

TE Lvwg Erkenntnis 2021/10/12 VGW-123/072/11895/2021

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 12.10.2021

Entscheidungsdatum

12.10.2021

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

50/03 Personenbeförderung Güterbeförderung

Norm

BVergG 2018 §20 Abs1

BVergG 2018 §20 Abs2

BVergG 2018 §79

BVergG 2018 §80 Abs1

BVergG 2018 §82 Abs4

BVergG 2018 §86

BVergG 2018 §138

BVergG 2018 §141 Abs1 Z2

BVergG 2018 §141 Abs2

KFIG 1999 §8

KFIG 1999 §18

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Ooppel über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend die Lose 1 - 6 im Vergabeverfahren „Offenes Verfahren: Linienverkehr B.“ des Verkehrsverbunds Ostregion (VOR) Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwalt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 30.7.2021 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

Entscheidungsgründe

Die Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) Gesellschaft m.b.H. (in der Folge: Auftraggeberin) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Personenverkehrsleistungen des Kraftfahrzeuglinienverkehrs in Niederösterreich und Wien. Die Vergabe erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Der Dienstleistungsauftrag ist in sieben Lose unterteilt:

Los 1: Wien C.

Los 2: D. – E.

Los 3: Wien F.

Los 4: G.

Los 5: H. - J. – K.

Los 6: L. – M. – N.

Los 7: Stadtverkehr L.

Die Vergabe umfasst den Definitivverkehr auf den jeweiligen Gebieten sowie losweise optionale Leistungen wie „Option Zusatzbus“, „Option Schule“ oder „Option Vertragsverlängerung“ mit jeweils definierten Jahreskilometerleistungen.

Die A. Gesellschaft m.b.H. (in der Folge: Antragstellerin) legte am 1.6.2021 elektronisch über die bekannt gegebene Vergabeplattform ein Angebot über alle sieben Lose. Zum Nachweis der geforderten Personalausstattung (technische Leistungsfähigkeit) in den Losen 1 bis 6 machte die Antragstellerin zwei Subunternehmer namhaft, und zwar P. d.o.o. R. und S. d.o.o. T.. Der Sitz beider Subunternehmer ist in Bosnien- Herzegowina.

Die nichtöffentliche Angebotsöffnung erfolgte am 11.6.2021. In den Losen 1, 5 und 6 wies das Angebot der Antragstellerin den niedrigsten Preis auf. In den Losen 4 und 7 war es das Angebot mit dem zweitniedrigsten Preis und in den Losen 2 und 3 jenes mit dem drittniedrigsten Preis.

Aus dem Vergabeakt geht hervor, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin mit Schreiben vom 7.7.2012 zur Verbesserung ihres Angebotes bzw. Nachreichung von Unterlagen aufgefordert hat. Diese Aufforderung bezog sich u.a. auf Angaben zu den bekanntgegebenen Subunternehmern. So wurde nachgefragt, ob es sich dabei um notwendige Subunternehmer für den Nachweis der Personalausstattung im Zusammenhang mit der technischen Leistungsfähigkeit handelt, ob diese Subunternehmer die Voraussetzungen für die Ausübung des Berufes des Personenkraftfahrunternehmers haben (es seien nur Konzessionen für den grenzüberschreitenden Verkehr und für den Verkehr in anderen Staaten als Österreich vorgelegt worden), ob diese Subunternehmer laut den dem Firmenbuch gleichzuhaltenden Bestätigungen ihres Heimatstaates die erforderliche Befugnis haben und welche Teilleistungen diese Subunternehmer erbringen sollen. Die Antragstellerin wurde auch aufgefordert, fehlende Unterlagen zum Nachweis der Unbescholtenheit der bekannt gegebenen Subunternehmer bzw. Personen nachzureichen.

Die Antragstellerin übermittelte der Auftraggeberin fristgerecht das Schreiben vom 23.7.2021 mit diversen Beilagen. In diesem Schreiben bestätigte die Antragstellerin, dass sie die bekanntgegebenen Subunternehmer zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit (Personalausstattung) für die Lose 1 bis 6 (für Los 7 reiche die eigene Personalausstattung aus) benötige. Sie wies darauf hin, dass dies laut Punkt 1.14 der Ausschreibungsunterlagen zulässig sei. Die Antragstellerin schlüsselte die von ihr selbst bzw. den Subunternehmern beigetragenen Personalzahlen auf.

