

# TE Lvwg Erkenntnis 2016/9/23 405-5/18/1/18-2016, 405-5/19/1/18-2016, 405-5/20/1/18-2016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.09.2016

## Entscheidungsdatum

23.09.2016

## Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72005 Beschaffung Vergabe Salzburg

## Norm

BVergG 2006 §2 Z20 litc

BVergG 2006 §2 Z20 litd

BVergG 2006 §2 Z20

BVergG 2006 §19 Abs6

LVergG Slbg 2007 §26

LVergG Slbg 2007 §26 Abs2

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

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

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

6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## **Text**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg erkennt durch den Richter Dr. Martin Warter in dem über die Anträge der 1. H. GmbH, I., der 2. J. Gesellschaft m.b.H., K., sowie der 3. L. AG, M., alle vertreten durch die N., O., diese wiederum vertreten durch die P. Rechtsanwälte GmbH, O., jeweils vom 22.8.2016 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausschreibung im Vergabeverfahren „Bauarbeiten zur Errichtung von Lärmschutzwänden an der Bundesstraße D.-Straße in E. und an der Bundesstraße G.-Straße in F., GZ 20606-STR\_LS/4/8-2016“ der Auftraggeberin Land Salzburg, vertreten durch das Amt der Salzburger Landesregierung, Referat 6/06 - Straßenbau und Verkehrsplanung, in Salzburg, Das Landesverwaltungsgericht Salzburg erkennt durch den Richter Dr. Martin Warter in dem über die Anträge der 1. H. GmbH, römisch eins., der 2. J. Gesellschaft m.b.H., K., sowie der 3. L. AG, M., alle vertreten durch die N., O., diese wiederum vertreten durch die P. Rechtsanwälte GmbH, O., jeweils vom 22.8.2016 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausschreibung im Vergabeverfahren „Bauarbeiten zur Errichtung von Lärmschutzwänden an der Bundesstraße D.-Straße in E. und an der Bundesstraße G.-Straße in F., GZ 20606-STR\_LS/4/8-2016“ der Auftraggeberin Land Salzburg, vertreten durch das Amt der Salzburger Landesregierung, Referat 6/06 - Straßenbau und Verkehrsplanung, in Salzburg,

z u R e c h t:

I.römisch eins.

Den Anträgen der Antragsteller, „Das Landesverwaltungsgericht Salzburg möge (...) die Ausschreibung im gegenständlichen Verfahren für nichtig erklären“ wird stattgegeben. Die Ausschreibung „Bauarbeiten zur Errichtung von Lärmschutzwänden an der Bundesstraße D.-Straße in E. und an der Bundesstraße G.-Straße in F., GZ 20606-STR\_LS/4/8-2016“ wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Den Anträgen auf Ersatz der jeweils entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben. Die Auftraggeberin Land Salzburg, vertreten durch das Amt der Salzburger Landesregierung, ist verpflichtet, den Antragstellern H. GmbH, J. Gesellschaft m.b.H. sowie L. AG binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu Händen ihrer Rechtsvertreterin die für die Nachprüfungsanträge und für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren von jeweils € 974,00 (je Antragstellerin) bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III.römisch drei.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

## **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

Die Auftraggeberin Land Salzburg, vertreten durch das Amt der Salzburger Landesregierung, führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, und zwar zur Errichtung von Lärmschutzwänden an der Bundesstraße in E. und an der Bundesstraße in F., durch. Der Bauauftrag soll unterteilt in zwei Baulose vergeben werden.

Die Bekanntmachung zu diesem Vergabeverfahren wurde am 8.8.2016 veröffentlicht. Die Angebotsfrist sollte am 30.8.2016 enden.

Die Erstantragstellerin H. GmbH, die Zweitantragstellerin J. Gesellschaft m.b.H. und die Drittantragstellerin L. AG (im Folgenden kurz: die Antragsteller) haben am 22.8.2016 beim Landesverwaltungsgericht Salzburg innerhalb der Amtsstunden jeweils gleichlautende Anträge auf Nichtigklärung der Ausschreibung, in eventu: der in der

Ausschreibung enthaltenen Punkte 9.2 „Mitarbeiter mit bestehende[m] Ausbildungsverhältnis“ und 9.3 „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ – verbunden jeweils mit Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung – eingebracht.

In ihren Nachprüfungsanträgen führen die Antragsteller im Wesentlichen aus, dass sie die Ausschreibungsunterlagen behoben hätten und beabsichtigen würden, sich am Vergabeverfahren durch Angebotslegung zu beteiligen. Die Vertreterin der Antragsteller habe sich bereits unter anderem im März 2015 (anlässlich eines anderen Vergabeverfahrens) mit dem Ersuchen um Berichtigung rechtswidriger Zuschlagskriterien an die Auftraggeberin gewandt. Dennoch sei bisher eine rechtskonforme Änderung der Ausschreibungsunterlagen betreffend Straßenbauausschreibungen der Auftraggeberin unterblieben. Im Schreiben an die Auftraggeberin sei aufgezeigt worden, dass es sich bei den Zuschlagskriterien 9.2 „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ sowie 9.3 „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ um nicht im Sinne des § 2 Z 20 lit d BVergG 2006 ausgestaltete Kriterien handle. Die Auftraggeberin habe daraufhin zwar geantwortet, die rechtswidrigen Zuschlagskriterien seien aber weiterhin in Verwendung geblieben. Die angefochtene Ausschreibung stehe insgesamt mit dem BVergG 2006 nicht im Einklang, da diese rechtswidrige Zuschlagskriterien beinhalte und somit eine Ermittlung des Zuschlagsempfängers gar nicht zulasse. Dadurch werde es den Antragstellern unmöglich gemacht, sich am Verfahren durch Angebotslegung zu beteiligen. In ihren Nachprüfungsanträgen führen die Antragsteller im Wesentlichen aus, dass sie die Ausschreibungsunterlagen behoben hätten und beabsichtigen würden, sich am Vergabeverfahren durch Angebotslegung zu beteiligen. Die Vertreterin der Antragsteller habe sich bereits unter anderem im März 2015 (anlässlich eines anderen Vergabeverfahrens) mit dem Ersuchen um Berichtigung rechtswidriger Zuschlagskriterien an die Auftraggeberin gewandt. Dennoch sei bisher eine rechtskonforme Änderung der Ausschreibungsunterlagen betreffend Straßenbauausschreibungen der Auftraggeberin unterblieben. Im Schreiben an die Auftraggeberin sei aufgezeigt worden, dass es sich bei den Zuschlagskriterien 9.2 „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ sowie 9.3 „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ um nicht im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, BVergG 2006 ausgestaltete Kriterien handle. Die Auftraggeberin habe daraufhin zwar geantwortet, die rechtswidrigen Zuschlagskriterien seien aber weiterhin in Verwendung geblieben. Die angefochtene Ausschreibung stehe insgesamt mit dem BVergG 2006 nicht im Einklang, da diese rechtswidrige Zuschlagskriterien beinhalte und somit eine Ermittlung des Zuschlagsempfängers gar nicht zulasse. Dadurch werde es den Antragstellern unmöglich gemacht, sich am Verfahren durch Angebotslegung zu beteiligen.

