

TE Lvwg Erkenntnis 2020/11/27 LVwG-314-4/2020-S1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.11.2020

Entscheidungsdatum

27.11.2020

Norm

BVergG 2018 §249 Abs2 Z4

BVergG 2018 §254 Abs1

BVergG 2018 §254 Abs2

BVergG 2018 §254 Abs3

1. BVergG 2018 § 249 heute
 2. BVergG 2018 § 249 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 249 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 254 heute
 2. BVergG 2018 § 254 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 254 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 254 heute
 2. BVergG 2018 § 254 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 254 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
-
1. BVergG 2018 § 254 heute
 2. BVergG 2018 § 254 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
 3. BVergG 2018 § 254 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Anmerkung

Revision wurde vom Verwaltungsgerichtshof (28.06.2022, Ra 2021/04/0067 bis 0069) zurückgewiesen.

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch seinen Senat 1 mit den Mitgliedern Mag. Pathy, Dr. Köpfle und Dr. Herzog über den Antrag der Bewerber- und Bietergemeinschaft 1. S AG, I-B, und 2. R GmbH & Co KG, R, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. Philipp Götzl, Salzburg, auf Nichtigkeitserklärung der Entscheidung auf Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens „Verkehrsdienstleistungen U I/B, Los 1 (Stadtbus B)“ vom 25.09.2020 zu Recht erkannt:

I. Gemäß den §§ 3, 4 Abs 2 und 12 Abs 1 lit b und Abs 2 des Vergabenachprüfungsgesetzes wird dem Antrag auf Nichtigerklärung Folge gegeben und die Entscheidung auf Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens für nichtig erklärt. römisch eins. Gemäß den Paragraphen 3, 4, Absatz 2 und 12 Absatz eins, Litera b und Absatz 2, des Vergabenachprüfungsgesetzes wird dem Antrag auf Nichtigerklärung Folge gegeben und die Entscheidung auf Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens für nichtig erklärt.

II. Gemäß § 24 Abs 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes haben die Auftraggeber der Antragstellerin jeweils die Hälfte der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag, somit insgesamt 1.050 Euro, binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. römisch zwei. Gemäß Paragraph 24, Absatz 3 und 4 des Vergabenachprüfungsgesetzes haben die Auftraggeber der Antragstellerin jeweils die Hälfte der Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag, somit insgesamt 1.050 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. Die S B, der Gemeindeverband P U R und die V V GmbH (im Folgenden kurz: die Auftraggeber) haben mit Bekanntmachung vom 14.07.2020, veröffentlicht im Amtsblatt der EU zur ZI 220/S 134-330975, ein Vergabeverfahren zum Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen mit einer Partei pro Los für die Verkehrsdienstleistungen in insgesamt zwei Losen in der Region „U R, L, B“ im Wege eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich eingeleitet. Der Ausschreibungsgegenstand betrifft Transport- und Beförderungsdienstleistungen im Sektorenbereich. 1.1. Die S B, der Gemeindeverband P U R und die römisch fünf römisch fünf GmbH (im Folgenden kurz: die Auftraggeber) haben mit Bekanntmachung vom 14.07.2020, veröffentlicht im Amtsblatt der EU zur ZI 220/S 134-330975, ein Vergabeverfahren zum Abschluss von zwei Rahmenvereinbarungen mit einer Partei pro Los für die Verkehrsdienstleistungen in insgesamt zwei Losen in der Region „U R, L, B“ im Wege eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens im Oberschwellenbereich eingeleitet. Der Ausschreibungsgegenstand betrifft Transport- und Beförderungsdienstleistungen im Sektorenbereich.

Das Ende der Teilnahmefrist wurde mit 17.08.2020, 12:00 Uhr, festgelegt. Die Antragstellerin hat fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben.

Mit Aufklärungsersuchen vom 08.09.2020 haben die Auftraggeber die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass die italienische Wettbewerbsbehörde (A) mit Entscheidung vom 10.04.2019, in der Rechtssache A, eine Geldbuße von 1,1 Millionen Euro gegen die S AG (im Folgenden kurz: S) wegen eines Verstoßes gegen Art 102 AEUV verhängt habe. Vor diesem Hintergrund wurde die Antragstellerin um Stellungnahme ersucht, ob und gegebenenfalls welche konkreten technischen, organisatorischen, personellen oder sonstigen Maßnahmen getroffen wurden, die geeignet sind, ein nochmaliges Begehen jener Verfehlungen zu verhindern, die der genannten Entscheidung zugrunde liegen. Es wurde ersucht, alle Nachweise für die gesetzlich geforderten Maßnahmen vorzulegen. Mit Aufklärungsersuchen vom 08.09.2020 haben die Auftraggeber die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass die italienische Wettbewerbsbehörde (A) mit Entscheidung vom 10.04.2019, in der Rechtssache A, eine Geldbuße von 1,1 Millionen Euro gegen die S AG (im Folgenden kurz: S) wegen eines Verstoßes gegen Artikel 102, AEUV verhängt habe. Vor diesem Hintergrund wurde die Antragstellerin um Stellungnahme ersucht, ob und gegebenenfalls welche konkreten technischen, organisatorischen, personellen oder sonstigen Maßnahmen getroffen wurden, die geeignet sind, ein nochmaliges Begehen jener Verfehlungen zu verhindern, die der genannten Entscheidung zugrunde liegen. Es wurde ersucht, alle Nachweise für die gesetzlich geforderten Maßnahmen vorzulegen.

Weiters haben die Auftraggeber die Antragstellerin ersucht, zu einer vom italienischen Arbeitsinspektorat mit Strafbescheid gegen die S wegen 133 Vergehen betreffend die Einhaltung der vorgesehenen Ruhepausen der Buslenker verhängten Strafe in Höhe von 13.493 Euro dahingehend Stellung zu nehmen, ob und gegebenenfalls welche konkreten technischen, organisatorischen, personellen oder sonstigen Maßnahmen getroffen wurden, die geeignet sind, ein nochmaliges Begehen jener Verfehlungen zu verhindern, die dem genannten Strafbescheid zugrunde liegen und alle Nachweise für die gesetzlich geforderten Maßnahmen vorzulegen.

Mit Antwortschreiben vom 14.09.2020 hat die Antragstellerin innerhalb der ihr eingeräumten Frist zum Aufklärungsersuchen Stellung genommen.

