aus 2018,, sind für das gegenständliche Verfahren maßgeblich:

„Grundsätze des Vergabeverfahrens

§ 20. (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Paragraph 20, (1) Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauten Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

[...]

Grundsätze für die Bemessung von Fristen

§ 68. Der öffentliche Auftraggeber hat Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Insbesondere Teilnahmeantrags- und Angebotsfristen und Fristen für die Ausarbeitung von Lösungen im wettbewerblichen Dialog sind so zu bemessen, dass unter Berücksichtigung etwa der Komplexität des Leistungsgegenstandes dem Unternehmer hinreichend Zeit zur Erstellung des Teilnahmeantrages, des Angebotes bzw. der Lösung verbleibt. Paragraph 68, Der öffentliche Auftraggeber hat Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Insbesondere Teilnahmeantrags- und Angebotsfristen und Fristen für die Ausarbeitung von Lösungen im wettbewerblichen Dialog sind so zu bemessen, dass unter Berücksichtigung etwa der Komplexität des Leistungsgegenstandes dem Unternehmer hinreichend Zeit zur Erstellung des Teilnahmeantrages, des Angebotes bzw. der Lösung verbleibt.

[...]

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 86. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. [...] Der Unternehmer kann mit allen geeigneten

Mitteln den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Paragraph 86, Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. [...] Der Unternehmer kann mit allen geeigneten Mitteln den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

[...]

Verfahren

§ 151. (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die §§ 4 Abs. 1, 7 bis 11, 12 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3, 13, 16 bis 18, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Abs. 1 bis 5, 81 bis 90, 91 Abs. 1 bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Abs. 1, 150 Abs. 9, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des § 367 sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Paragraph 151, (1) Für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang römisch sechzehn gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil, die Paragraphen 4, Absatz eins, 7 bis 11, 12 Absatz eins, Ziffer 2 und Absatz 3, 13, 16 bis 18, 19 Absatz eins, 20, Absatz eins bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 48 bis 68, 78, 79, 80 Absatz eins bis 5, 81 bis 90, 91 Absatz eins bis 8, 93, 98, 100, 106, 111, 142, 146 Absatz eins, 150, Absatz 9,, der 4. Teil, der 5. Teil mit Ausnahme des Paragraph 367, sowie der 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

[...]

(3) Der öffentliche Auftraggeber kann das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen [...] grundsätzlich frei gestalten. Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen die Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Leistbarkeit und Verfügbarkeit der Dienstleistungen bzw. den Umfang des Leistungsangebotes berücksichtigen. Ebenso kann er dabei den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer der Dienstleistungen und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen.

(4) Im Oberschwellenbereich sind besondere Dienstleistungsaufträge, sofern nicht eine der in § 37 Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt ist, [...] in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben.(4) Im Oberschwellenbereich sind besondere Dienstleistungsaufträge, sofern nicht eine der in Paragraph 37, Absatz eins, genannten Voraussetzungen erfüllt ist, [...] in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern zu vergeben.

[...]“

Zuständigkeit und Zulässigkeit

5.1. Das Land Vorarlberg ist ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018.1. Das Land Vorarlberg ist ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2018.

Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes.

Der gegenständliche Auftrag ist ein Dienstleistungsauftrag, der in einem Vergabeverfahren „analog § 31 Abs 2 in Verbindung mit § 33 BVergG 2018“ mit optionaler bzw optionalen Verhandlungsrunde(n) vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.Der gegenständliche Auftrag ist ein Dienstleistungsauftrag, der in einem Vergabeverfahren „analog Paragraph 31, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 33, BVergG 2018“ mit optionaler bzw optionalen Verhandlungsrunde(n) vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt im Oberschwellenbereich.

Das Landesverwaltungsgericht ist daher für die Behandlung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages sachlich und örtlich zuständig.

5.2. Gemäß § 3 Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er 5.2. Gemäß Paragraph 3, Vergabenachprüfungsgesetz kann ein Unternehmer nur dann die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragen, wenn er

a) ein Interesse an einem dem Bundesvergabegesetz 2018, dem Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 unterliegenden Vertrag hat oder hatte

b) durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden erleidet oder zu erleiden droht.

Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass sie ein Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrages hat und durch die behauptete Rechtswidrigkeit einen Schaden zu erleiden droht. Sie ist daher antragslegitimiert. Da auch sonst keine Unzulässigkeitsgründe vorliegen, ist der Nachprüfungsantrag zulässig.

Rechtliche Beurteilung

6. Die Antragstellerin rügt in ihrem Nachprüfungsantrag zusammengefasst die Wahl des Vergabeverfahrens, die Entscheidung des Auftraggebers, die gegenständliche Dienstleistung nicht in Losen zu vergeben, die Tatsache, dass die Laboranalytik nicht vom betreffenden Auftrag mit umfasst ist, das Erfordernis der Anstellung des Mindeststammpersonals in einem regulären Dienstverhältnis und der Bereitstellung dieses Personals binnen zwei Arbeitstagen, das Erfordernis einer rund um die Uhr erreichbaren Ansprechperson sowie die Angebotsfrist.

6.1. Zur Wahl des Vergabeverfahrens:

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die Wahl des Vergabeverfahrens diskriminierend sei, weil kein im BVergG 2018 genannter Grund vorliegen würde, der die Wahl eines Verhandlungsverfahrens rechtfertigen würde.

Mit diesem Vorbringen vermag die Antragstellerin keine Rechtswidrigkeit der Verfahrenswahl aufzuzeigen: Bei der gegenständlich zu vergebenden Dienstleistung handelt es sich um eine Dienstleistung des Gesundheitswesens und damit um eine besondere Dienstleistung gemäß § 151 iVm Anhang XVI BVergG 2018; das zeigt sich bereits daran, dass die Dienstleistung überwiegend von medizinischem Personal erbracht wird (vgl Anhang XVI Teil A Z 55 BVergG 2018: „Dienstleistungen von medizinischem Personal“) und auch die Analyse von Abstrichen beinhaltet (vgl Anhang XVI Teil A Z 74 BVergG 2018: „Medizinische Analysedienste“). Daraus folgt, dass für die Ausgestaltung des Verfahrens lediglich die Bestimmungen des betreffenden Abschnitts des BVergG 2018 sowie die weiteren, in § 151 BVergG 2018 genannten Bestimmungen maßgeblich sind. Mit diesem Vorbringen vermag die Antragstellerin keine Rechtswidrigkeit der Verfahrenswahl aufzuzeigen: Bei der gegenständlich zu vergebenden Dienstleistung handelt es sich um eine Dienstleistung des Gesundheitswesens und damit um eine besondere Dienstleistung gemäß Paragraph 151, in Verbindung mit Anhang römisch sechzehn BVergG 2018; das zeigt sich bereits daran, dass die Dienstleistung überwiegend von medizinischem Personal erbracht wird vergleiche Anhang römisch sechzehn Teil A Ziffer 55, BVergG 2018: „Dienstleistungen von medizinischem Personal“) und auch die Analyse von Abstrichen beinhaltet vergleiche Anhang römisch sechzehn Teil A Ziffer 74, BVergG 2018: „Medizinische Analysedienste“). Daraus folgt, dass für die Ausgestaltung des Verfahrens lediglich die Bestimmungen des betreffenden Abschnitts des BVergG 2018 sowie die weiteren, in Paragraph 151, BVergG 2018 genannten Bestimmungen maßgeblich sind.