Unter 9.2 der Ausschreibung bestimme die Auftraggeberin die Bewertung des Anteiles der vom Bieter auszubildenden Lehrlinge (und anderen Auszubildenden) im Verhältnis zum Gesamtpersonal des Bieters. Mit diesem Zuschlagskriterium würden die Anzahl der beim Bieter beschäftigten Personen und die Anzahl der dort auszubildenden Lehrlinge abgefragt werden. Die bloße Abfrage der Anzahl der im Unternehmen beschäftigten auszubildenden Lehrlinge im Rahmen von Zuschlagskriterien sei rechtswidrig. Zuschlagskriterien seien gemäß § 2 Z 20 lit d sublit aa BVergG 2006 bei der Wahl des technisch- und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber (...) festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien. Dieser Zusammenhang zwischen den konkreten Zuschlagskriterium und dem Auftragsgegenstand (Errichtung von Lärmschutzwänden) sei vorliegend nicht existent. Es seien gerade nicht zwingend alle in einem Bauunternehmen beschäftigten Lehrlinge geeignet, den konkreten Bauauftrag auszuführen. Im Gegenteil sei der Einsatz von Lehrlingen sogar bei manchen Tätigkeiten nur eingeschränkt oder aber generell unzulässig. Gerade die bloß zahlenmäßige Abfrage der auszubildenden Lehrlinge sei neben ihrer Rechtswidrigkeit daher auch diskriminierend. Grundsätzlich stehe der Auftraggeberin bei der Festlegung relevanter Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, sie habe dabei jedoch darauf zu achten, dass die Zuschlagskriterien streng auftragsbezogen und nicht unternehmensbezogen seien. Unabhängig davon, in welchem Bereich die einzelnen Lehrlinge ausgebildet werden würden, werde mangels Auftragsbezogenheit vorliegend ein Unternehmen, das im Verhältnis zu seiner gesamten Mitarbeiterzahl die meisten auszubildenden Lehrlinge beschäftige, bevorzugt behandelt. Dies sei rechtswidrig und diskriminierend. Unter 9.2 der Ausschreibung bestimme die Auftraggeberin die Bewertung des Anteiles der vom Bieter auszubildenden Lehrlinge (und anderen Auszubildenden) im Verhältnis zum Gesamtpersonal des Bieters. Mit diesem Zuschlagskriterium würden die Anzahl der beim Bieter beschäftigten Personen und die Anzahl der dort auszubildenden Lehrlinge abgefragt werden. Die bloße Abfrage der Anzahl der im Unternehmen beschäftigten auszubildenden Lehrlinge im Rahmen von Zuschlagskriterien sei rechtswidrig. Zuschlagskriterien seien gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 bei der Wahl des technisch- und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber (...) festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien. Dieser

Zusammenhang zwischen den konkreten Zuschlagskriterium und dem Auftragsgegenstand (Errichtung von Lärmschutzwänden) sei vorliegend nicht existent. Es seien gerade nicht zwingend alle in einem Bauunternehmen beschäftigten Lehrlinge geeignet, den konkreten Bauauftrag auszuführen. Im Gegenteil sei der Einsatz von Lehrlingen sogar bei manchen Tätigkeiten nur eingeschränkt oder aber generell unzulässig. Gerade die bloß zahlenmäßige Abfrage der auszubildenden Lehrlinge sei neben ihrer Rechtswidrigkeit daher auch diskriminierend. Grundsätzlich stehe der Auftraggeberin bei der Festlegung relevanter Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, sie habe dabei jedoch darauf zu achten, dass die Zuschlagskriterien streng auftragsbezogen und nicht unternehmensbezogen seien. Unabhängig davon, in welchem Bereich die einzelnen Lehrlinge ausgebildet werden würden, werde mangels Auftragsbezogenheit vorliegend ein Unternehmen, das im Verhältnis zu seiner gesamten Mitarbeiterzahl die meisten auszubildenden Lehrlinge beschäftige, bevorzugt behandelt. Dies sei rechtswidrig und diskriminierend.

Auch die Vergaberichtlinie 2014/24/EU, die mangels Umsetzung nunmehr direkt anwendbar sei, definiere in Art 67 Abs 3 lit a Zuschlagskriterien als mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung stehend, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklusstadium auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen beziehen. Bedingungen der „allgemeinen Unternehmenspolitik“ – wie Unternehmen, die eine Mindestlehrlingsquote vorsehen – hätten keinen Bezug zum Auftragsgegenstand und dürften daher nicht bei der Bestbieterermittlung berücksichtigt werden. Es handle sich bei dem im Punkt 9.2 bestimmten Zuschlagskriterium um ein rein unternehmensbezogenes Kriterium, welches eine vergleichende Beurteilung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes („gemessen am Auftragsgegenstand“) nicht zulasse. Auch die Vergaberichtlinie 2014/24/EU, die mangels Umsetzung nunmehr direkt anwendbar sei, definiere in Artikel 67, Absatz 3, Litera a, Zuschlagskriterien als mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung stehend, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklusstadium auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen beziehen. Bedingungen der „allgemeinen Unternehmenspolitik“ – wie Unternehmen, die eine Mindestlehrlingsquote vorsehen – hätten keinen Bezug zum Auftragsgegenstand und dürften daher nicht bei der Bestbieterermittlung berücksichtigt werden. Es handle sich bei dem im Punkt 9.2 bestimmten Zuschlagskriterium um ein rein unternehmensbezogenes Kriterium, welches eine vergleichende Beurteilung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes („gemessen am Auftragsgegenstand“) nicht zulasse.

Unter Punkt 9.3 der Ausschreibung bestimme die Auftraggeberin die Bewertung der Beschäftigung von älteren Dienstnehmern und Dienstnehmerinnen beim Bieter im Verhältnis zum Gesamtpersonalstand. Unter älteren Beschäftigten würden Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen verstanden werden, welche zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung das 50. Lebensjahr vollendet hätten. Die bloß zahlenmäßige Abfrage der älteren Mitarbeiter stelle ein diskriminierendes und rechtswidriges Zuschlagskriterium dar, es bestehe kein Zusammenhang zwischen dem Auftragsgegenstand und der Beschäftigung älterer Mitarbeiter. Diesbezüglich könne auf die Ausführungen zum rechtswidrigen und diskriminierenden Zuschlagskriterium 9.2 „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ verwiesen werden. Es handle sich um ein rein unternehmensbezogenes Kriterium.

Zumal durch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagskriterien 9.2 und 9.3 ein rechtswidriges Bewertungssystem, das die Ermittlung eines Zuschlagsempfängers möglich mache, vorliege, sei die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären. Jedenfalls seien die Punkte 9.2 und 9.3 der Ausschreibung für nichtig zu erklären.

Die Antragsteller erachten sich durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten sowohl in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Nichtigserklärung vergaberechtswidriger Bestimmungen der Ausschreibung als auch eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuerlichen und vergaberechtskonformen Vergabeverfahren, jedenfalls in der fairen Chance auf einen Zuschlag, als verletzt. Durch die diskriminierenden und rechtswidrigen Zuschlagskriterien sei es den Antragstellern unmöglich, sich am Verfahren durch Angebotslegung zu beteiligen, wodurch sie in ihren Rechten verletzt seien.