Mit Schreiben vom 25.09.2020 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen werde.

1.2. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 05.10.2020, per E-Mail am selben Tag beim Verwaltungsgericht eingelangt, die Nichtigkeitserklärung dieser Entscheidung (Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe) sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Zusätzlich hat sie den Ersatz der Kosten (Pauschalgebühr) beantragt.

1.3. Mit Beschluss vom 14.10.2020, LVwG-314-4/2020-S1, hat das Landesverwaltungsgericht dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Folge gegeben und den Auftraggebern untersagt, dass Vergabeverfahren hinsichtlich Los 1 (Stadtbus B) fortzusetzen, insbesondere die Bewerber zur Abgabe von Erstangeboten einzuladen. Dies gilt bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den Antrag der Antragsteller auf Nichtigkeitserklärung.

1.4. Im Antrag auf Nichtigkeitserklärung wird auszugsweise wie folgt ausgeführt:

„....

□

□

...

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

□

...“

1.5. Die Auftraggeber haben eine Gegenschrift erstattet, in der sie dem Vorbringen im Antrag auf Nichtigkeitserklärung entgegengetreten sind.

1.6. Die Antragstellerin hat eine Replik zur Gegenschrift der Auftraggeber erstattet.

1.7. Die Auftraggeber haben auf diese Replik wiederum repliziert.

1.8. In weiterer Folge wurde vor dem Landesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durchgeführt, an der Vertreter der Antragstellerin und der Auftraggeber teilgenommen haben.

Sachverhalt

2.1. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich, das in zwei Stufen durchgeführt wird. Ausschreibungsgegenstand sind Transport- und Beförderungsdienstleistungen im Sektorenbereich. Die Auftraggeber möchten zwei Rahmenvereinbarungen, jeweils

mit einer Partei, in insgesamt zwei Losen für Verkehrsdienstleistungen für das u R und den Stadtbus B mit einer Laufzeit von 96 Monaten abschließen.

In den Teilnahmeunterlagen (Stand 10.07.2020, Beilage ./3 des Vergabeaktes) wurde festgelegt, dass das Los 1 den Stadtbus B mit den Linien und das Los 2 den Landbus U I mit den Linien umfasst. Weiters wurde festgelegt, dass der Bewerber verbindlich zu erklären hat, für welches Los oder für welche Lose sein Teilnahmeantrag gilt, wobei der Bewerber berechtigt ist, die Loserklärung für ein Los oder mehrere Lose abzugeben. Das Ende der Teilnahmefrist wurde mit 17.08.2020, 12:00 Uhr, festgelegt. In den Teilnahmeunterlagen (Stand 10.07.2020, Beilage ./3 des Vergabeaktes) wurde festgelegt, dass das Los 1 den Stadtbus B mit den Linien und das Los 2 den Landbus U römisch eins mit den Linien umfasst. Weiters wurde festgelegt, dass der Bewerber verbindlich zu erklären hat, für welches Los oder für welche Lose sein Teilnahmeantrag gilt, wobei der Bewerber berechtigt ist, die Loserklärung für ein Los oder mehrere Lose abzugeben. Das Ende der Teilnahmefrist wurde mit 17.08.2020, 12:00 Uhr, festgelegt.

Die Teilnahmeunterlagen wurden nicht angefochten. Sie sind bestandsfest geworden.

Der Teilnahmeantrag der Antragstellerin langte fristgerecht bei den Auftraggebern ein. Der Teilnahmeantrag wurde für Los 1 abgegeben.

2.2. In den Ausschreibungsunterlagen im Dokument „Teilnahmeantrag“ (Stand 10.07.2020, Beilage ./3 des Vergabeaktes) wurde unter Punkt „9. Ausschlussgründe“ unter Punkt „9.1 Allgemeine, berufliche Zuverlässigkeit“ Folgendes festgelegt: 2.2. In den Ausschreibungsunterlagen im Dokument „Teilnahmeantrag“ (Stand 10.07.2020, Beilage ./3 des Vergabeaktes) wurde unter Punkt „9. Ausschlussgründe“ unter Punkt „9.1 Allgemeine, berufliche Zuverlässigkeit“ Folgendes festgelegt:

„Der Bewerber wird jedenfalls nicht in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Angebotsabgabe eingeladen, wenn

a. ...

f. er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial-, Umwelt-, Steuer- oder Abgabenrechts begangen hat, oder rechtskräftige Titel des Zivil- oder Verwaltungsrechts nicht erfüllt hat, soweit dies jeweils von den Auftraggebern nachweislich festgestellt wurde, oder

g.

Die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit muss spätestens und zumindest zu dem am Deckblatt angegebenen Ende der Teilnahmefrist vorliegen; allfällige Umstände, die sich vor diesem Zeitpunkt ereignet haben und welche die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit beeinträchtigen, führen ebenso zum Ausschluss des Bewerbers wegen fehlender vergaberechtlicher Eignung.“

Unter Punkt „9.2 Nachweise für das Nicht-Vorliegen von Ausschlussgründen“ wurde Folgendes festgelegt:

„Der Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit hat insbesondere durch Vorlage folgender Unterlagen entweder im Teilnahmeantrag oder in der Nachreichung infolge einer Nachforderung (Punkt 2.2 Abs 6) zu erfolgen. ...

„Der Nachweis der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit hat insbesondere durch Vorlage folgender Unterlagen entweder im Teilnahmeantrag oder in der Nachreichung infolge einer Nachforderung (Punkt 2.2 Absatz 6,) zu erfolgen.

...

....

e. Bestätigung mit rechtsgültiger Unterfertigung des Teilnahmeantrages, wodurch der Bewerber verbindlich erklärt, dass keine Verstöße gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umwelt rechts sowie gegen rechtskräftige Titel des Zivil- oder Verwaltungsrechts vorliegen und damit kein Ausschlussgrund gemäß Punkt 9.1 lit. f und g erfüllt ist. e. Bestätigung mit rechtsgültiger Unterfertigung des Teilnahmeantrages, wodurch der Bewerber verbindlich erklärt, dass keine Verstöße gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umwelt rechts sowie gegen rechtskräftige Titel des Zivil- oder Verwaltungsrechts vorliegen und damit kein Ausschlussgrund gemäß Punkt 9.1 Litera f und g erfüllt ist.