In Bezug auf die Wahl des Verfahrens ist diesbezüglich hervorzuheben, dass der öffentliche Auftraggeber das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß § 151 Abs 3 BVergG 2018 grundsätzlich frei gestalten kann (vgl auch BVA 14.03.2008, N/0014-BVA/09/2008-28; 28.09.2010, N/0067-BVA/02/2010-25). Es steht dem Auftraggeber sowohl frei, eines der im BVergG 2018 vorgesehenen Verfahren anzuwenden, als auch selbst ein Verfahren zu entwerfen. Das diesbezügliche Ermessen des Auftraggebers wird lediglich durch die in § 20 Abs 1 BVergG 2018 verankerten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz und des freien und lautereren Wettbewerbs beschränkt (vgl auch BVA 14.03.2008, N/0014-BVA/09/2008-28). In Bezug auf die Wahl des Verfahrens ist diesbezüglich hervorzuheben, dass der öffentliche Auftraggeber das Verfahren zur Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen gemäß Paragraph 151, Absatz 3, BVergG 2018 grundsätzlich frei gestalten kann vergleiche auch BVA 14.03.2008, N/0014-BVA/09/2008-28; 28.09.2010, N/0067-BVA/02/2010-25). Es steht dem Auftraggeber sowohl frei, eines der im BVergG 2018 vorgesehenen Verfahren anzuwenden, als auch selbst ein Verfahren zu entwerfen. Das diesbezügliche Ermessen des Auftraggebers wird

lediglich durch die in Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 verankerten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz und des freien und lautereren Wettbewerbs beschränkt vergleiche auch BVA 14.03.2008, N/0014-BVA/09/2008-28).

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Auftraggeber mit dem von ihm vorgesehenen Verfahren gegen diese Grundsätze verstoßen haben sollte: Der Verfahrensablauf ist in Punkt 1.5.3 des Angebots ausreichend transparent gemacht. Die Beteiligung am Verfahren steht aufgrund der Ausgestaltung dieses Verfahrens allen Bietern zu den gleichen Bedingungen offen. Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung von Bietern durch die Ausgestaltung des Verfahrens; ebenso wenig sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Ausgestaltung des Verfahrens einem freien und lautereren Wettbewerb entgegenstünde oder unverhältnismäßig wäre.

Die Wahl des Verfahrens ist daher rechtmäßig.

6.2. Zur Frage einer Verpflichtung zur losweisen Vergabe

6.2.1. Die Antragstellerin wendet sich in ihrem Antrag gegen die Entscheidung des Auftraggebers, anstelle einer losweisen Vergabe eine Gesamtvergabe durchzuführen. Die Wahlfreiheit des Auftraggebers zwischen losweiser und Gesamtvergabe sei insofern eingeschränkt, als keine unsachlichen Gründe ausschlaggebend für die Wahl des Auftraggebers sein dürften. Die gegenständliche Ausschreibung sei vor allem durch ihre Ausgestaltung als Gesamtvergabe auf den derzeitigen Dienstleister zugeschnitten. Damit habe der Auftraggeber eine willkürliche Entscheidung zuungunsten einer Losvergabe getroffen. Eine Vergabe in Losen sei aufgrund des Auftragsgegenstandes jedenfalls möglich und zur Förderung des Wettbewerbs geboten.

Der Auftraggeber entgegnet diesem Vorbringen, dass in Verfahren gemäß § 151 BVergG 2018 schon aufgrund der Tatsache, dass § 20 Abs 8 und § 28 BVergG 2018 nicht anwendbar seien, keine Verpflichtung zu einer losweisen Vergabe der betreffenden Dienstleistung bestehe. Selbst bei einer Anwendbarkeit dieser Bestimmungen wäre der Auftraggeber nicht zu einer losweisen Vergabe verpflichtet gewesen, weil ihm auch in diesem Fall ein Ermessensspielraum zugekommen wäre. So könnten nach den Erläuterungen zu § 28 BVergG 2018 wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte für eine Gesamtvergabe sprechen. Im vorliegenden Fall hätte eine losweise Vergabe insbesondere einen erheblich erhöhten Koordinationsaufwand für den Auftraggeber verursacht, wenn die sich aufgrund der Pandemie laufend ändernden Anforderungen mit mehreren Auftraggebern abzustimmen gewesen wären. Auch spreche vorliegend die Gewährleistung einer einheitlichen Gesamtverantwortung für eine Gesamtvergabe. Es liege eine in logistischer Sicht hochkomplexe Leistung vor, die dem Auftraggeber eine deutlich leichtere Aufgabenerfüllung ermögliche, wenn nur ein Auftragnehmer vorhanden sei. Der Auftraggeber entgegnet diesem Vorbringen, dass in Verfahren gemäß Paragraph 151, BVergG 2018 schon aufgrund der Tatsache, dass Paragraph 20, Absatz 8 und Paragraph 28, BVergG 2018 nicht anwendbar seien, keine Verpflichtung zu einer losweisen Vergabe der betreffenden Dienstleistung bestehe. Selbst bei einer Anwendbarkeit dieser Bestimmungen wäre der Auftraggeber nicht zu einer losweisen Vergabe verpflichtet gewesen, weil ihm auch in diesem Fall ein Ermessensspielraum zugekommen wäre. So könnten nach den Erläuterungen zu Paragraph 28, BVergG 2018 wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte für eine Gesamtvergabe sprechen. Im vorliegenden Fall hätte eine losweise Vergabe insbesondere einen erheblich erhöhten Koordinationsaufwand für den Auftraggeber verursacht, wenn die sich aufgrund der Pandemie laufend ändernden Anforderungen mit mehreren Auftraggebern abzustimmen gewesen wären. Auch spreche vorliegend die Gewährleistung einer einheitlichen Gesamtverantwortung für eine Gesamtvergabe. Es liege eine in logistischer Sicht hochkomplexe Leistung vor, die dem Auftraggeber eine deutlich leichtere Aufgabenerfüllung ermögliche, wenn nur ein Auftragnehmer vorhanden sei.

In der mündlichen Verhandlung hat der Auftraggeber zur Frage der Komplexität der Leistungserbringung ausgeführt, dass das Pandemiegeschehen an die Entscheidungsträger täglich neue Anforderungen stelle, die sofortige Entscheidungen und damit verbundene Abstimmungsprozesse mit dem jeweiligen Dienstleister notwendig machen würden, insbesondere, wenn es zu einer kurzfristigen Häufung von Infektionsfällen in bestimmten Regionen komme. Wenn man mehrere Auftragnehmer hätte, müsste eine Auswahl des konkreten Dienstleisters vorgenommen werden, die Zeit in Anspruch nehmen würde.