Die Antragsteller würden beabsichtigen, sich auch in Zukunft an öffentlichen Vergabeverfahren (auch von der Auftraggeberin) zu beteiligen. Die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren liege auch deshalb in ihrem Interesse, da sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte, die von der öffentlichen Hand beauftragt worden seien, vorweisen müssten. Eine Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren sei aber nur möglich, wenn die Ausschreibung, in eventu die Punkte 9.2 und 9.3 der Ausschreibung, für nichtig erklärt werden würden.

Mit einstweiligen Verfügungen jeweils vom 25.8.2016, Zahlen 405-5/18/2/3-2016, 405-5/19/2/3-2016 und 405-5/20/2/3-

2016, hat das Landesverwaltungsgericht Salzburg der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Angebote zu öffnen; darüber hinaus wurde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt.

Mit Eingabe vom 30.8.2016 hat die Auftraggeberin die Abweisung der Anträge der Antragsteller beantragt. Inhaltlich führt die Auftraggeberin aus, dass in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegt worden sei, dass dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag erteilt werde. Zur Prüfung der Angebote würden Zuschlagskriterien herangezogen werden, deren Gewichtung mit dem Kriterium „Preis“ zu 85 %, „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ zu 5 %, „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ zu 5 % und „Subunternehmerschutz“ zu ebenfalls 5 % das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ergeben würden. Die genaue Ausformulierung und Bewertung der Zuschlagskriterien sei unter Kapitel I. „Vergabebestimmungen“, Punkt 9. „Zuschlagskriterien“ auf den Seiten 7 ff der Ausschreibungsunterlage ersichtlich. Die geltend gemachten Beschwerdegründe würden nicht vorliegen. Den Nachprüfungsanträgen komme keine Berechtigung zu. Die Zuschlagskriterien der Auftraggeberin würden auf einer Ausarbeitung einer Arbeitsgruppe der Salzburger Landesregierung, an welcher unter anderem die Wirtschaftskammer und die Arbeiterkammer maßgeblich beteiligt gewesen seien, beruhen. Diese Zuschlagskriterien seien gemäß dem Regierungsbeschluss der Salzburger Landesregierung deshalb anzuwenden, weil die geschätzte Auftragssumme über dem im Regierungsbeschluss angeführten Schwellenwert in Höhe von € 500.000,00 netto liege. Grundsätzlich sei festzuhalten, dass im Rahmen der Zuschlagskriterien auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Behinderten und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden könne (vgl § 19 Abs 6 BVergG 2006). Auch die Auftraggeberin verfolge solche sozialpolitischen Ziele. Die Herausforderung, Lehrlinge auszubilden, sei eine wichtige Grundlage für einen auch in Zukunft funktionierenden Wirtschaftsstandort. Damit erfolge eine Würdigung der Unternehmen, welche Lehrlinge ausbilden und damit eine wichtige soziale und wirtschaftliche Tätigkeit ausführen würden. Auch der Umstand, dass ältere Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer ausreichend Beschäftigung finden würden, sei insbesondere aufgrund des bestehenden Wissenstandes und der langjährigen Erfahrung dieser Personengruppe eine wichtige Grundlage für einen funktionierenden Wirtschaftsstandort. Damit erfolge eine Würdigung der Unternehmen, welche ältere Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer beschäftigen und damit eine wichtige soziale und wirtschaftliche Grundlage erfüllen würden. Der Salzburger Fairnesskatalog verwirkliche unter Gleichbehandlung aller Bieter der öffentlichen Auftragsvergabe auch wichtige sozial- und umweltpolitische Ziele des Landes. Mit Eingabe vom 30.8.2016 hat die Auftraggeberin die Abweisung der Anträge der Antragsteller beantragt. Inhaltlich führt die Auftraggeberin aus, dass in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Zuschlagskriterien festgelegt worden sei, dass dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag erteilt werde. Zur Prüfung der Angebote würden Zuschlagskriterien herangezogen werden, deren Gewichtung mit dem Kriterium „Preis“ zu 85 %, „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ zu 5 %, „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ zu 5 % und „Subunternehmerschutz“ zu ebenfalls 5 % das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ergeben würden. Die genaue Ausformulierung und Bewertung der Zuschlagskriterien sei unter Kapitel römisch eins. „Vergabebestimmungen“, Punkt 9. „Zuschlagskriterien“ auf den Seiten 7 ff der Ausschreibungsunterlage ersichtlich. Die geltend gemachten Beschwerdegründe würden nicht vorliegen. Den Nachprüfungsanträgen komme keine Berechtigung zu. Die Zuschlagskriterien der Auftraggeberin würden auf einer Ausarbeitung einer Arbeitsgruppe der Salzburger Landesregierung, an welcher unter anderem die Wirtschaftskammer und die Arbeiterkammer maßgeblich beteiligt gewesen seien, beruhen. Diese Zuschlagskriterien seien gemäß dem Regierungsbeschluss der Salzburger Landesregierung deshalb anzuwenden, weil die geschätzte Auftragssumme über dem im Regierungsbeschluss angeführten Schwellenwert in Höhe von € 500.000,00 netto liege. Grundsätzlich sei festzuhalten, dass im Rahmen der Zuschlagskriterien auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Behinderten und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden könne vergleiche Paragraph 19, Absatz 6, BVergG 2006). Auch die Auftraggeberin verfolge solche sozialpolitischen Ziele. Die Herausforderung, Lehrlinge auszubilden, sei eine wichtige Grundlage für einen auch in Zukunft funktionierenden Wirtschaftsstandort. Damit erfolge eine Würdigung der Unternehmen, welche Lehrlinge ausbilden und damit eine wichtige soziale und wirtschaftliche Tätigkeit ausführen würden. Auch der Umstand, dass ältere Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer ausreichend Beschäftigung finden würden, sei insbesondere aufgrund des bestehenden Wissenstandes und der langjährigen Erfahrung dieser

Personengruppe eine wichtige Grundlage für einen funktionierenden Wirtschaftsstandort. Damit erfolge eine Würdigung der Unternehmen, welche ältere Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer beschäftigen und damit eine wichtige soziale und wirtschaftliche Grundlage erfüllen würden. Der Salzburger Fairnesskatalog verwirkliche unter Gleichbehandlung aller Bieter der öffentlichen Auftragsvergabe auch wichtige sozial- und umweltpolitische Ziele des Landes.