Werden die in lit a bis c genannten Bescheinigungen, Lastschriftanzeigen oder Kontoauszüge im Herkunftsland des Unternehmens nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle der in Punkt 9.1 lit a bis g vorgesehenen Fälle erwähnt, kann eine entsprechende, vor einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers abgegebene Erklärung vorgelegt werden.“Werden die in

Litera a bis c genannten Bescheinigungen, Lastschriftanzeigen oder Kontoauszüge im Herkunftsland des Unternehmens nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle der in Punkt 9.1 Litera a bis g vorgesehenen Fälle erwähnt, kann eine entsprechende, vor einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers abgegebene Erklärung vorgelegt werden.“

2.3. Mit der Unterzeichnung des Teilnahmeantrages unterfertigte die Antragstellerin auch die Bewerbererklärungen. Im Punkt III. der Bewerbungserklärungen erklärte die Antragstellerin durch die elektronischen Unterschriften, dass sie die von den Auftraggebern in den vorliegenden Teilnahmeunterlagen festgelegten Eignungskriterien und die von ihnen im Teilnahmeantrag angegebenen Auswahlkriterien erfülle sowie keine in den vorliegenden Teilnahmeunterlagen festgelegten Ausschlussgründe erfülle; dies gelte auch für die von ihr nominierten Subunternehmer. Ferner erklärte sie, dass sie die in den vorliegenden Teilnahmeunterlagen festgelegten Nachweise, die das Erfüllen der Eignungs- und gegebenenfalls Auswahlkriterien sowie das Nicht-Erfüllen der Ausschlussgründe bestätigen, entweder bereits mit dem Teilnahmeantrag oder erst in der Nachreichung infolge einer Nachforderung beibringen werden; dies gelte auch für die von ihr nominierten Subunternehmer. 2.3. Mit der Unterzeichnung des Teilnahmeantrages unterfertigte die Antragstellerin auch die Bewerbererklärungen. Im Punkt römisch drei. der Bewerbungserklärungen erklärte die Antragstellerin durch die elektronischen Unterschriften, dass sie die von den Auftraggebern in den vorliegenden Teilnahmeunterlagen festgelegten Eignungskriterien und die von ihnen im Teilnahmeantrag angegebenen Auswahlkriterien erfülle sowie keine in den vorliegenden Teilnahmeunterlagen festgelegten Ausschlussgründe erfülle; dies gelte auch für die von ihr nominierten Subunternehmer. Ferner erklärte sie, dass sie die in den vorliegenden Teilnahmeunterlagen festgelegten Nachweise, die das Erfüllen der Eignungs- und gegebenenfalls Auswahlkriterien sowie das Nicht-Erfüllen der Ausschlussgründe bestätigen, entweder bereits mit dem Teilnahmeantrag oder erst in der Nachreichung infolge einer Nachforderung beibringen werden; dies gelte auch für die von ihr nominierten Subunternehmer.

2.4. Das italienische Arbeitsinspektorat hat über die S mit Bußgeldbescheid vom 18.04.2018 eine Geldstrafe von 13.493 Euro verhängt. Die S soll im Jahr 2016 133 Vergehen im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung der vorgesehenen Ruhepausen für Buslenker begangen haben. Das Landesgericht B hat diesen Bußgeldbescheid mit Urteil vom 28.11.2019 aufgehoben.

Die italienische Wettbewerbsbehörde (A) hat über die S eine Geldbuße von 1,1 Millionen Euro verhängt (Entscheidung vom 10.04.2019). Der S wird zur Last gelegt, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem lokalen Markt für öffentliche Personenverkehrsdienste in Vorstädten missbraucht zu haben, indem sie sich geweigert habe, einem Auftraggeber Informationen mitzuteilen, die für die Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens erforderlich gewesen seien. Die S hat diese Entscheidung beim Verwaltungsgericht L bekämpft. Dieses Verfahren ist noch anhängig.

2.5. Die Auftraggeber haben zunächst aus den Medien von der Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde und vom Bußgeldbescheid des italienischen Arbeitsinspektorats erfahren. Die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde wurde aus dem Internet heruntergeladen und mit einem Softwaretool übersetzt. Zum Bußgeldbescheid des italienischen Arbeitsinspektorats wurden telefonische Nachfragen angestellt. Diese Nachfragen haben die Medienberichte bestätigt. Der Bußgeldbescheid selbst lag den Auftraggebern nicht vor.

Daraufhin haben die Auftraggeber die Antragstellerin um Aufklärung ersucht. Das Aufklärungsersuchen vom 08.09.2020 lautet auszugsweise wie folgt:

„

Die zwischenzeitlich fortgesetzte Prüfung dieses Teilnahmeantrags hat folgende Unklarheiten ergeben. Mit dem vorliegenden Aufklärungsersuchen wird Ihre Bergewergemeinschaft aufgefordert, diese Unklarheiten vollständig auszuräumen:

1. Die italienische Wettbewerbsbehörde (A) hat mit Entscheidung vom 10.04.2019 in der Rechtssache A eine Geldbuße von Euro 1,1 Millionen gegen die S AG wegen eines Verstoßes gegen Art 102 AEUV verhängt. Nach dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hat die S AG ihre marktbeherrschende Stellung auf dem lokalen Markt für öffentliche Personenverkehrsdienste in Vorstädten missbraucht, indem sie sich weigerte, dem Auftraggeber jene Informationen zur Verfügung zu stellen, die für die Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens für die Zuweisung von Verkehrsdiensten in der Region S erforderlich sind. Dieser Wettbewerbsverstoß und insbesondere die

damit verbundene Geldbuße in beträchtlicher Höhe kann einen Ausschlussgrund gemäß § 249 Abs 2 Z 4 Bundesvergabegesetz im vorliegenden Vergabeverfahren erfüllen. 1. Die italienische Wettbewerbsbehörde (A) hat mit Entscheidung vom 10.04.2019 in der Rechtssache A eine Geldbuße von Euro 1,1 Millionen gegen die S AG wegen eines Verstoßes gegen Artikel 102, AEUV verhängt. Nach dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hat die S AG ihre marktbeherrschende Stellung auf dem lokalen Markt für öffentliche Personenverkehrsdienste in Vorstädten missbraucht, indem sie sich weigerte, dem Auftraggeber jene Informationen zur Verfügung zu stellen, die für die Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens für die Zuweisung von Verkehrsdiensten in der Region S erforderlich sind. Dieser Wettbewerbsverstoß und insbesondere die damit verbundene Geldbuße in beträchtlicher Höhe kann einen Ausschlussgrund gemäß Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, Bundesvergabegesetz im vorliegenden Vergabeverfahren erfüllen.