Zu den technischen Gesichtspunkten wurde ausgeführt, dass die Einbindung mehrerer Anbieter zwar technisch möglich sei, jedoch für eine exakte Transparenz und Dokumentation der Leistungserbringung eine Erweiterung der Software erforderlich wäre. Die Einbindung von weiteren Stellen in das Anmeldesystem, wie dies etwa mit den

Apotheken oder den Gemeinden geschehen sei, die ebenfalls Tests durchführten, sei zwar durch eine jeweilige Adaptierung des Vormerksystems möglich. Dabei gehe es jedoch ausschließlich um die Anmeldung; bei einer Beauftragung mehrerer Dienstleister durch den Auftraggeber müsste hingegen auch eine Zuordnung der Tests zu mehreren Auftragnehmern samt der sich daraus ergebenden Abrechnung vorgenommen werden. Daher müsse die Software im Hinblick auf mehrere Auftragnehmer erweitert sowie die Behandlung der gesamten Daten des Auftragnehmers in die Software implementiert werden.

Überdies würden bei mehreren Auftragnehmern die Kosten für die Einrichtung eines Testsystems, die Akquisition von Personal und das Personalmanagement mehrfach anfallen. Zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung seien ein erheblicher Personalaufwand sowie häufige und kurzfristige Umstrukturierungen und Umschichtungen von Personal erforderlich. Bei einer Gesamtvergabe gebe es entsprechende Synergien, die die Kosten vermindern würden. Hinzu komme, dass es bei jedem Auftragnehmer unternehmensintern gewisse Standards gebe, was bei einer Koordination von mehreren Auftragnehmern zu einem Mehraufwand führen sowie die Gefahr von Fehlerquellen bergen würde. Insgesamt handle es sich bei dieser Dienstleistung um ein komplexes System; die Komplexität dieses Systems reduziere sich jedenfalls, wenn es nur einen Auftragnehmer gebe.

6.2.2. Mangels Anwendbarkeit der Vorgaben des § 20 Abs 8 und des § 28 BVergG 2018 kommt dem Auftraggeber in Bezug auf seine Entscheidung, ob er eine losweise Vergabe des gegenständlichen Dienstleistungsauftrags oder eine Gesamtvergabe vornimmt, ein weiter Ermessensspielraum zu, der lediglich durch die Vorgaben des § 20 Abs 1 BVergG 2018 beschränkt ist. Es ist daher vorliegend lediglich zu prüfen, ob die Entscheidung für eine Gesamtvergabe den in § 20 Abs 1 BVergG 2018 verankerten Grundsätzen des Vergabeverfahrens widerspricht. 6.2.2. Mangels Anwendbarkeit der Vorgaben des Paragraph 20, Absatz 8 und des Paragraph 28, BVergG 2018 kommt dem Auftraggeber in Bezug auf seine Entscheidung, ob er eine losweise Vergabe des gegenständlichen Dienstleistungsauftrags oder eine Gesamtvergabe vornimmt, ein weiter Ermessensspielraum zu, der lediglich durch die Vorgaben des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 beschränkt ist. Es ist daher vorliegend lediglich zu prüfen, ob die Entscheidung für eine Gesamtvergabe den in Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 verankerten Grundsätzen des Vergabeverfahrens widerspricht.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Beachtung des – schon aus den unionsrechtlichen Grundsätzen abzuleitenden (vgl Casati in Gölles, BVergG 2018 § 20 Rz 6 [Stand 01.10.2019, rdb.at]) – Sachlichkeitsgebots, das seine vergaberechtliche Ausprägung im Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gemäß § 20 Abs 1 BVergG 2018 findet (vgl etwa zur Vorvorgängerbestimmung des § 20 Abs 1 BVergG 2018, § 21 Abs 1 BVergG 2002, BVA 26.01.2004, 10N-125/03-14). Demnach muss das Handeln des Auftraggebers stets sachlich begründet sein. Diesem Sachlichkeitsgebot genügt eine Handlung dann, wenn die vom Auftraggeber zur Begründung herangezogenen Umstände im Einklang mit den Grundsätzen des § 20 Abs 1 BVergG 2018 stehen und die für die Entscheidung erforderlichen Tatsachengrundlagen sorgfältig ermittelt wurden. Dies ist insbesondere relevant, wenn – wie im vorliegenden Fall – nur wenige vergaberechtliche Vorgaben bestehen (vgl dazu nochmals BVA 26.01.2004, 10N-125/03-14). Aus dieser Bestimmung ergibt sich eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Beachtung des – schon aus den unionsrechtlichen Grundsätzen abzuleitenden vergleiche Casati in Gölles, BVergG 2018 Paragraph 20, Rz 6 [Stand 01.10.2019, rdb.at]) – Sachlichkeitsgebots, das seine vergaberechtliche Ausprägung im Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gemäß Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 findet vergleiche etwa zur Vorvorgängerbestimmung des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018, Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002, BVA 26.01.2004, 10N-125/03-14). Demnach muss das Handeln des Auftraggebers stets sachlich begründet sein. Diesem Sachlichkeitsgebot genügt eine Handlung dann, wenn die vom Auftraggeber zur Begründung herangezogenen Umstände im Einklang mit den Grundsätzen des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 stehen und die für die Entscheidung erforderlichen Tatsachengrundlagen sorgfältig ermittelt wurden. Dies ist insbesondere relevant, wenn – wie im vorliegenden Fall – nur wenige vergaberechtliche Vorgaben bestehen vergleiche dazu nochmals BVA 26.01.2004, 10N-125/03-14).

Bei der Beurteilung der Entscheidung des Auftraggebers für eine Gesamtvergabe ist daher insbesondere darauf abzustellen, ob sich der Auftraggeber bei der Ausübung des ihm diesbezüglich gemäß § 151 Abs 1 BVergG 2018 zukommenden Ermessens im Hinblick auf die Frage einer losweisen Vergabe von sachlichen Erwägungen leiten hat lassen. Bei der Beurteilung der Entscheidung des Auftraggebers für eine Gesamtvergabe ist daher insbesondere darauf

abzustellen, ob sich der Auftraggeber bei der Ausübung des ihm diesbezüglich gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018 zukommenden Ermessens im Hinblick auf die Frage einer losweisen Vergabe von sachlichen Erwägungen leiten hat lassen.

Der Auftraggeber hat mit seinem Vorbringen nachvollziehbar dargelegt, dass im vorliegenden Fall technische und wirtschaftliche Gesichtspunkte gegen eine losweise Vergabe sprechen, weil die derzeit bestehende dynamische Pandemiesituation Anforderungen mit sich bringt, die sich mit einem Auftragnehmer besser erfüllen lassen als mit mehreren. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass ein rasches Reagieren auf neue Entwicklungen für eine wirksame Pandemiebekämpfung unerlässlich ist. Dieser kritische zeitliche Faktor ist ein sachlicher Grund, der gegen eine losweise Vergabe spricht; dies sowohl im Hinblick auf das Erfordernis der Koordinierung der Leistungserbringung als auch im Hinblick auf den Umstand, dass im Fall einer losweisen Vergabe bei einem Abruf aus der Rahmenvereinbarung, etwa im Zuge eines kurzfristigen Aufbaus neuer Testkapazitäten, zunächst eine Auswahl des Auftraggebers aus mehreren Auftragnehmern erforderlich ist.