Am 9.9.2016 hat vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg eine öffentliche mündliche Verhandlung stattgefunden, in der die Akten des Verfahrens verlesen und die Vertreter der Parteien angehört wurden.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat hiezu Folgendes festgestellt und erwogen:

Das Verwaltungsgericht nimmt folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

In Punkt 9 „Zuschlagskriterien“ der Ausschreibung (Version 3.2 vom 1.1.2016; unter Punkt I. „Vergabebestimmungen“) in gegenständlichem Vergabeverfahren ist festgelegt, dass gemäß § 130 Abs 1 erster Fall BVergG 2006 im Vergabeverfahren der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt werde. Die Zuschlagskriterien wurden mit einer Gewichtung von 85 % für den Preis, von 5 % für Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis, von 5 % für Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer und 5 % für Subunternehmerschutz festgelegt. In Punkt 9 „Zuschlagskriterien“ der Ausschreibung (Version 3.2 vom 1.1.2016; unter Punkt römisch eins. „Vergabebestimmungen“) in gegenständlichem Vergabeverfahren ist festgelegt, dass gemäß Paragraph 130, Absatz eins, erster Fall BVergG 2006 im Vergabeverfahren der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigen Angebot erteilt werde. Die Zuschlagskriterien wurden mit einer Gewichtung von 85 % für den Preis, von 5 % für Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis, von 5 % für Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer und 5 % für Subunternehmerschutz festgelegt.

Unter 9.2 und 9.3 der Ausschreibung sind die Zuschlagskriterien „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ und „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ definiert.

In 9.2 „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ ist wie folgt festgelegt:

„Bei diesem Zuschlagskriterium handelt es sich um die Wertung der Ausbildung von Lehrlingen und anderer Auszubildenden im anbietenden Unternehmen (in der anbietenden Bietergemeinschaft) im Verhältnis zum Gesamtpersonalstand, also zur Betriebsgröße.

A2 =

Anteil der %-Punkte des zu bewertenden Bieters

x 5% Gewichtung x Faktor 100

Anteil der %-Punkte des Bieters mit dem höchsten Anteil

Der höchst bewertbare Anteil ist mit 50% beschränkt (gedeckelt).

Die Herausforderung, Lehrlinge auszubilden ist besonders bei KMU's aufgrund der Betriebsgröße des Unternehmens hoch und eine wichtige Grundlage für einen auch in Zukunft funktionierenden Wirtschaftsstandort „Europa“. Um die kleinen und mittleren Unternehmen im europäischen Wirtschaftsraum hier bei der Angebotsstellung nicht schlechter zu stellen, wird bei diesem Zuschlagskriterium die Anzahl der sich zum Zeitpunkt der Angebotsstellung in einem aufrechten Lehrlingsausbildungsverhältnis befindlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zur Größe des gesamten Personalstandes in ein Verhältnis gesetzt und bewertet. Damit erfolgt nicht nur eine Würdigung der Unternehmen, welche Lehrlinge ausbilden und damit eine wichtige soziale und wirtschaftliche Tätigkeit ausführen, sondern auch eine wichtige Gleichsetzung bei der Bewertung der Angebote zwischen größeren und kleineren Unternehmen.

Beim Kriterium „Mitarbeiter mit bestehenden Ausbildungsverhältnis“ können nach Gewichtung maximal 5 Bewertungspunkte erreicht werden.

Beispiel:

Aktueller Bieter: 5,00 % Lehrlinge

Bieter mit höchsten Anteil: 10,00 % Lehrlinge

$A2 = 5,00 / 10,00 \times 5\% \times 100 = 2,50$

Auf die rechtlichen Folgen von Falschangaben wird verwiesen!"

In 9.3 „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ ist wie folgt festgelegt:

„Bei diesem Zuschlagskriterium handelt es sich um die Wertung der Beschäftigung von älteren Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer im anbietenden Unternehmen (in der anbietenden Bietergemeinschaft) im Verhältnis zum Gesamtpersonalstand, also zur Betriebsgröße.

Ältere Beschäftigte sind Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, welche zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung das fünfzigste Lebensjahr vollendet haben.

A3 =

Anteil der %-Punkte des zu bewertenden Bieters

x 5% Gewichtung x Faktor 100

Anteil der %-Punkte des Bieters mit dem höchsten Anteil

Der höchst bewertbare Anteil ist mit 50% beschränkt (gedeckelt).

Der Umstand, dass ältere Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer ausreichend Beschäftigung finden, ist insbesondere aufgrund des bestehenden Wissensstandes und der langjährigen Erfahrung dieser Personengruppe eine wichtige Grundlage für einen funktionierenden Wirtschaftsstandort „Europa“.

Um die kleinen und mittleren Unternehmen im europäischen Wirtschaftsraum hier bei der Angebotsstellung nicht schlechter zu stellen, wird bei diesem Zuschlagskriterium die Anzahl der sich zum Zeitpunkt der Angebotsstellung in einem aufrechten Dienstverhältnis befindlichen älteren Beschäftigten zur Größe des gesamten Personalstandes in ein Verhältnis gesetzt und bewertet.

Damit erfolgt nicht nur eine Würdigung der Unternehmen, welche ältere Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer beschäftigen und damit eine wichtige soziale und wirtschaftliche Grundlage erfüllen, sondern auch eine wichtige Gleichsetzung bei der Bewertung der Angebote zwischen größeren und kleineren Unternehmen.

Beim Kriterium „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ können nach Gewichtung maximal 5 Bewertungspunkte erreicht werden.

Beispiel:

Aktueller Bieter: 8,00 % ältere Arbeitnehmer

Bieter mit höchsten Anteil: 11,00 % ältere Arbeitnehmer

$A3 = 8,00 / 11,00 \times 5\% \times 100 = 3,64$

Auf die rechtlichen Folgen von Falschangaben wird verwiesen!"

Beweiswürdigend ist zu diesen Sachverhaltsfeststellungen auszuführen, dass diese auf den von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeakt, insbesondere auf die darin enthaltene Ausschreibung, gründen. Der festgestellte Inhalt der Ausschreibung ist unstrittig. Soweit entscheidungswesentlich sind somit Widersprüche auf Sachverhaltsebene, die beweiswürdigend aufzulösen wären, nicht hervorgekommen.

Rechtlich ist auszuführen wie folgt:

Gemäß § 1 Abs 1 Z 1 des Gesetzes vom 7.2.2007 über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007, LGBl Nr 28/2007 in der Fassung LGBl Nr 120/2015) regelt das S.VKG 2007 den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der dem Bundesvergabegesetz 2006 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit unterliegenden Vergabe von Aufträgen durch unter anderem das Land Salzburg. Die Auftraggeberin ist demgemäß Auftraggeber im Sinne des § 1 Abs 1 S.VKG 2007. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer eins, des Gesetzes vom 7.2.2007 über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007, Landesgesetzblatt Nr 28 aus 2007, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr 120 aus 2015,) regelt das S.VKG 2007 den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der

dem Bundesvergabegesetz 2006 oder dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit unterliegenden Vergabe von Aufträgen durch unter anderem das Land Salzburg. Die Auftraggeberin ist demgemäß Auftraggeber im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, S.VKG 2007.

Über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers im Sinne des § 1 Abs 1 und Abs 2 S.VKG 2007 in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens entscheidet das Landesverwaltungsgericht (§ 2 leg cit). Über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins und Absatz 2, S.VKG 2007 in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens entscheidet das Landesverwaltungsgericht (Paragraph 2, leg cit).

Nach § 4 Abs 1 Z 1 S.VKG 2007 besteht im Hinblick auf die Durchführung des Vergabeverfahrens vorliegend im Unterschwellenbereich Einzelrichterzuständigkeit. Nach Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, S.VKG 2007 besteht im Hinblick auf die Durchführung des Vergabeverfahrens vorliegend im Unterschwellenbereich Einzelrichterzuständigkeit.

Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen können gemäß § 22 Abs 4 S.VKG 2007 (über die in § 22 Abs 1 und 2 leg cit genannten Zeiträume hinaus) bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden. Vorliegend sollte die Angebotsfrist am 30.8.2016 enden. Ihre Nachprüfungsanträge haben die Antragsteller beim Landesverwaltungsgericht am 22.8.2016 innerhalb der Amtsstunden eingebracht. Gemäß § 22 Abs 4 S.VKG 2007 sind die Nachprüfungsanträge somit rechtzeitig. Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen können gemäß Paragraph 22, Absatz 4, S.VKG 2007 (über die in Paragraph 22, Absatz eins und 2 leg cit genannten Zeiträume hinaus) bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist eingebracht werden. Vorliegend sollte die Angebotsfrist am 30.8.2016 enden. Ihre Nachprüfungsanträge haben die Antragsteller beim Landesverwaltungsgericht am 22.8.2016 innerhalb der Amtsstunden eingebracht. Gemäß Paragraph 22, Absatz 4, S.VKG 2007 sind die Nachprüfungsanträge somit rechtzeitig.

Durch die nach Aufforderung durch das Verwaltungsgericht mit Eingaben vom 23.8.2016 vorgelegten Vollmachten der Antragsteller an die N. liegt der Nachweis der ausreichenden Bevollmächtigung zur Einbringung der Nachprüfungsanträge im Sinne des § 13 S.VKG 2007 iVm § 10 Abs 1 zweiter Satz AVG vor. Durch die nach Aufforderung durch das Verwaltungsgericht mit Eingaben vom 23.8.2016 vorgelegten Vollmachten der Antragsteller an die N. liegt der Nachweis der ausreichenden Bevollmächtigung zur Einbringung der Nachprüfungsanträge im Sinne des Paragraph 13, S.VKG 2007 in Verbindung mit Paragraph 10, Absatz eins, zweiter Satz AVG vor.

In ihren Nachprüfungsanträgen haben die Antragsteller das Interesse am Abschluss des Leistungsvertrages und den aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeit entstandenen bzw zu entstehen drohenden Schaden im Sinne des § 21 Abs 1 S.VKG 2007 ausreichend dargelegt. In ihren Nachprüfungsanträgen haben die Antragsteller das Interesse am Abschluss des Leistungsvertrages und den aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeit entstandenen bzw zu entstehen drohenden Schaden im Sinne des Paragraph 21, Absatz eins, S.VKG 2007 ausreichend dargelegt.

Die nach § 19 Z 1 S.VKG 2007 iVm §§ 1 Z 5.1., 2 Abs 1 und Abs 3 der Vergabekontrollgebühren-Verordnung, LGBl Nr 53/2010 in der Fassung LGBl Nr 24/2014, für die Nachprüfungsanträge und für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung anfallenden Pauschalgebühren haben die Antragsteller – nach Verbesserung – vollständig entrichtet. Die nach Paragraph 19, Ziffer eins, S.VKG 2007 in Verbindung mit Paragraphen eins, Ziffer 5 Punkt eins Punkt , 2, Absatz eins und Absatz 3, der Vergabekontrollgebühren-Verordnung, Landesgesetzblatt Nr 53 aus 2010, in der Fassung Landesgesetzblatt Nr 24 aus 2014,, für die Nachprüfungsanträge und für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung anfallenden Pauschalgebühren haben die Antragsteller – nach Verbesserung – vollständig entrichtet.

Die gegenständlichen Nachprüfungsanträge richten sich im vorliegenden Vergabeverfahren gegen die Ausschreibung als gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin. Gemäß § 26 Abs 1 S.VKG 2007 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 23 Abs 1 Z 5 leg cit geltend gemachten Recht verletzt und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Die gegenständlichen Nachprüfungsanträge richten sich im vorliegenden Vergabeverfahren gegen die Ausschreibung als gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin. Gemäß Paragraph 26, Absatz eins, S.VKG 2007 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines

Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 5, leg cit geltend gemachten Recht verletzt und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Vor dem Hintergrund, dass nach § 21 Abs 4 S.VKG 2007 das Landesverwaltungsgericht, sofern mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung anfechten, die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden hat, waren die von den Antragstellern gesondert eingeberachten Nachprüfungsanträge zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Vor dem Hintergrund, dass nach Paragraph 21, Absatz 4, S.VKG 2007 das Landesverwaltungsgericht, sofern mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung anfechten, die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden hat, waren die von den Antragstellern gesondert eingeberachten Nachprüfungsanträge zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

In der Sache selbst:

Die Antragsteller erachten die Zuschlagskriterien 9.2 „Mitarbeiter mit bestehendem Ausbildungsverhältnis“ und 9.3 „Mitarbeiter - ältere Arbeitnehmer“ für vergaberechtswidrig, weil es sich dabei zusammengefasst um rein unternehmensbezogene Kriterien handle, die überdies diskriminierend wirken und nicht – wie gesetzlich vorgesehen – mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen würden.

Dazu ist festzuhalten, dass nach § 2 Z 20 lit d sublit aa BVergG 2006 die Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien sind, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zum Beispiel Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw Ausführungsfrist. Dazu ist festzuhalten, dass nach Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 die Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien sind, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zum Beispiel Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw Ausführungsfrist.

Bei der Wahl der Zuschlagskriterien ist der Auftraggeber prinzipiell frei, es besteht aber eine Bindung des Auftraggebers an die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts (vgl J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 2 Z 20 lit d, Rz 4, mit Judikaturzitenaten des EuGH). Der Ermessensspielraum muss vom Auftraggeber nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben sein und darf kein willkürliches Auswahllement enthalten. Zuschlagskriterien müssen unter anderem den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechen, mit dem Gegenstand des Auftrages eng zusammenhängen, eine Vergleichbarkeit der Angebote ermöglichen und der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebotes dienen (J. Schramm/M. Öhler aaO). Bei der Wahl der Zuschlagskriterien ist der Auftraggeber prinzipiell frei, es besteht aber eine Bindung des Auftraggebers an die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vergleiche J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d,, Rz 4, mit Judikaturzitenaten des EuGH). Der Ermessensspielraum muss vom Auftraggeber nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben sein und darf kein willkürliches Auswahllement enthalten. Zuschlagskriterien müssen unter anderem den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechen, mit dem Gegenstand des Auftrages eng zusammenhängen, eine Vergleichbarkeit der Angebote ermöglichen und der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebotes dienen (J. Schramm/M. Öhler aaO).

Zuschlagskriterien müssen auftragsbezogen sein. Das Erfordernis der Auftragsbezogenheit bedeutet zum einen, dass die Kriterien objektiv für eine fachgerechte Angebotsbewertung geeignet sein müssen. Zum anderen müssen die Kriterien einen objektiven und nachvollziehbaren Maßstab für den Vergleich der Angebote bieten (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4 [2015] Rz 1431).