Vor diesem Hintergrund ersuchen wir daher um Stellungnahme, ob und gegebenenfalls welche konkreten technischen und organisatorischen, personellen oder sonstigen Maßnahmen getroffen wurden, die geeignet sind, ein nochmaliges Begehen jener Verfehlungen zu verhindern, die dem obenstehenden Strafbescheid zugrunde liegen. Sofern entsprechende Maßnahmen getroffen wurden, ersuchen wir um Vorlage aller Nachweise für die gesetzlich geforderten Maßnahmen, die geeignet sind, ein nochmaliges Begehen der Verfehlungen zu verhindern; diese Nachweise müssen inhaltlich so ausreichend und nachvollziehbar sein, dass eine Prüfung und Beurteilung möglich ist, ob damit ein nochmaliges Begehen der Verfehlungen verhindert werden kann.

2. Wie insbesondere mehreren Medienberichten zu entnehmen ist, hat das italienische Arbeitsinspektorat mit Strafbescheid eine Strafe von 13.492 Euro gegen die S AG wegen 133 Vergehen betreffend die Einhaltung der vorgesehenen Ruhepausen der Buslenker verhängt. Dieser Arbeitsrechtsverstoß und insbesondere die damit verbundene Geldbuße in beträchtlicher Höhe kann ebenfalls einen Ausschlussgrund gemäß § 249 Abs 2 Z 4 Bundesvergabegesetz im vorliegenden Vergabeverfahren erfüllen. 2. Wie insbesondere mehreren Medienberichten zu entnehmen ist, hat das italienische Arbeitsinspektorat mit Strafbescheid eine Strafe von 13.492 Euro gegen die S AG wegen 133 Vergehen betreffend die Einhaltung der vorgesehenen Ruhepausen der Buslenker verhängt. Dieser Arbeitsrechtsverstoß und insbesondere die damit verbundene Geldbuße in beträchtlicher Höhe kann ebenfalls einen Ausschlussgrund gemäß Paragraph 249, Absatz 2, Ziffer 4, Bundesvergabegesetz im vorliegenden Vergabeverfahren erfüllen.

Vor diesem Hintergrund ersuchen wir daher um Stellungnahme, ob und gegebenenfalls welche konkreten technischen und organisatorischen, personellen oder sonstigen Maßnahmen getroffen wurden, die geeignet sind, ein nochmaliges Begehen jener Verfehlungen zu verhindern, die dem obenstehenden Strafbescheid zugrunde liegen. Sofern entsprechende Maßnahmen getroffen wurden, ersuchen wir um Vorlage aller Nachweise für die gesetzlich geforderten Maßnahmen, die geeignet sind, ein nochmaliges Begehen der Verfehlungen zu verhindern; diese Nachweise müssen inhaltlich so ausreichend und nachvollziehbar sein, dass eine Prüfung und Beurteilung möglich ist, ob damit ein nochmaliges Begehen der Verfehlungen verhindert werden kann.

Im Namen der vergebenden Stelle ersuchen wir, die oben geforderten Stellungnahmen und Nachweise vollständig bis längstens 14.09.2020, 12:00 Uhr (Einlangen), auf der Vergabepattform der Auftraggeber einzureichen ...“

2.6. Das Aufklärungsschreiben der Antragstellerin langte fristgerecht auf der Vergabepattform der Auftraggeber ein. In diesem Schreiben wurde zu Punkt 1. des Aufklärungsersuchens vom 08.09.2020 auszugsweise Folgendes ausgeführt:

„1.1. Richtig ist, dass die italienische Wettbewerbsbehörde (A) mit Entscheidung vom 10.4.2019 in der Rechtssache A, eine Geldbuße von 1,1 Millionen Euro gegen die S AG wegen eines Verstoßes gegen Art 102 AUV verhängt hat, da sich diese geweigert hätte, dem Auftraggeber Informationen für eine Ausschreibung im Linienverkehr zur Verfügung zu stellen. Hierzu ist festzuhalten, dass diese Entscheidung nicht rechtskräftig und auch inhaltlich unrichtig ist. Sie wurde zwischenzeitig beim Verwaltungsgericht in L angefochten. ...“ 1.1. Richtig ist, dass die italienische Wettbewerbsbehörde (A) mit Entscheidung vom 10.4.2019 in der Rechtssache A, eine Geldbuße von 1,1 Millionen Euro gegen die S AG wegen eines Verstoßes gegen Artikel 102, AUV verhängt hat, da sich diese geweigert hätte, dem Auftraggeber Informationen für eine Ausschreibung im Linienverkehr zur Verfügung zu stellen. Hierzu ist festzuhalten, dass diese Entscheidung nicht rechtskräftig und auch inhaltlich unrichtig ist. Sie wurde zwischenzeitig beim Verwaltungsgericht in L angefochten. ...

Weiters wird darauf hingewiesen, dass meine Mandantschaft auch im Hinblick auf die genannten Vorkommnisse alle

notwendigen technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen gesetzt bzw verbessert hat, sodass nun auf Anfrage eines öffentlichen Auftraggebers die Übermittlung von relevanten Informationen zum Linienverkehr umgehend und zeitgerecht möglich ist und ein mit Entscheidung A vom 10.04.2019 in der Rechtssache A vergleichbarer Sachverhalt gar nicht eintreten kann ...“

In der Folge stellte die Antragstellerin dar, inwiefern sie einen Selbstreinigungsprozess durchgeführt hat.

Zu Punkt 2. des Aufklärungsschreibens führte die Antragstellerin auszugsweise Folgendes aus:

„2.1. Festzuhalten ist, dass auch die in den „Medienberichten kolportierten Strafbescheide“ mit einer Strafe von 13.492 Euro wegen 133 Vergehen nicht mehr den Rechtsbestand angehören. Die bezüglichen Strafbescheide waren inhaltlich unrichtig, da hier von unterschiedlichen Durchrechnungszeiträumen auf Grundlage des italienischen ausgegangen wurde (inhaltlich ging es um unklare Gesetzesbestimmung), die Behörde aber nicht ausreichende und nachvollziehbare Zuordnungen zu den einzelnen Lenkern in ihren Feststellungen getroffen hat. Dagegen wurde berufen und dem Rechtsmittel vollinhaltlich Folge gegeben und die Strafbescheide zur Gänze aufgehoben.