Dem Auftraggeber ist daher in einer Beurteilung seiner Ermessensentscheidung am Maßstab des Sachlichkeitsgebotes des § 20 Abs 1 BVergG 2018 nicht entgegenzutreten, wenn er sich mit der Begründung eines erhöhten Auswahl- und Koordinationsaufwandes, der ihm insbesondere in der derzeit bestehenden dynamischen Pandemiesituation die zeitgerechte Gewährleistung der auftragsgegenständlichen Dienstleistung erschweren würde, gegen eine losweise Vergabe dieser Dienstleistung entscheidet. Die Entscheidung des Auftraggebers, eine Gesamtvergabe durchzuführen, ist somit nicht als unsachlich anzusehen und steht daher nicht im Widerspruch zu den Vorgaben des § 20 Abs 1 BVergG 2018. Dem Auftraggeber ist daher in einer Beurteilung seiner Ermessensentscheidung am Maßstab des Sachlichkeitsgebotes des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 nicht entgegenzutreten, wenn er sich mit der Begründung eines erhöhten Auswahl- und Koordinationsaufwandes, der ihm insbesondere in der derzeit bestehenden dynamischen Pandemiesituation die zeitgerechte Gewährleistung der auftragsgegenständlichen Dienstleistung erschweren würde, gegen eine losweise Vergabe dieser Dienstleistung entscheidet. Die Entscheidung des Auftraggebers, eine Gesamtvergabe durchzuführen, ist somit nicht als unsachlich anzusehen und steht daher nicht im Widerspruch zu den Vorgaben des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018.

6.3. Zur Frage einer Verpflichtung zur Vergabe der Laboranalytik

Die Antragstellerin wendet sich weiters dagegen, dass die Vergabe der Laboranalytik vom gegenständlichen Auftrag nicht umfasst ist.

Der Auftraggeber hält dem in seiner Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag entgegen, dass er beabsichtigt, die erforderliche Laboranalytik durch das Landeskrankenhaus F selbst zu erbringen.

Es steht dem Auftraggeber – innerhalb der Grenzen des Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgebots – frei, den Leistungsgegenstand entsprechend seinen Bedürfnissen festzulegen (vgl VwGH 17.06.2014, 2012/04/0032 mwN) und insbesondere Leistungen, die er selbst erbringen kann, davon auszunehmen – auch wenn sie in einem sachlichen Naheverhältnis zum Auftragsgegenstand stehen. In dem Umstand, dass die Laboranalytik nicht Teil des gegenständlichen Auftrags ist, ist keine Rechtswidrigkeit zu erkennen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Auftraggeber im vorliegenden Fall mit der Entscheidung, die Laboranalytik selbst vorzunehmen, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen hätte; der bloße Umstand, dass die Antragstellerin in der Lage wäre, diese Leistung ebenfalls zu erbringen, führt nicht zu einer Ungleichbehandlung der Antragstellerin gegenüber anderen Bietern. Es steht dem Auftraggeber – innerhalb der Grenzen des Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgebots – frei, den Leistungsgegenstand entsprechend seinen Bedürfnissen festzulegen vergleiche VwGH 17.06.2014, 2012/04/0032 mwN) und insbesondere Leistungen, die er selbst erbringen kann, davon auszunehmen – auch wenn sie in einem sachlichen Naheverhältnis zum Auftragsgegenstand stehen. In dem Umstand, dass die Laboranalytik nicht Teil des gegenständlichen Auftrags ist, ist keine Rechtswidrigkeit zu erkennen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Auftraggeber im vorliegenden Fall mit der Entscheidung, die Laboranalytik selbst vorzunehmen, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen hätte; der bloße Umstand, dass die Antragstellerin in der Lage wäre, diese Leistung ebenfalls zu erbringen, führt nicht zu einer Ungleichbehandlung der Antragstellerin gegenüber anderen Bietern.

6.4. Zum Erfordernis der Anstellung des Mindeststammpersonals in einem regulären Dienstverhältnis und der Bereitstellung dieses Personals binnen zwei Arbeitstagen.

6.4.1. In Punkt 1.5.2 der Ausschreibung ist festgelegt, dass der Bieter mittels eines Formblatts zu erklären hat, über welche (namentlich zu nennenden) Mitarbeiter er „im Auftragsfall für die Ausführung des Auftrages“ als Mindeststammpersonal „konkret verfügt“. Als solche können keine freien Dienstnehmer und keine mittels Werkvertrag tätigen Personen nominiert werden, sondern nur „fix angestellte“ Dienstnehmer. Insgesamt sind (in verschiedenen Funktionen) 104 Personen zu nominieren.

Gemäß Punkt 2.4 des Leistungsvertrags hat der Auftragnehmer das für den Betrieb erforderliche Personal binnen zwei vollen Arbeitstagen nach Vertragsabschluss (für die gemäß Punkt 2.2 des Leistungsvertrags jedenfalls einzurichtenden Teststandorte) oder nach einem allfälligen Abruf aus der Rahmenvereinbarung gemäß Punkt 1.5 des Leistungsvertrags (bei allfälliger Einrichtung weiterer Teststandorte) bereitzustellen.

6.4.2. Der Auftraggeber führt dazu aus, dass der Bieter nur mit einem regulären Dienstverhältnis sicherstellen könne, dass das Personal auch während der Vertragsdauer zur Leistungserbringung zur Verfügung stehe. Bei freien Dienstnehmern oder Personen, die aufgrund eines Werkvertrags beschäftigt seien, hätte der Auftragnehmer keine arbeitsrechtlichen Möglichkeiten, die jeweils für die Leistungserbringung erforderlichen Anweisungen gegenüber dem Personal zu erteilen; dies betreffe insbesondere den Dienstort, die Dienstzeiten, die Arbeitsbedingungen, die Betriebsmittel etc. Um den Erfordernissen der Pandemie gerecht zu werden, sei ein flexibler Einsatz des Personals erforderlich. Die Verfügung über fix angestelltes Personal bedeute ein höheres Maß an technischer Leistungsfähigkeit, weil ein solcher Auftragnehmer eine deutlich umfassendere Verantwortung trage; er müsse für eine entsprechende Auslastung sorgen und die Dienstnehmer letztlich auch bezahlen, wenn diese nicht ausgelastet sein sollten.

Zur zweitägigen Leistungsfrist führt der Auftraggeber aus, dass ansonsten aufgrund des dringenden Bedarfs an der betreffenden Dienstleistung eine längere Überbrückungsbeauftragung erforderlich gewesen wäre.