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 2 Z 20 lit d sublit aa BVergG 2006 ist festgehalten, dass für alle

Zuschlagskriterien gilt, dass sie unmittelbar die zu erbringende Leistung oder die Modalitäten ihrer Ausführung betreffen müssen. Die angewandten Kriterien sollen den Auftraggeber in die Lage versetzen, die einzelnen Angebote objektiv miteinander vergleichen zu können, um das für ihn günstigste Angebot auf der Grundlage objektiver Kriterien auswählen zu können. Anhand dieser Bewertung soll festgestellt werden, welches Angebot den Bedürfnissen des Auftraggebers am besten gerecht wird. Daher besteht die Aufgabe der Zuschlagskriterien darin, die Qualität der Angebote zu bewerten; folglich müssen sich die Zuschlagskriterien auf den Vertragsgegenstand beziehen. In den Erläuternden Bemerkungen zu Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006 ist festgehalten, dass für alle Zuschlagskriterien gilt, dass sie unmittelbar die zu erbringende Leistung oder die Modalitäten ihrer Ausführung betreffen müssen. Die angewandten Kriterien sollen den Auftraggeber in die Lage versetzen, die einzelnen Angebote objektiv miteinander vergleichen zu können, um das für ihn günstigste Angebot auf der Grundlage objektiver Kriterien auswählen zu können. Anhand dieser Bewertung soll festgestellt werden, welches Angebot den Bedürfnissen des Auftraggebers am besten gerecht wird. Daher besteht die Aufgabe der Zuschlagskriterien darin, die Qualität der Angebote zu bewerten; folglich müssen sich die Zuschlagskriterien auf den Vertragsgegenstand beziehen.

Anders als Zuschlagskriterien sind die in § 2 Z 20 lit c BVergG2006 definierten Eignungskriterien unternehmer- und nicht auftragsbezogen. Gegenstand der Eignungsprüfung sind demnach die Bieter bzw Bewerber, weshalb auch von einer bieterbezogenen Prüfung gesprochen werden kann. Die Unternehmensbezogenheit stellt das entscheidende Unterscheidungskriterium zu den Zuschlagskriterien dar (M. Etlinger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 2 Z 20 lit c, Rz 8). Die Auftragsbezogenheit stellt das entscheidende Kriterium für die Unterscheidung von Zuschlagskriterien und Eignungs- bzw Auswahlkriterien dar. Eignungs- und Auswahlkriterien beziehen sich damit im Gegensatz zu den Zuschlagskriterien auf die grundsätzlichen Kenntnisse und Fähigkeiten der Bewerber. Sie können deshalb auch als subjektive Kriterien bezeichnet werden. Bei der Eignungs- und Auswahlprüfung hat der Auftraggeber die Leistungen und das Verhalten der Bewerber bei den bisherigen Auftragserfüllungen in der Vergangenheit zu beurteilen, um daraus Rückschlüsse für den zu vergebenden Auftrag zu ziehen. Zuschlagskriterien beziehen sich demgegenüber auf die konkret zu vergebende Leistung; sie sind insofern objektive Kriterien. Dabei existiert die erst zu erbringende Leistung im Zeitpunkt der Kriterienfestlegung noch nicht. Zuschlagskriterien sind daher jeweils auf die Zukunft gerichtet (M. Etlinger, aaO). Anders als Zuschlagskriterien sind die in Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG 2006 definierten Eignungskriterien unternehmer- und nicht auftragsbezogen. Gegenstand der Eignungsprüfung sind demnach die Bieter bzw Bewerber, weshalb auch von einer bieterbezogenen Prüfung gesprochen werden kann. Die Unternehmensbezogenheit stellt das entscheidende Unterscheidungskriterium zu den Zuschlagskriterien dar (M. Etlinger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c., Rz 8). Die Auftragsbezogenheit stellt das entscheidende Kriterium für die Unterscheidung von Zuschlagskriterien und Eignungs- bzw Auswahlkriterien dar. Eignungs- und Auswahlkriterien beziehen sich damit im Gegensatz zu den Zuschlagskriterien auf die grundsätzlichen Kenntnisse und Fähigkeiten der Bewerber. Sie können deshalb auch als subjektive Kriterien bezeichnet werden. Bei der Eignungs- und Auswahlprüfung hat der Auftraggeber die Leistungen und das Verhalten der Bewerber bei den bisherigen Auftragserfüllungen in der Vergangenheit zu beurteilen, um daraus Rückschlüsse für den zu vergebenden Auftrag zu ziehen. Zuschlagskriterien beziehen sich demgegenüber auf die konkret zu vergebende Leistung; sie sind insofern objektive Kriterien. Dabei existiert die erst zu erbringende Leistung im Zeitpunkt der Kriterienfestlegung noch nicht. Zuschlagskriterien sind daher jeweils auf die Zukunft gerichtet (M. Etlinger, aaO).

Mit den Zuschlagskriterien sollen Auftraggeber konkrete Angebote bewerten. Es ist demnach unumgänglich bei der Angebotsbewertung Kriterien zu verwenden, die sich auf die Angebote beziehen, weil sie nur dann eine objektive Angebotswahl ermöglichen (Schiefer/Mensdorff-Pouilly, aaO).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Eignungskriterien – wie bereits der 39. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18/EG erkennen lässt – der Prüfung bzw der Auswahl der Bieter selbst dienen und daher nicht deren Angebot, sondern die Bieter (bzw deren Unternehmen) betreffen. Die Zuschlagskriterien dienen dagegen der Bewertung der Angebote – vgl bereits den 46. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18/EG – und müssen daher – wie Art 53 Abs 1 lit a der RL 2004/18/EG normiert – mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (vgl VwGH 2009/04/0024). Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Eignungskriterien – wie bereits der 39. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18/EG erkennen lässt – der Prüfung bzw der Auswahl der Bieter selbst dienen und daher nicht deren Angebot, sondern die Bieter (bzw deren Unternehmen) betreffen. Die

Zuschlagskriterien dienen dagegen der Bewertung der Angebote – vergleiche bereits den 46. Erwägungsgrund zur Richtlinie 2004/18/EG – und müssen daher – wie Artikel 53, Absatz eins, Litera a, der RL 2004/18/EG normiert – mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (vergleiche VwGH 2009/04/0024).

Auch der Europäische Gerichtshof hat bereits festgehalten, dass als Zuschlagskriterien Kriterien ausgeschlossen sind, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhängen (EuGH Rs C-532/06 „Lianakis“, Rn 30; EuGH Rs C-199/07 „Kommission/Griechenland“, Rn 55).

Betrachtet man vorliegend die inhaltliche Ausgestaltung der in Rede stehenden Punkte 9.2 und 9.3 der Ausschreibung, ist festzuhalten, dass diesen Zuschlagskriterien die vom Gesetz, von der Rechtsprechung und von der Literatur für Zuschlagskriterien geforderte Auftragsbezogenheit fehlt. Ein Bezug zum Angebot des Bieters, anhand dessen konkret Angebot des Bieters und die zu erbringenden Leistungen verglichen werden könnte, ist in den Zuschlagskriterien nicht vorgesehen. Vielmehr wird lediglich auf das Unternehmen des Bieters, und zwar auf die im Unternehmen beschäftigten Auszubildenden und die im Unternehmen beschäftigten älteren Dienstnehmer, abgestellt, ohne dass in diesen Kriterien in irgendeiner Weise auf den vorliegenden Auftragsgegenstand Bezug genommen würde. Die Festlegung derartiger Zuschlagskriterien, die rein unternehmens-, nicht aber auftragsbezogen sind, widerspricht sowohl dem eindeutigen Gesetzeswortlaut, wonach Zuschlagskriterien die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien sind, als auch der diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes.