....“

Dem Aufklärungsschreiben war ein Schreiben der Anwalts- und Steuerkanzlei S vom 10.09.2020 beigelegt. Darin werden strafrechtliche Vorwürfe gegen diverse politische Persönlichkeiten S sowie gegen eine Mitarbeiterin der Wettbewerbsbehörde A erhoben, die im Zusammenhang mit der Entscheidung der Wettbewerbsbehörde stehen sollen.

2.7. Die Ausführungen im Antwortschreiben haben die Auftraggeber nicht zum Anlass genommen, weitere Nachforschungen zu den Verfehlungen anzustellen, die der Antragstellerin im Aufklärungsersuchen vorgehalten wurden.

Vielmehr haben die Auftraggeber mit Schreiben vom 25.09.2020 der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen wird. Als Gründe für die Nicht-Zulassung zur zweiten Stufe wurden zum einen die Verhängung einer Geldbuße durch die italienische Wettbewerbsbehörde, zum anderen der Strafbescheid des italienischen Arbeitsinspektorates angeführt.

Beweiswürdigung

3.1. Dieser Sachverhalt wird aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der Ausschreibungsunterlagen (inklusive Beilagen), des Teilnahmeantrags der Antragsteller (inklusive Beilagen), dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeber vom 08.09.2020, dem Aufklärungsschreiben der Antragstellerin vom 14.09.2020, den Beweisergebnissen der mündlichen Verhandlung, insbesondere der Einvernahme der Parteienvertreter und des für Auftragsvergaben zuständigen Mitarbeiters der S, Dr. H M, als erwiesen angenommen. Der Sachverhalt ist im Wesentlichen unstrittig.

3.2. Die Feststellungen zu den Punkten 2.1. und 2.2. ergeben sich aus der Bekanntmachung und aus den Ausschreibungsunterlagen. Die Feststellungen zu Punkt 2.3. ergeben sich aus dem unterfertigten Teilnahmeantrag der Antragstellerin. Die Feststellungen zum Punkt 2.4. ergeben sich aus den vorgelegten Unterlagen und wurden von der Antragstellerin auch nicht bestritten; vielmehr hat die Antragstellerin bestätigt, dass die angeführten Entscheidungen ergangen sind. Die Feststellungen zu Punkt 2.5. ergeben sich aus den Ausführungen des Rechtsvertreters der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung und aus der bekämpften Ausscheidensentscheidung. Die Feststellungen zu den Punkten 2.6. und 2.7. ergeben sich aus den jeweils angeführten Schriftsätzen und – was die unterlassenen Nachforschungen der Auftraggeber angeht – aus den Angaben des Rechtsvertreters der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung.

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 Bundesvergabegesetz 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 Bundesvergabegesetz 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 Konzessionen 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.

§ 12Paragraph 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; ...“

4.2. Folgende Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2018,BGBl I Nr 65/2018, idF BGBl I Nr 100/2018, sind für das gegenständliche Verfahren maßgeblich:4.2. Folgende Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 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

§ 193. (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 geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.Paragraph 193, (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 geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

...

Ausschlussgründe

§ 249. (1) ...Paragraph 249, (1) ...

(2) Der Sektorenauftraggeber kann – unbeschadet der Abs. 4 bis 6 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn(2) Der Sektorenauftraggeber kann – unbeschadet der Absatz 4 bis 6 – einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen, wenn

...

4. der Unternehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtes, begangen hat, die vom Sektorenauftraggeber auf geeignete Weise nachgewiesen wurde, oder

...

Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 250. Unbeschadet des § 194 Abs. 1 muss die Eignung spätestensParagraph 250, Unbeschadet des Paragraph 194, Absatz eins, muss die Eignung spätestens

...

4. beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft grundsätzlich zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist,

...

9. bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Z 1 bis 5 sowie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung,9. bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Ziffer eins bis 5 sowie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung,

...

vorliegen.

Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit

§ 254. (1) Der Sektorenauftraggeber hat der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß § 253 Abs. 1 bzw. 2 verlangten Nachweise und die gemäß § 253 Abs. 3 eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des § 249 Abs. 1 oder 2 Z 5 lit. a vorliegt oder erlangt der Sektorenauftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 248 Abs. 1 oder § 249 Abs. 1 oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des § 249 Abs. 4 bis 6 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist.Paragraph 254, (1) Der Sektorenauftraggeber hat der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß Paragraph 253, Absatz eins, bzw. 2 verlangten Nachweise und die gemäß Paragraph 253, Absatz 3, eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des Paragraph 249, Absatz eins, oder 2 Ziffer 5, Litera a, vorliegt oder erlangt der Sektorenauftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 248, Absatz eins, oder Paragraph 249, Absatz eins, oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des Paragraph 249, Absatz 4 bis 6 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist.

(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Abs. 1 letzter Satz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Absatz eins, letzter Satz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:

1. er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat,

2. er umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat, und

3. er effektive Maßnahmen wie

a) die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens, oder

b) die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften, oder

c) die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften gesetzt hat.

(3) Der Sektorenauftraggeber hat die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit insbesondere die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. ...

...

(5) Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß den §§ 248 oder 249 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Abs. 2 und 3 ergriffen, so darf er – unbeschadet des Abs. 4 – (5) Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß den Paragraphen 248, oder 249 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Absatz 2 und 3 ergriffen, so darf er – unbeschadet des Absatz 4, –

1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 249 Abs. 1 höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung oder 1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß Paragraph 249, Absatz eins, höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung oder

2. bei Vorliegen eines sonstigen vom Sektorenauftraggeber vorgesehenen Ausschlussgrundes höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis

von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.“

Zuständigkeit und Zulässigkeit

5.1. Die V GmbH – 100 % Eigentümerin dieser Gesellschaft ist das Land Vorarlberg – und die S B GmbH – 100 % Eigentümerin dieser Gesellschaft ist die Stadt B – sowie der Gemeindeverband Personennahverkehr U R sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 4 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018). 5.1. Die römisch fünf GmbH – 100 % Eigentümerin dieser Gesellschaft ist das Land Vorarlberg – und die S B GmbH – 100 % Eigentümerin dieser Gesellschaft ist die Stadt B – sowie der Gemeindeverband Personennahverkehr U R sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 4, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2018 (BVerG 2018).