Die Antragstellerin entgegnet diesem Vorbringen in ihrer Replik, dass die Festlegungen in der Ausschreibung darauf hinauslaufen würden, dass ein Bieter das betreffende Personal, um es im Falle der Beauftragung „konkret verfügbar“ zu haben, bereits bei der Angebotslegung „vorhalten“ müsse, zumal etwaige Angestellte, die während des Vergabeverfahrens mit anderen Aufgaben betraut seien, nicht „konkret verfügbar“ seien. Diese Festlegung sei in Bezug auf Unternehmen, die betriebswirtschaftlich agieren müssten, um am Markt zu überleben, praxisfremd und diskriminierend. Sie sei nicht geeignet, etwas über die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters auszusagen. Die Anforderungen an ausreichende personelle Ressourcen könnten auch auf andere Weise sichergestellt werden als durch fix angestelltes Personal. Mittels vertraglicher Ausgestaltung könne etwa auch durch freie Dienstnehmer eine ausreichende und sichere Abdeckung erreicht werden und könnten solche Personen auch „auf Vorrat“ gehalten werden. Verwaltungspersonal könnte auch auf selbständiger Basis tätig werden und dann als Subunternehmer nominiert werden. Überdies könnten die entsprechenden Leistungen auch durch überlassene Arbeitnehmer erbracht werden, die aber ebenfalls in keinem arbeitsvertraglichen Verhältnis zum Auftragnehmer stünden. Ein Wechsel des Dienstorts könnte schließlich auch in Anstellungsverhältnissen nicht in jedem Fall durch Weisung des Arbeitgebers angeordnet werden.

6.4.3. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass gemäß § 151 Abs 1 BVergG 2018 bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen die Vorgaben des § 86 BVergG 2018 anwendbar sind. Diese Bestimmung sieht vor, dass sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen kann, und zwar ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen. 6.4.3. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018 bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen die Vorgaben des Paragraph 86, BVergG 2018 anwendbar sind. Diese Bestimmung sieht vor, dass sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen kann, und zwar ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen.

Diese Vorgabe geht auf Rechtsprechung des EuGH zurück (EuGH 02.12.1999, C-176/98, Holst Italia). Der EuGH hat dazu insbesondere auch festgestellt, dass eine Person, die von einem öffentlichen Auftraggeber einen Auftrag erhalten möchte, um als vergabeverfahrensberechtigter Wirtschaftsteilnehmer eingestuft zu werden, nicht in der Lage sein muss, die Leistung unmittelbar mit eigenen Mitteln zu erbringen (EuGH 23.12.2009, C-305/08, CoNISMa, Rz 41; 02.06.2016, C-27/15, Pippo Pizzo, Rz 23). Ein Bieter kann grundsätzlich den rechtlichen Charakter der Verbindungen zu

den Unternehmen, auf deren Kapazitäten er sich für die Zwecke der Ausführung eines Auftrags stützt, und die Art und Weise des Nachweises des Bestehens dieser Verbindung frei wählen (EuGH 14.01.2016, C-7234/14, Ostas celtnieks, Rz 28; 07.04.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, Rz 52).

§ 86 BVergG 2018 bezieht sich damit nach seinem klaren Wortlaut (arg „ungeachtet des rechtlichen Charakters“) nicht nur auf Subunternehmer (vgl Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] § 86 Rz 3), sondern erfasst beispielsweise auch eine Vertragspartnerschaft zur fachlichen Unterstützung bei der Ausführung eines Auftrags oder Auftragsteils, eine Vermietung von Gerät oder technischer Ausstattung oder eine Arbeitskräfteüberlassung zur Bereitstellung von Führungs- oder Ausführungspersonal, das für die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen ist (vgl Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86 Rz 3 [Stand 01.10.2020, rdb.at]). Dadurch soll kleinen und mittleren Unternehmen die Chance gegeben werden, Aufträge zu erhalten und soll der Wettbewerb insgesamt gestärkt werden (Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] § 86 Rz 8 mwN). Paragraph 86, BVergG 2018 bezieht sich damit nach seinem klaren Wortlaut (arg „ungeachtet des rechtlichen Charakters“) nicht nur auf Subunternehmer (vergleiche Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] Paragraph 86, Rz 3), sondern erfasst beispielsweise auch eine Vertragspartnerschaft zur fachlichen Unterstützung bei der Ausführung eines Auftrags oder Auftragsteils, eine Vermietung von Gerät oder technischer Ausstattung oder eine Arbeitskräfteüberlassung zur Bereitstellung von Führungs- oder Ausführungspersonal, das für die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen ist (vergleiche Gölles in Gölles, BVergG 2018 Paragraph 86, Rz 3 [Stand 01.10.2020, rdb.at]). Dadurch soll kleinen und mittleren Unternehmen die Chance gegeben werden, Aufträge zu erhalten und soll der Wettbewerb insgesamt gestärkt werden (Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] Paragraph 86, Rz 8 mwN).

Eine Einschränkung der Möglichkeit eines Bieters, sich in seinem Angebot auf die Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer zu stützen, darf nur ausnahmsweise bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erfolgen, etwa, wenn sich der Auftrag nicht durch Kapazitäten mehrerer Unternehmer erfüllen lässt (vgl EuGH 07.04.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, Rz 35 f und 40) oder es sich um einen unteilbaren Auftrag handelt (Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] § 86 Rz 6 mwN). Allerdings ist eine Grundausstattung des Bieters in technischer Sicht bzw ein Minimum an Eignung, zur Erbringung solcher Aufträge selbst beizutragen, erforderlich (Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86 Rz 5 [Stand 01.10.2020, rdb.at]; Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] § 86 Rz 10 mwN). Eine Einschränkung der Möglichkeit eines Bieters, sich in seinem Angebot auf die Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer zu stützen, darf nur ausnahmsweise bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erfolgen, etwa, wenn sich der Auftrag nicht durch Kapazitäten mehrerer Unternehmer erfüllen lässt (vergleiche EuGH 07.04.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, Rz 35 f und 40) oder es sich um einen unteilbaren Auftrag handelt (Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] Paragraph 86, Rz 6 mwN). Allerdings ist eine Grundausstattung des Bieters in technischer Sicht bzw ein Minimum an Eignung, zur Erbringung solcher Aufträge selbst beizutragen, erforderlich (Gölles in Gölles, BVergG 2018 Paragraph 86, Rz 5 [Stand 01.10.2020, rdb.at]; Jaeger/Lanser in Schramm/Aicher/Fruhmann, BVergG3 [2020] Paragraph 86, Rz 10 mwN).

In der gegenständlichen Ausschreibung wird vorgegeben, dass das gesamte Personal, mittels dessen die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen ist, in einem regulären Dienstverhältnis zum Bieter stehen muss. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass diese Vorgabe nicht mit § 86 BVergG 2018 vereinbar ist. Es liegen keine außergewöhnlichen Umstände vor, die es erfordern, dass ein Bieter die Leistung ausschließlich mit in einem regulären Dienstverhältnis angestellten Arbeitnehmern erbringt. Daher muss es ihm überlassen bleiben, mittels welcher Rechtsbeziehungen zwischen ihm und seinem Personal er die erforderliche technische Leistungsfähigkeit nachweist. In der gegenständlichen Ausschreibung wird vorgegeben, dass das gesamte Personal, mittels dessen die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen ist, in einem regulären Dienstverhältnis zum Bieter stehen muss. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass diese Vorgabe nicht mit Paragraph 86, BVergG 2018 vereinbar ist. Es liegen keine außergewöhnlichen Umstände vor, die es erfordern, dass ein Bieter die Leistung ausschließlich mit in einem regulären Dienstverhältnis angestellten Arbeitnehmern erbringt. Daher muss es ihm überlassen bleiben, mittels welcher Rechtsbeziehungen zwischen ihm und seinem Personal er die erforderliche technische Leistungsfähigkeit nachweist.