Soweit die Auftraggeberin darauf hinweist, dass sie mit ihren Festlegungen sozialpolitische Ziele verfolge, ist ihr zwar darin zuzustimmen, dass nach § 19 Abs 6 BVerG 2006 im Vergabeverfahren auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden kann und dies insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen kann. Dazu ist aber festzuhalten, dass ungeachtet der Möglichkeit zur Einbeziehung vergabefremder Kriterien in das Vergabeverfahren diese Zuschlagskriterien auftragsbezogen, also mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehend ausgestaltet sein müssen. Etwa hat der EuGH im Zusammenhang mit der Verwendung von ökologischen Zuschlagskriterien festgehalten, dass diese zwar grundsätzlich zulässig sind, die Umweltschutzkriterien aber mit dem Gegenstand des Auftrages zusammenhängen müssen (vgl. EuGH Rs C-513/99 „Concordia Bus Finnland“). Gerade im Zusammenhang mit sozialen Zuschlagskriterien ist darauf zu achten, dass diese in Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen und nicht unternehmensbezogen sind (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> [2015] Rz 1461). Soweit die Auftraggeberin darauf hinweist, dass sie mit ihren Festlegungen sozialpolitische Ziele verfolge, ist ihr zwar darin zuzustimmen, dass nach Paragraph 19, Absatz 6, BVerG 2006 im Vergabeverfahren auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden kann und dies insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen kann. Dazu ist aber festzuhalten, dass ungeachtet der Möglichkeit zur Einbeziehung vergabefremder Kriterien in das Vergabeverfahren diese Zuschlagskriterien auftragsbezogen, also mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehend ausgestaltet sein müssen. Etwa hat der EuGH im Zusammenhang mit der Verwendung von ökologischen Zuschlagskriterien festgehalten, dass diese zwar grundsätzlich zulässig sind, die Umweltschutzkriterien aber mit dem Gegenstand des Auftrages zusammenhängen müssen (vergleiche EuGH Rs C-513/99 „Concordia Bus Finnland“). Gerade im Zusammenhang mit sozialen Zuschlagskriterien ist darauf zu achten, dass diese in Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen und nicht unternehmensbezogen sind (Schiefer/Mensdorff-Pouilly in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> [2015] Rz 1461).

Auch unter dem Gesichtspunkt der grundsätzlichen Zulässigkeit der Berücksichtigung von sozialen Aspekten im Vergabeverfahren fehlt bei den vorliegenden Zuschlagskriterien die Auftragsbezogenheit derartiger sozialpolitischer Belange zur Gänze.

Insgesamt erweisen sich somit die von den Antragstellern monierten Zuschlagskriterien als vergaberechtswidrig, weil

sie sich – wie von den Antragstellern aufgezeigt – rein auf die Unternehmen der Bieter und nicht auf den Auftragsgegenstand beziehen.

Soweit die Antragsteller vorbringen, Art 67 Abs 3 lit a der Richtlinie 2014/24/EU sei mangels Umsetzung nunmehr direkt anwendbar, ist darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich nationales Recht, das im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, verdrängt ist. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf also bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen (vgl VwGH 2015/04/0004). In Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ist festzuhalten, dass die Richtlinie 2014/24/EU in Art 67 Abs 3 lit a für die hier entscheidungswesentliche Frage normiert, dass Zuschlagskriterien zusammengefasst auftragsbezogen zu sein haben. Das Erfordernis der Auftragsbezogenheit von Zuschlagskriterien ist bzw. war aber bereits bisher europarechtlicher Bestand (vgl Erwägungsgrund 46 und Art 53 Abs 1 lit a der RL 2004/18/EG) und ist auch im nationalen österreichischen Recht so normiert (vgl § 2 Z 20 lit d sublit aa BVergG 2006). Insoweit besteht kein Widerspruch der bestehenden nationalen Rechtslage in dem hier zu beurteilenden Umfang zur Richtlinie 2014/24/EU, weshalb sich auch die Frage einer allfälligen unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie mangels Umsetzung derselben nicht stellt. Soweit die Antragsteller vorbringen, Artikel 67, Absatz 3, Litera a, der Richtlinie 2014/24/EU sei mangels Umsetzung nunmehr direkt anwendbar, ist darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich nationales Recht, das im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht steht, verdrängt ist. Nationales Recht bleibt insoweit unangewendet, als ein Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht gegeben ist. Die Verdrängung darf also bloß jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen unionsrechtskonformen Zustand herbeizuführen (vergleiche VwGH 2015/04/0004). In Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ist festzuhalten, dass die Richtlinie 2014/24/EU in Artikel 67, Absatz 3, Litera a, für die hier entscheidungswesentliche Frage normiert, dass Zuschlagskriterien zusammengefasst auftragsbezogen zu sein haben. Das Erfordernis der Auftragsbezogenheit von Zuschlagskriterien ist bzw. war aber bereits bisher europarechtlicher Bestand (vergleiche Erwägungsgrund 46 und Artikel 53, Absatz eins, Litera a, der RL 2004/18/EG) und ist auch im nationalen österreichischen Recht so normiert (vergleiche Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006). Insoweit besteht kein Widerspruch der bestehenden nationalen Rechtslage in dem hier zu beurteilenden Umfang zur Richtlinie 2014/24/EU, weshalb sich auch die Frage einer allfälligen unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie mangels Umsetzung derselben nicht stellt.

Gemäß § 26 Abs 2 S.VGK 2007 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht. Gemäß Paragraph 26, Absatz 2, S.VGK 2007 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

Aus dem Wort „insbesondere“ folgt, dass es sich bei der Möglichkeit der Streichung um eine beispielhafte Aufzählung handelt und auch andere Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen oder anderen Dokumenten des Vergabeverfahrens nachgeprüft werden müssen und gegebenenfalls für nichtig erklärt werden können (vgl H. Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 325 Rz 19). Aus dem Wort „insbesondere“ folgt, dass es sich bei der Möglichkeit der Streichung um eine beispielhafte Aufzählung handelt und auch andere Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen oder anderen Dokumenten des Vergabeverfahrens nachgeprüft werden müssen und gegebenenfalls für nichtig erklärt werden können (vergleiche H. Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 325, Rz 19).