Gegenstand des Vergabeverfahrens sind Verkehrsleistungen nach § 172 BVerG 2018. Die Auftraggeber üben somit eine Sektorentätigkeit aus und sind daher Sektorenauftraggeber (§ 167 BVerG 2018). Gegenstand des Vergabeverfahrens sind Verkehrsleistungen nach Paragraph 172, BVerG 2018. Die Auftraggeber üben somit eine Sektorentätigkeit aus und sind daher Sektorenauftraggeber (Paragraph 167, BVerG 2018).

Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. Der gegenständliche Auftrag ist ein Dienstleistungsauftrag, der in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren vergeben werden soll. Das Vergabeverfahren, das dem gegenständlichen Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegt, fällt gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer 2, B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes. Der gegenständliche Auftrag ist ein Dienstleistungsauftrag, der in einem zweistufigen Verhandlungsverfahren vergeben werden soll.

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

Der geschätzte Auftragswert liegt deutlich im Oberschwellenbereich. Das Landesverwaltungsgericht entscheidet daher durch Senat.

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, und

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.

5.3. Die angefochtene Entscheidung wurde den Antragstellern am 25.09.2020 elektronisch mitgeteilt. Diese Entscheidung musste binnen 10 Tagen, also bis zum 05.10.2020, bekämpft werden (vgl § 7 Abs 1 lit a Vergabenaufprüfungsgesetz). Der Nichtigkeitsantrag wurde am 05.10.2020 eingebracht und ist somit rechtzeitig.
5.3. Die angefochtene Entscheidung wurde den Antragstellern am 25.09.2020 elektronisch mitgeteilt. Diese Entscheidung musste binnen 10 Tagen, also bis zum 05.10.2020, bekämpft werden vergleiche Paragraph 7, Absatz eins, Litera a, Vergabenaufprüfungsgesetz). Der Nichtigkeitsantrag wurde am 05.10.2020 eingebracht und ist somit rechtzeitig.

Da auch sonst keine Unzulässigkeitsgründe vorliegen, ist der Nachprüfungsantrag zulässig.

Rechtliche Beurteilung

6.1. Vorweg ist festzuhalten, dass die Teilnahmeunterlagen nicht angefochten wurden und daher bestandsfest sind. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr, zB VwGH 14.04.2011, 2008/04/0065).

In den Teilnahmeunterlagen wurde festgelegt, dass der Bewerber jedenfalls nicht in die zweite Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Angebotsabgabe eingeladen wird, wenn er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial-, Umwelt-, Steuer- oder Abgabenrechts begangen hat, oder rechtskräftige Titel des Zivil- oder Verwaltungsrechts nicht erfüllt hat, soweit dies jeweils von den Auftraggebern nachweislich festgestellt wurde.

Die Auftraggeber haben sich mit dieser Festlegung verpflichtet, das Vorliegen einer schweren beruflichen Verfehlung bei den teilnehmenden Bewerbern zu prüfen und einen Bewerber gegebenenfalls nicht zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zur Angebotsabgabe einzuladen. Die Auftraggeber haben Bewerber von der Teilnahme am Vergabeverfahren daher auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die von den Auftraggebern nachweislich festgestellt wurde.

Die Festlegung in den Teilnahmeunterlagen entspricht den §§ 78 Abs 1 Z 5 und 249 Abs 2 Z 4 BVergG 2018 (sowie der Vorläuferbestimmung im § 68 Abs 1 Z 5 BVergG 2006). Zu deren Auslegung kann daher auf die zu diesen Bestimmungen ergangene Judikatur zurückgegriffen werden. Die Festlegung in den Teilnahmeunterlagen entspricht den Paragraphen 78, Absatz eins, Ziffer 5 und 249 Absatz 2, Ziffer 4, BVergG 2018 (sowie der Vorläuferbestimmung im Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006). Zu deren Auslegung kann daher auf die zu diesen Bestimmungen ergangene Judikatur zurückgegriffen werden.

Der von den Auftraggebern ins Treffen geführte Ausschlussgrund beinhaltet mehrere Voraussetzungen, nämlich dass Unternehmen „im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit“ eine „schwere Verfehlung“ begangen haben, die von den Auftraggebern „nachweislich festgestellt“ wurde.

Eine Verfehlung ist dann als "schwer" im Sinn von § 68 Abs 1 Z 5 BVergG zu bewerten, wenn sie ihrem Gewicht nach ähnliche Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit eines Bieters zulässt, wie eine in Z 1 angeführte strafgerichtliche Verurteilung, wobei aber auch andere als gerichtlich zu ahndende Verstöße – etwa die vom Gesetz ausdrücklich genannten Verstöße gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts – in Betracht kommen (VwGH 08.10.2010, 2009/04/0214, mit Hinweis auf Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 45 f zu § 68). Eine Verfehlung ist dann als "schwer" im Sinn von Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG zu bewerten, wenn sie ihrem Gewicht nach ähnliche Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit eines Bieters zulässt, wie eine in Ziffer eins, angeführte strafgerichtliche Verurteilung, wobei aber auch andere als gerichtlich zu ahndende Verstöße – etwa die vom Gesetz ausdrücklich genannten Verstöße gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts – in Betracht kommen (VwGH 08.10.2010, 2009/04/0214, mit Hinweis auf Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, Rz 45 f zu Paragraph 68,,).

Der Begriff der schweren Verfehlung ist außerdem so zu verstehen, dass er sich üblicherweise auf ein Verhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers bezieht, das bei ihm auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lässt (EuGH 13.12.2012, Forposta und ABC Direct Contact, C-465/11, Rn 30).

Für die Feststellung einer schweren Verfehlung bedarf es keines rechtskräftigen Urteils (EuGH 13.12.2012, Forposta und ABC Direct Contact, C-465/11, Rn 28). Die Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde, mit der festgestellt wird, dass ein Wirtschaftsteilnehmer die Wettbewerbsregeln verletzt habe, kann sicherlich einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass eine schwere Verfehlung dieses Wirtschaftsteilnehmers vorliegt (EuGH 04.06.2019, C-425/18, Rn 32).