6.4.4. Die Vorgabe, dass ein Bieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotserstellung nachzuweisen hat, dass er über 104 namentlich zu nennende Personen verfügt, die im Falle eines Vertragsabschlusses binnen zwei Tagen im Rahmen eines regulären Dienstverhältnisses „konkret verfügbar“ sind, steht auch im Widerspruch zu den Vorgaben des § 20 Abs 1 BVergG 2018. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es zwar grundsätzlich Sache des Auftraggebers ist, die

Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Dabei ist der Auftraggeber jedoch an die Vorgaben des § 20 Abs 1 BVergG 2018 gebunden. Wesentlich ist daher im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind bzw nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (vgl VwGH 09.04.2013, 2011/04/0042 mwN; 01.02.2017, Ro 2016/04/0054). 6.4.4. Die Vorgabe, dass ein Bieter bereits zum Zeitpunkt der Angebotserstellung nachzuweisen hat, dass er über 104 namentlich zu nennende Personen verfügt, die im Falle eines Vertragsabschlusses binnen zwei Tagen im Rahmen eines regulären Dienstverhältnisses „konkret verfügbar“ sind, steht auch im Widerspruch zu den Vorgaben des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass es zwar grundsätzlich Sache des Auftraggebers ist, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen. Dabei ist der Auftraggeber jedoch an die Vorgaben des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 gebunden. Wesentlich ist daher im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind bzw nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen vergleiche VwGH 09.04.2013, 2011/04/0042 mwN; 01.02.2017, Ro 2016/04/0054).

Das Erfordernis, im Zuge der Angebotslegung 104 namentlich zu nennende Personen in einem (künftigen) regulären Dienstverhältnis zu nennen, die im Falle eines – nach dem straffen Zeitplan der Ausschreibung binnen weniger Tage zu erwartenden – Vertragsabschlusses binnen zwei weiteren Tagen „konkret verfügbar“ sind, schränkt den Kreis jener Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebots in der Lage sind, maßgeblich ein und erleichtert jenen Bietern die Abgabe eines Angebots, die über entsprechend qualifiziertes, in einem regulären Dienstverhältnis angestelltes Personal verfügen, das binnen der Leistungsfrist für die Erbringung der betreffenden Dienstleistung eingesetzt werden kann.

Das Erfordernis der namentlichen Bekanntgabe von 104 (künftig) in einem regulären Dienstverhältnis angestellten Dienstnehmern zum Zeitpunkt der Angebotslegung bewirkt daher eine Ungleichbehandlung der Bieter.

Diese Ungleichbehandlung kann nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass sie zur Sicherstellung der technischen Leistungsfähigkeit erforderlich ist. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass auch in einem freien Dienstverhältnis, in einem werkvertraglichen Schuldverhältnis oder im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung der Dienstgeber, Auftraggeber oder Arbeitskräfteübernehmer Vorgaben betreffend den zeitlichen und örtlichen Rahmen der Leistungserbringung machen kann. Umgekehrt hat ein Arbeitgeber, wie sowohl die Antragstellerin als auch der Auftraggeber im Verfahren ausgeführt haben, auch in einem regulären Dienstverhältnis keine gänzlich freie Verfügung über seine Arbeitskräfte, sondern bestehen auch dort gewisse Beschränkungen bezüglich des örtlichen und zeitlichen Einsatzes des Personals.

Allein der – nicht näher ausgeführte – Umstand, dass solche Vorgaben in einem regulären Dienstverhältnis unter Umständen leichter zu treffen sein mögen, vermag die mit dem Anstellungserfordernis verbundene Ungleichbehandlung der Bieter nicht zu rechtfertigen.

Es erscheint daher unsachlich und vor allem unverhältnismäßig, durch Festlegung einer bestimmten Rechtsbeziehung (Angestelltenverhältnis) zwischen dem Bieter und seinem Personal die Art und Weise regeln zu wollen, wie der Bieter die Erfüllung von an sich sachlich begründeten und auch zulässigen Zielen des Auftraggebers gewährleistet. Im Sinne der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung muss es dem Bieter offenstehen, wie er die vom Auftraggeber geforderte Leistungserbringung sicherstellt (vgl dazu BVA 26.01.2004, 10N-125/03-14). Es erscheint daher unsachlich und vor allem unverhältnismäßig, durch Festlegung einer bestimmten Rechtsbeziehung (Angestelltenverhältnis) zwischen dem Bieter und seinem Personal die Art und Weise regeln zu wollen, wie der Bieter die Erfüllung von an sich sachlich begründeten und auch zulässigen Zielen des Auftraggebers gewährleistet. Im Sinne der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung muss es dem Bieter offenstehen, wie er die vom Auftraggeber geforderte Leistungserbringung sicherstellt vergleiche dazu BVA 26.01.2004, 10N-125/03-14).

Die Vorgabe einer Anstellung sämtlichen zum Einsatz gelangenden Mindeststammpersonals in einem regulären Dienstverhältnis ist schließlich vor dem Hintergrund nicht kohärent, dass nach den Ausschreibungsunterlagen der Einsatz von Subunternehmern zulässig ist, obwohl in einer solchen Konstellation zwischen dem Auftraggeber und den Arbeitnehmern des Subunternehmers ebenfalls keine arbeitsvertragliche Beziehung und damit auch keine Möglichkeit zur direkten Einflussnahme auf die Leistungserbringung durch diese Personen im Sinne des Vorbringens des

Auftraggebers besteht. Es ist nicht ersichtlich, worin sich der Einsatz von Subunternehmern im Hinblick auf die Einwirkungsmöglichkeiten des Auftragnehmers auf das Personal von einem Einsatz von Personal etwa aufgrund einer Arbeitskräfteüberlassung oder aufgrund eines Werkvertrags unterscheidet.

In Anbetracht dieser Erwägungen ist daher festzustellen, dass das Erfordernis der Namhaftmachung von 104 sich (künftig) in einem regulären Dienstverhältnis zum Bieter befindlichen Personen im Zuge der Angebotslegung eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Bieter bewirkt und damit gegen die Vorgaben des § 20 Abs 1 BVergG 2018 verstößt. In Anbetracht dieser Erwägungen ist daher festzustellen, dass das Erfordernis der Namhaftmachung von 104 sich (künftig) in einem regulären Dienstverhältnis zum Bieter befindlichen Personen im Zuge der Angebotslegung eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Bieter bewirkt und damit gegen die Vorgaben des Paragraph 20, Absatz eins, BVergG 2018 verstößt.

Diese Festlegung ist daher für nichtig zu erklären.