Im vorliegenden Fall kommt aufgrund nachstehender Erwägungen die Streichung lediglich der Zuschlagskriterien 9.2 und 9.3 nicht in Betracht: Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt eine Streichung einzelner Bestimmungen (anstelle der Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung) 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 wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären (vgl VwGH 2008/04/0077; 2009/04/0128; 2011/04/0115; Ra 2014/04/0045). Der Europäische Gerichtshof hat bereits ausgeführt, dass im Fall der Nichtigerklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die

Nachprüfungsinstanz der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen kann, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausliefe (EuGH Rs C-448/01 „EVN/Wien Strom“ Rn 94). Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof erkannt, dass die Abhängigkeit zwischen einem als rechtswidrig erkannten Zuschlagskriterium und den für die Zuschlagserteilung maßgeblichen übrigen Bestimmungen der Ausschreibung eine (neuerliche) Bewertung der Angebote unter isolierter Anwendung der übrigen Bestimmungen der Ausschreibung nicht zulässt (vgl VwGH 2002/04/0125 unter Verweis auf das Urteil des EuGH in der Rs C-448/01). Im vorliegenden Fall kommt aufgrund nachstehender Erwägungen die Streichung lediglich der Zuschlagskriterien 9.2 und 9.3 nicht in Betracht: Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt eine Streichung einzelner Bestimmungen (anstelle der Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung) 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 wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären vergleiche VwGH 2008/04/0077; 2009/04/0128; 2011/04/0115; Ra 2014/04/0045). Der Europäische Gerichtshof hat bereits ausgeführt, dass im Fall der Nichtigerklärung einer Entscheidung bezüglich eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen kann, da dies auf eine Änderung der in dem fraglichen Verfahren anwendbaren Kriterien hinausliefe (EuGH Rs C-448/01 „EVN/Wien Strom“ Rn 94). Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof erkannt, dass die Abhängigkeit zwischen einem als rechtswidrig erkannten Zuschlagskriterium und den für die Zuschlagserteilung maßgeblichen übrigen Bestimmungen der Ausschreibung eine (neuerliche) Bewertung der Angebote unter isolierter Anwendung der übrigen Bestimmungen der Ausschreibung nicht zulässt vergleiche VwGH 2002/04/0125 unter Verweis auf das Urteil des EuGH in der Rs C-448/01).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes kommt vorliegend eine bloße Streichung der betreffenden Bestimmungen (Zuschlagskriterien) in der Ausschreibung nicht in Betracht, zumal die Ausschreibung durch die Streichung von Zuschlagskriterien, die jeweils in ihrer Gesamtheit der Angebotsbewertung die Grundlage geben würden (vgl VwGH 2002/04/0125), für die Bieter einen gänzlich anderen Inhalt bekommen würde und zudem bei der Neufestlegung von rechtskonformen Zuschlagskriterien zur Bestbieterermittlung im Gegensatz zur vorliegenden Ausschreibung auch ein anderer Bieterkreis angesprochen werden würde (vgl dazu auch die Erkenntnisse des BVwG W139 2003185-1 und W138 2125594-2). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes kommt vorliegend eine bloße Streichung der betreffenden Bestimmungen (Zuschlagskriterien) in der Ausschreibung nicht in Betracht, zumal die Ausschreibung durch die Streichung von Zuschlagskriterien, die jeweils in ihrer Gesamtheit der Angebotsbewertung die Grundlage geben würden (vgl VwGH 2002/04/0125), für die Bieter einen gänzlich anderen Inhalt bekommen würde und zudem bei der Neufestlegung von rechtskonformen Zuschlagskriterien zur Bestbieterermittlung im Gegensatz zur vorliegenden Ausschreibung auch ein anderer Bieterkreis angesprochen werden würde (vgl dazu auch die Erkenntnisse des BVwG W139 2003185-1 und W138 2125594-2).

Ungeachtet der Frage, ob wie vorliegend die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären war oder ob die Streichung der einzelnen Zuschlagskriterien möglich gewesen wäre, ist die Auftraggeberin nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH Rs C-448/01, Rn 95) ohnedies jedenfalls verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen, zumal sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihr festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren als rechtswidrig erwiesen hat, und zwar vor dem Hintergrund, dass – wie der EuGH bereits entschieden hat – die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren für die öffentlichen Auftraggeber bedeuten, dass sie sich während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten müssen (vgl EuGH C-19/00 „SIAC Construction“, Rn 43) und die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen (EuGH Rs C-448/01, Rn 93). Ungeachtet der Frage, ob wie vorliegend die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit für nichtig zu erklären war oder ob die Streichung der einzelnen Zuschlagskriterien möglich gewesen wäre, ist die Auftraggeberin nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH Rs C-448/01, Rn 95) ohnedies jedenfalls verpflichtet, die Ausschreibung zu widerrufen, zumal sich eine Entscheidung bezüglich eines der von ihr festgelegten Zuschlagskriterien im Nachprüfungsverfahren als rechtswidrig erwiesen hat, und zwar vor dem Hintergrund, dass – wie der EuGH bereits entschieden hat – die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz der Vergabeverfahren für die öffentlichen Auftraggeber

bedeuten, dass sie sich während des gesamten Verfahrens an dieselbe Auslegung der Zuschlagskriterien halten müssen (vergleiche EuGH C-19/00 „SIAC Construction“, Rn 43) und die Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden dürfen (EuGH Rs C-448/01, Rn 93).

Aufgrund obenstehender Erwägungen war daher die Ausschreibung für nichtig zu erklären.

In Anbetracht des Umstandes, dass die Antragsteller mit ihren Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausschreibung durchgedrungen sind, war die Auftraggeberin gemäß § 20 Abs 1 und Abs 2 S.VKG 2007 zum Ersatz der für die Nachprüfungsanträge und für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jeweils von den Antragstellern entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten (Spruchpunkt II.). In Anbetracht des Umstandes, dass die Antragsteller mit ihren Anträgen auf Nichtigerklärung der Ausschreibung durchgedrungen sind, war die Auftraggeberin gemäß Paragraph 20, Absatz eins und Absatz 2, S.VKG 2007 zum Ersatz der für die Nachprüfungsanträge und für die Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jeweils von den Antragstellern entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten (Spruchpunkt römisch zwei.).

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (Spruchpunkt III.) Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (Spruchpunkt römisch drei):

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die maßgebliche Rechtsfrage, ob die als unternehmensbezogen zu qualifizierenden Zuschlagskriterien, die die Auftraggeberin in ihrer Ausschreibung vorsieht, vergaberechtswidrig sind, wurde sowohl vom Verwaltungsgerichtshof als auch vom Europäischen Gerichtshof bereits hinreichend geklärt. Die vorliegende Entscheidung weicht von dieser nicht als uneinheitlich zu qualifizierenden Judikatur nicht ab. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen liegen nicht vor. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die maßgebliche Rechtsfrage, ob die als unternehmensbezogen zu qualifizierenden Zuschlagskriterien, die die Auftraggeberin in ihrer Ausschreibung vorsieht, vergaberechtswidrig sind, wurde sowohl vom Verwaltungsgerichtshof als auch vom Europäischen Gerichtshof bereits hinreichend geklärt. Die vorliegende Entscheidung weicht von dieser nicht als uneinheitlich zu qualifizierenden Judikatur nicht ab. Sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen liegen nicht vor.

### **Schlagworte**

Zuschlagskriterien, Eignungskriterien, unternehmensbezogen, auftragsbezogen, vergabefremde Kriterien, sozialpolitische Belange, soziale Zuschlagskriterien

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGSA:2016:405.5.18.1.18.2016..405.5.19.1.18.2016..405.5.20.1.18.2016

### **Zuletzt aktualisiert am**

28.11.2016

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwg Salzburg, <https://www.salzburg.gv.at/lvwg>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)