Allerdings kann eine Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde, mit der ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln festgestellt wird, nicht zu einem automatischen Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags führen. Gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert die Feststellung einer „schweren Verfehlung“ nämlich grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers (vgl. in diesem Sinne EuGH 13.12.2012, Forposta und ABC Direct Contact, C-465/11, Rn 31). Allerdings kann eine Entscheidung einer nationalen Wettbewerbsbehörde, mit der ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln festgestellt wird, nicht zu einem automatischen Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags führen. Gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert die Feststellung einer „schweren Verfehlung“ nämlich grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers vergleiche in diesem Sinne EuGH 13.12.2012, Forposta und ABC Direct Contact, C-465/11, Rn 31).

Die Nachweispflicht für das Vorliegen einer schweren Verfehlung, die den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren rechtfertigt, liegt ausschließlich beim Auftraggeber. Er hat „geeignete Nachweise“ zu erbringen. An einen solchen Nachweis sind „strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit“ zu legen. Die Umstände dürfen nicht von einer künftigen gerichtlichen Klärung der Umstände abhängen (Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1290, unter Hinweis auf EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 60). Die Nachweispflicht für das Vorliegen einer schweren Verfehlung, die den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren rechtfertigt, liegt ausschließlich beim Auftraggeber. Er hat „geeignete Nachweise“ zu erbringen. An einen solchen Nachweis sind „strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit“ zu legen. Die Umstände dürfen nicht von einer künftigen gerichtlichen Klärung der Umstände abhängen (Heid/Kondert in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1290, unter Hinweis auf EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 60).

Es muss nicht nur eine schwere Verfehlung objektivierbar vorliegen, sondern diese schwere Verfehlung von den Auftraggebern auch festgestellt worden sein (vgl. VwGH 08.10.2010, 2009/04/0214). Dazu ist es nicht ausreichend, auf – selbst rechtskräftige – Verwaltungsstrafen zu verweisen, sondern ist explizit das diesen Strafen zu Grunde liegende strafbare Verhalten festzustellen (VwGH 18.03.2009, 2007/04/0234). Es muss nicht nur eine schwere Verfehlung objektivierbar vorliegen, sondern diese schwere Verfehlung von den Auftraggebern auch festgestellt worden sein vergleiche VwGH 08.10.2010, 2009/04/0214). Dazu ist es nicht ausreichend, auf – selbst rechtskräftige – Verwaltungsstrafen zu verweisen, sondern ist explizit das diesen Strafen zu Grunde liegende strafbare Verhalten festzustellen (VwGH 18.03.2009, 2007/04/0234).

6.2. Als die Ausscheidensentscheidung getroffen wurde, war den Auftraggebern einerseits lediglich eine nicht rechtskräftige Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde bekannt. Andererseits waren den Auftraggebern – was die Bestrafung durch das Arbeitsinspektorat angeht – lediglich durch Telefonate bestätigte Medienberichte bekannt, wobei ihnen der Bußgeldbescheid selbst nicht vorgelegen ist.

Nähere Feststellungen über das Verhalten, das zur Bestrafung durch die Wettbewerbsbehörde geführt hat, wurden von den Auftraggebern nicht getroffen. Es mag zwar zutreffen, dass für die Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung eine rechtskräftige Verurteilung nicht vorliegen muss. Dies entbindet den Auftraggeber jedoch nicht davon, dass er konkrete Feststellungen zu jenem Verhalten zu treffen hat, das eine schwere berufliche Verfehlung darstellen soll.

Die Auftraggeber haben dem Aufklärungsschreiben der Antragsteller entnehmen können, dass die Bestrafung nicht rechtskräftig ist und im Zusammenhang damit strafrechtliche Ermittlungen gegen die involvierten Beamten geführt werden, weil ein maßgebliches Protokoll gefälscht worden sein soll (vgl. Punkt 1.5 des Aufklärungsschreibens). Im Hinblick darauf hätten die Auftraggeber weitere Nachforschungen anstellen und Nachweise beibringen müssen, um die berufliche Verfehlung „nachweislich festzustellen“. Die Auftraggeber haben dem Aufklärungsschreiben der Antragsteller entnehmen können, dass die Bestrafung nicht rechtskräftig ist und im Zusammenhang damit strafrechtliche Ermittlungen gegen die involvierten Beamten geführt werden, weil ein maßgebliches Protokoll gefälscht worden sein soll vergleiche, Punkt 1.5 des Aufklärungsschreibens). Im Hinblick darauf hätten die Auftraggeber weitere Nachforschungen anstellen und Nachweise beibringen müssen, um die berufliche Verfehlung „nachweislich festzustellen“.

Außerdem hat die Antragstellerin schon im Aufklärungsschreiben darauf hingewiesen, dass zur Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes auch eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse eines Auftraggebers auf Herausgabe von Informationen und dem Interesse des Unternehmers an der Geheimhaltung von Betriebsgeheimnissen erforderlich sein wird. Diese Interessenabwägung ist Gegenstand eines anhängigen Rechtsmittelverfahrens. Abgesehen davon, dass dieser Umstand noch einer gerichtlichen Klärung bedarf, wären genauso Feststellungen erforderlich gewesen, warum die Interessenabwägung zu Ungunsten der Antragstellerin ausfallen müsste.

Die Auftraggeber haben aber keine näheren Feststellungen zum (angeblichen) Fehlverhalten der S getroffen, weil sie die dafür nötigen Informationen und Nachweise nicht hatten.

Auch zu den Taten, die im Bußgeldbescheid des Arbeitsinspektors bestraft wurden, haben die Auftraggeber keine näheren Feststellungen getroffen. Die näheren Umstände, die diesen Verfehlungen zugrunde lagen, waren den Auftraggebern gar nicht bekannt, lagen ihnen doch lediglich Medienberichte und Telefonate vor. Die Auftraggeber haben keine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise der S vorgenommen. Welche konkreten Verhaltensweisen der S eine schwere Verfehlung darstellen sollen, haben die Auftraggeber nicht festgestellt. Das wäre auch nicht möglich gewesen, hat doch das Landesgericht B den Bußgeldbescheid gerade deshalb aufgehoben, weil das Arbeitsinspektorat die einzelnen Übertretungen nicht hinreichend konkretisiert hat.