6.4.5. Auch das Erfordernis der Leistungserbringung binnen zwei Arbeitstagen erleichtert jenen Bieter die Abgabe eines Angebots, die über entsprechend qualifiziertes, in einem regulären Dienstverhältnis angestelltes Personal verfügen, das binnen der Leistungsfrist für die Erbringung der betreffenden Dienstleistung eingesetzt werden kann. Demgegenüber stellen zwei Arbeitstage Vorbereitungszeit für eine derart umfassende und, wie der Auftraggeber selbst mehrfach ausgeführt hat, hochkomplexe Dienstleistung eine alle anderen Bieter benachteiligende Anforderung dar.

Der Auftraggeber hat zu dieser Frist ausgeführt, dass aufgrund des dringenden Bedarfs eine sofortige Aufnahme der Dienstleistungstätigkeit erforderlich sei.

Es ist offenkundig, dass aufgrund der Pandemiesituation ein dringender Bedarf nach der gegenständlichen Dienstleistung besteht. Die Deckung dieses Bedarfs ist jedoch während jenes Zeitraums, in dem das gegenständliche Verfahren durchgeführt wird, durch einen Überbrückungsauftrag gesichert. Der Zweck einer solchen Überbrückungsmaßnahme besteht darin, die kurzfristige Deckung eines dringenden Bedarfs an notwendigen Leistungen zur Verhütung und Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zu ermöglichen. Damit soll – im Sinne eines „Notvergaberechts“ – ein dringender Bedarf für jenen Zeitraum gedeckt werden, den die Durchführung eines ordentlichen Vergabeverfahrens in Anspruch nimmt.

Daraus folgt jedoch, dass ein Auftraggeber, der eine Überbrückungsmaßnahme gesetzt hat, einzelne Festlegungen im ordentlichen Vergabeverfahren nicht weiterhin mit jener Dringlichkeit begründen kann, aufgrund derer er eine Überbrückungsmaßnahme gesetzt hat; vielmehr beseitigt diese Überbrückungsmaßnahme gerade die betreffende Dringlichkeit, indem sie zur Deckung des entsprechenden Bedarfs führt. Die Dringlichkeit, aufgrund derer die Überbrückungsmaßnahme gesetzt wurde, kann folglich nicht als Begründung für konkrete Festlegungen im – zur vergaberechtlichen Sanierung der gesetzten Überbrückungsmaßnahme durchzuführenden – ordentlichen Vergabeverfahren herangezogen werden.

6.5. Zum Erfordernis der rund um die Uhr erreichbaren Ansprechperson

Die Antragstellerin wendet sich außerdem gegen die Festlegung in Punkt 2.1 des Leistungsvertrags, dass dem Auftraggeber für alle Belange der Vertragserfüllung eine rund um die Uhr erreichbare Ansprechperson namhaft zu machen ist.

Der Auftraggeber hat dieses Erfordernis ebenfalls mit der dynamischen Pandemiesituation begründet, aufgrund derer es erforderlich sein könne, umgehend in den Teststandorten und bei der Durchführung von Tests auf aktuelle Entwicklungen zu reagieren, sodass auch außerhalb der normalen Arbeitszeiten eine Kontaktaufnahme notwendig sein könne. Als Beispiel für eine solche Situation hat der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung die kurzfristige Einrichtung einer Teststraße aufgrund einer Häufung von Infektionsfällen in einer bestimmten Region genannt.

Diesbezüglich ist zunächst auszuführen, dass eine Erreichbarkeit der Kontaktperson rund um die Uhr in Bezug auf bereits bestehende Teststandorte vor dem Hintergrund nicht erforderlich erscheint, dass diese Teststandorte selbst nicht rund um die Uhr betrieben werden, und auch seitens des Auftraggebers kein Fall genannt wurde, in dem außerhalb dieser Betriebszeiten, sohin von 20:00 bis 06:00 Uhr, aufgrund der dynamischen Pandemiesituation Dispositionen getroffen werden müssten.

Für den Fall, dass aufgrund der Pandemieentwicklung mittels Abruf aus der Rahmenvereinbarung gemäß Punkt 1.5 des

Leistungsvertrags ein neuer Teststandort aufgebaut werden muss, ist zu berücksichtigen, dass dafür eine zweitägige Leistungsfrist besteht. In Anbetracht dessen ist es unverhältnismäßig, eine rund um die Uhr erreichbare Ansprechperson zu fordern, zumal diese Ansprechperson, wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, nicht verfügbar, sondern nur erreichbar sein muss. Zumindest in der Zeit zwischen 22:00 Uhr und 06:00 Uhr ist allerdings eine solche Erreichbarkeit nicht erforderlich, weil in dieser Zeit mangels verfügbarem Personal auch keine Dispositionen zu treffen sind. Gemäß Punkt 2.4 des Leistungsvertrags hat der Auftraggeber das betreffende Personal nämlich nur während der festgelegten Öffnungszeiten bereitzustellen.

Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass die durchgängige Erreichbarkeit der Kontaktperson zur Vertragserfüllung unbedingt erforderlich ist. Es ist daher kein sachlicher Grund für diese Festlegung ersichtlich.

6.6. Zur Angemessenheit der Angebotsfrist

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die Angebotsfrist, die von 11.02.2021 bis 23.02.2021, 12:00 Uhr, lief, zu kurz bemessen war.

Der Auftraggeber hingegen ist der Auffassung, dass die besondere Dringlichkeit des gegenständlichen Beschaffungsvorhabens, die für ihn nicht vorhersehbar gewesen sei, diese Frist rechtfertige.

Gemäß § 151 Abs 1 BVergG 2018 ist für die Frage der Angemessenheit der vom Auftraggeber im gegenständlichen Fall gewählten Frist § 68 BVergG 2018 maßgeblich. Gemäß dieser Bestimmung sind Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt. Gemäß Paragraph 151, Absatz eins, BVergG 2018 ist für die Frage der Angemessenheit der vom Auftraggeber im gegenständlichen Fall gewählten Frist Paragraph 68, BVergG 2018 maßgeblich. Gemäß dieser Bestimmung sind Fristen so zu bemessen und festzusetzen, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt.

Unter der Vornahme der entsprechenden Handlungen ist nicht nur die Zusammenstellung der Angebotsunterlagen, etwa das Ausfüllen der entsprechenden Formblätter, zu verstehen; vielmehr fallen darunter auch jene Dispositionen, die zur Vorbereitung der Angebotslegung zu treffen sind.

Die Frage der Angemessenheit der Frist kann daher nicht losgelöst vom Inhalt der Ausschreibung beurteilt werden. Dies zeigt sich schon daran, dass die Antragstellerin in ihrer Replik vorbringt, dass die Frist vor allem aufgrund des Erfordernisses der Anstellung des Mindeststammpersonals zu kurz bemessen gewesen sei. Da der Inhalt der Ausschreibung aufgrund des Erfordernisses der Anstellung des Mindeststammpersonals in einem regulären Dienstverhältnis in einem wesentlichen Punkt rechtswidrig war, ist eine abschließende Beurteilung der Angemessenheit der Angebotsfrist nicht mehr erforderlich.

Der Auftraggeber wird im Falle einer neuerlichen Ausschreibung die Angebotsfrist so zu wählen haben, dass den interessierten Bietern ausreichend Zeit zur Erstellung eines Angebots bleibt. Je nach Inhalt der Ausschreibung erscheint zumindest nicht ausgeschlossen, dass die im gegenständlichen Vergabeverfahren gewählte Ausschreibungsfrist dafür ausreichend sein kann.

Das Argument des Vorliegens einer äußersten Dringlichkeit, wie es vom Auftraggeber wiederholt vorgebracht wurde, kann allerdings nicht zur Begründung der gegenständlichen Frist herangezogen werden.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass eine solche Dringlichkeit kein Abgehen von den Erfordernissen des § 68 BVergG 2018 zu rechtfertigen vermag. Vielmehr sieht das BVergG 2018, zB in dessen § 37 Abs 1 Z 4, eigene Instrumente zur Abwicklung eines (äußerst) dringenden Beschaffungsvorhabens vor. Dazu ist zunächst auszuführen, dass eine solche Dringlichkeit kein Abgehen von den Erfordernissen des Paragraph 68, BVergG 2018 zu rechtfertigen vermag. Vielmehr sieht das BVergG 2018, zB in dessen Paragraph 37, Absatz eins, Ziffer 4,, eigene Instrumente zur Abwicklung eines (äußerst) dringenden Beschaffungsvorhabens vor.

Darüber hinaus ist zwar unstrittig, dass die betreffende Dienstleistung zur wirksamen Pandemiebekämpfung (dringend) erforderlich ist. Auf diese Situation hat der Auftraggeber jedoch bereits reagiert, indem er den diesbezüglichen Bedarf mittels eines ohne vorherige Bekanntmachung vergebenen Überbrückungsauftrags gedeckt hat. Wie bereits ausgeführt, besteht der Zweck einer solchen Überbrückungsmaßnahme darin, die kurzfristige

Deckung eines dringenden Bedarfs an notwendigen Leistungen zur Verhütung und Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zu ermöglichen. Damit soll ein dringender Bedarf für jenen Zeitraum gedeckt werden, den die Durchführung eines ordentlichen Vergabeverfahrens in Anspruch nimmt.

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der derzeit bestehende Bedarf für die Dauer des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch die vom Auftraggeber gesetzte Überbrückungsmaßnahme gesichert ist, ist im vorliegenden Verfahren nicht von einer besonderen Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs auszugehen und kann der Auftraggeber folglich die Festlegung der Angebotsfrist nicht mit einer solchen Dringlichkeit begründen.

Umfang der Nichtigklärung

7. Gemäß § 12 Abs 1 lit b des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären. Gemäß § 12 Abs 2 leg cit darf eine Entscheidung nur dann gemäß Abs 1 lit b für nichtig erklärt werden, wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Gemäß § 12 Abs 3 leg cit kann eine Nichtigklärung gemäß Abs. 1 lit. b auch darin bestehen, dass diskriminierende Anforderungen in der Ausschreibung gestrichen werden.7. Gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Litera b, des Vergabenachprüfungsgesetzes ist das Landesverwaltungsgericht bis zum Zuschlag oder Widerruf zuständig, Entscheidungen des Auftraggebers für nichtig zu erklären. Gemäß Paragraph 12, Absatz 2, leg cit darf eine Entscheidung nur dann gemäß Absatz eins, Litera b, für nichtig erklärt werden, wenn sie wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Gemäß Paragraph 12, Absatz 3, leg cit kann eine Nichtigklärung gemäß Absatz eins, Litera b, auch darin bestehen, dass diskriminierende Anforderungen in der Ausschreibung gestrichen werden.

Die Ausschreibung steht aufgrund der im obigen Punkt dargelegten Ausführungen im dort angeführten Ausmaß im Widerspruch zu den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes. Da der Inhalt der Ausschreibung die Grundlage des Vergabeverfahrens betrifft, hat eine Rechtswidrigkeit einzelner Festlegungen in der Ausschreibung zwangsläufig wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Werden einzelne Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen für rechtswidrig erkannt, ist zur Abgrenzung des Umfangs der Nichtigklärung darauf abzustellen, inwiefern dadurch der Ausschreibungsgegenstand verändert wird. Eine Streichung nur einzelner Bestimmungen einer Ausschreibung kommt dann nicht in Betracht, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen ist die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (VwGH 06.03.2013, 2011/04/0115, 2011/04/0139 und 2011/04/0130, mwN).

Im vorliegenden Fall ist die Ausschreibungsfrist bereits abgelaufen. Die Antragstellerin hat während dieser Frist aufgrund der von ihr gerügten Rechtswidrigkeiten kein Angebot gelegt. Diese Vorgangsweise ist rechtmäßig (vgl dazu die Nachweise in VwGH 06.03.2013, 2011/04/0115, 2011/04/0139 und 2011/04/0130).Im vorliegenden Fall ist die Ausschreibungsfrist bereits abgelaufen. Die Antragstellerin hat während dieser Frist aufgrund der von ihr gerügten Rechtswidrigkeiten kein Angebot gelegt. Diese Vorgangsweise ist rechtmäßig vergleiche dazu die Nachweise in VwGH 06.03.2013, 2011/04/0115, 2011/04/0139 und 2011/04/0130).

Aufgrund der Streichung der vom Landesverwaltungsgericht für rechtswidrig erkannten Bestimmungen und der dadurch veränderten Ausschreibung wird voraussichtlich ein anderer Bieterkreis, nämlich zumindest auch die Antragstellerin, angesprochen. Somit scheidet nach der angeführten Judikatur die Streichung bloß der für rechtswidrig erkannten Bestimmungen aus und war daher die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Kostenentscheidung

8. Gemäß § 24 Abs 3 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu ersetzen, wenn das Landesverwaltungsgericht die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.8. Gemäß Paragraph 24, Absatz 3, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen

Verfügung zu ersetzen, wenn das Landesverwaltungsgericht die einstweilige Verfügung erlassen hat, der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Gemäß § 24 Abs 4 Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, Vergabenachprüfungsgesetz hat der Auftraggeber dem Antragsteller die Hälfte der Gebühr für einen Nachprüfungsantrag zu ersetzen, wenn der Antragsteller auch nur teilweise obsiegt und das Landesverwaltungsgericht nicht festgestellt hat, dass der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

Im gegenständlichen Fall hat der Antragsteller für seinen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 175 Euro und für seinen Nachprüfungsantrag 350 Euro an Gebühren, somit insgesamt 525 Euro, entrichtet. Zuzufolge der obzitierten Bestimmungen war daher dem Auftraggeber vorzuschreiben, dass er die Hälfte dieser Gebühren dem Antragsteller zu ersetzen hat.

Rechtsmittel

9. Die 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 des Verwaltungsgerichtshofes. 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. 9. Die 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 des Verwaltungsgerichtshofes. 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

Vergaberecht, besondere Dienstleistungsaufträge, Ungleichbehandlung, nur „fix angestellte“ Dienstnehmer, Überbrückungsmaßnahme, keine losweise Vergabe

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGVGO:2021:LVwG.314.2.2021.S1

Zuletzt aktualisiert am

21.04.2021

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwG Vorarlberg, <http://www.lwvg-vorarlberg.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at