Zusammenfassend ist zu festzuhalten, dass die Auftraggeber im Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung keine ausreichenden Feststellungen darüber getroffen haben, welche konkreten Verhaltensweisen der Antragstellerin eine schwere Verfehlung darstellen sollen. Über die näheren Umstände liegen keine ausreichend konkreten Feststellungen vor, die objektiv nachgewiesen wurden. Die Auftraggeber haben solche Feststellungen weder im Aufklärungsersuchen vom 08.09.2020 noch in der Ausscheidensentscheidung vom 25.09.2020 angeführt. Auch finden sich im vorgelegten Vergabeakt keine derartigen Feststellungen.

6.3. Die Antragstellerin war auch nicht verpflichtet, den Auftraggebern nähere Informationen oder Nachweise darüber vorzulegen, dass eine schwere berufliche Verfehlung nicht vorliegt. Der Umstand, dass die Antragstellerin im Aufklärungsschreiben weder das Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde noch die Rechtsmittelentscheidung betreffend die Arbeitsrechtsverstöße vorgelegt hat, hat die Auftraggeber nicht von ihrer Pflicht entbunden, die Verfehlungen nachweislich festzustellen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Aufklärungsersuchen der Auftraggeber lediglich Nachweise zu den gesetzlich geforderten Maßnahmen zur Selbstreinigung verlangt wurden.

Auch konnten sich die Auftraggeber nicht darauf berufen, dass die Antragstellerin beide ihr zur Last gelegten Verstöße zugegeben hat und deshalb von objektivierbaren Nachweisen abgesehen werden konnte. Die Antragstellerin hat im Aufklärungsschreiben lediglich eingestanden, dass die ihr vorgehaltenen Entscheidungen tatsächlich ergangen sind. Die Richtigkeit dieser Entscheidungen hat sie aber ausdrücklich bestritten.

6.4. Unter diesen Umständen hätten die Auftraggeber die Antragstellerin nicht von der Teilnahme an der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ausschließen dürfen. Dem Nachprüfungsantrag war daher stattzugeben und die angefochtene Entscheidung für nichtig zu erklären.

6.5. Die Auftraggeber haben die Antragstellerin im Aufklärungsersuchen aufgefordert, Nachweise über eine allenfalls erfolgte Selbstreinigung zu erbringen.

Die Antragstellerin hat im Aufklärungsschreiben dazu im Wesentlichen mitgeteilt, dass die S im Juli 2019 unmittelbar nach Zustellung der Entscheidung durch die italienische Wettbewerbsbehörde ein Selbstreinigungsprogramm gestartet und mit 01.04.2020 einen Verantwortlichen für den Busbetrieb der S eingesetzt habe, und hat dazu einen Auszug aus dem S-internen Selbstreinigungspapier übermittelt. Demnach hat die Antragstellerin unter anderem auch Maßnahmen im Bereich Compliance getroffen.

Die Antragstellerin hat damit aufgezeigt, dass sie konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen bzw zumindest in die Wege geleitet hat, die grundsätzlich geeignet sind, das nochmalige Begehen einer allfälligen schweren Verfehlung zu verhindern. Ob diese Maßnahmen letztendlich ausreichend sind, die Zuverlässigkeit im Sinne des § 254 Abs 1 und 2 BVergG 2018 glaubhaft zu machen, kann jedoch dahingestellt bleiben, nachdem nicht festgestellt werden konnte, dass überhaupt eine schwere berufliche Verfehlung vorliegt. Die Antragstellerin hat damit aufgezeigt, dass sie konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige

Maßnahmen getroffen bzw zumindest in die Wege geleitet hat, die grundsätzlich geeignet sind, das nochmalige Begehen einer allfälligen schweren Verfehlung zu verhindern. Ob diese Maßnahmen letztendlich ausreichend sind, die Zuverlässigkeit im Sinne des Paragraph 254, Absatz eins und 2 BVergG 2018 glaubhaft zu machen, kann jedoch dahingestellt bleiben, nachdem nicht festgestellt werden konnte, dass überhaupt eine schwere berufliche Verfehlung vorliegt.

6.6. Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß den §§ 248 oder 249 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Abs 2 und 3 ergriffen, so darf er nach § 254 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 bei Vorliegen eines sonstigen vom Sektorenauftraggeber vorgesehenen Ausschlussgrundes höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. 6.6. Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß den Paragraphen 248, oder 249 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Absatz 2 und 3 ergriffen, so darf er nach Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 bei Vorliegen eines sonstigen vom Sektorenauftraggeber vorgesehenen Ausschlussgrundes höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Das Verhalten der Antragstellerin, das der Bestrafung durch das italienische Arbeitsinspektorat zugrunde gelegt wurde, wurde im Juni 2017 (Feststellungprotokoll vom 28. Juni 2017) festgestellt. Somit war der in § 254 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 festgelegte Zeitraum von 3 Jahren im Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung jedenfalls bereits abgelaufen. Im Hinblick auf die vorgeworfenen Arbeitsrechtsverstöße käme ein Ausscheiden daher ohnehin nicht mehr in Frage. Das Verhalten der Antragstellerin, das der Bestrafung durch das italienische Arbeitsinspektorat zugrunde gelegt wurde, wurde im Juni 2017 (Feststellungprotokoll vom 28. Juni 2017) festgestellt. Somit war der in Paragraph 254, Absatz 5, Ziffer 2, BVergG 2018 festgelegte Zeitraum von 3 Jahren im Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung jedenfalls bereits abgelaufen. Im Hinblick auf die vorgeworfenen Arbeitsrechtsverstöße käme ein Ausscheiden daher ohnehin nicht mehr in Frage.

Kostenentscheidung

7. 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. 7. 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 die Antragstellerin für ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 700 Euro und für ihren Nachprüfungsantrag 1.400 Euro an Gebühren, somit insgesamt 2.100 Euro, entrichtet. Nach den oben angeführten Bestimmungen war daher den Auftraggebern vorzuschreiben, dass sie die Hälfte dieser Gebühren der Antragstellerin zu ersetzen haben.

Unzulässigkeit der Revision

8. 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.⁸ 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, keine schwere Verfehlung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGVO:2020:LVwG.314.4.2020.S1

Zuletzt aktualisiert am

26.08.2022

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwg Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at