Zur Frage der Erfüllung der Voraussetzungen für die Ausübung des Berufs des Personenkraftverkehrsunternehmers verwies die Antragstellerin auf die bereits vorgelegte Konzessionsurkunde von P. d.o.o. R. ausgestellt per 23. Oktober 2020 vom BMUK für die Internationale Kraftfahrline Wien-U. (Geschäftszahl ...) und auf die Konzessionsurkunde von S. d.o.o. T. ausgestellt per 27. Juli 2016 vom BMVIT für die Internationale Kraftfahrline Wien-T. (Geschäftszahl ...) sowie auf die vorgelegte Lizenz ... des Ministeriums für Kommunikation und Verkehr zur Durchführung des Passagiertransportes in Bosnien für P. d.o.o. R. vom 19.02.2019.

Zur Zuverlässigkeit gemäß § 9 KfLG verwies die Antragstellerin auf die bereits vorgelegten Strafregisterauszügen, Verbandsregisterauszüge der österreichischen WKStA und der zuständigen Gerichte R., T. und U., Handelsregisterauszüge, Kontoauszüge der zuständigen Sozialversicherungen und Rückstandsbescheinigungen der Steuerverwaltungen R. und T. sowie des Verwaltungsamtes für indirekte Besteuerung (aus denen sich auch das Nichtvorliegen einer Insolvenz bzw. eines Konkurses ergebe). Andere als die vorgelegten Dokumente existierten in Bosnien-Herzegowina nicht und könnten daher nicht eingeholt werden. Dies werde auch durch das beigelegte Schreiben der V. Lawyers sowie die eidesstattliche Erklärung der P. d.o.o. R. und der S. d.o.o. T., bestätigt.

Zu der in § 8 KfLG geforderten tatsächlichen und dauernden Niederlassung im Inland führte die Antragstellerin aus, dass die genaue Anschrift, der Sitz bzw. die ständige geschäftliche Niederlassung der P. d.o.o. R. und der S. d.o.o. T. in A-... W., X., vorgesehen sei. Die entsprechenden Verträge (dem Schreiben beigelegt) seien bereits vor Angebotsabgabe unterschrieben und die Standorte damit abgesichert worden.

Zur Befugnis der Subunternehmer sei mit dem Angebot jeweils eine beglaubigte Übersetzung eines Auszugs aus dem bosnisch-herzegowinischen Gerichtsregister R. vorgelegt worden. Dieser bosnisch-herzegowinische Handelsregisterauszug sei einem nationalen Auszug aus dem Firmenbuch gleichwertig, wie auch im beigelegten Schreiben der V. Lawyers bestätigt werde. Bereits aus diesem Handelsregisterauszug sei ersichtlich, dass die Gesellschaften jedenfalls auch Dienstleistungen des Personenverkehrs außerhalb von Bosnien-Herzegowina erbringen dürften - und somit auch ausschließlich in Österreich. Der Unternehmensgegenstand „Dienstleistungen des internationalen Transports von Waren und Passagieren“ bestehe seit 05.10.2010.

Wie aus den (dem Angebot beigelegten) Unterlagen ersichtlich sei, sei die Befugnis für Subunternehmer P. d.o.o. R. am 23.10.2020 und für Subunternehmer S. d.o.o. T. am 27.07.2016 durch das zuständige österreichische Bundesministerium bescheinigt bzw. erteilt worden. Daneben besäßen beide Subunternehmer eine gültige bosnisch-herzegowinische Konzession zur Durchführung von Linienpassagiertransporten - auch außerhalb von Bosnien und Herzegowina (siehe auch die Stellungnahme der V. Lawyers).

Die Antragstellerin habe bereits vor Angebotsabgabe im Rahmen der Subunternehmergespräche Verträge zur Gründung der o.a. Zweigniederlassung in Österreich mit beiden Subunternehmern abgeschlossen, um einen reibungslosen Ablauf der zugesicherten Leistungen garantieren zu können. Im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei die endgültige Gründung und Aufnahme der operativen Tätigkeit der Zweigniederlassungen erst mit Zuschlagserteilung vorgesehen. Jedenfalls könne ein rechtzeitiger Leistungsbeginn mit April 2022 garantiert werden.

Zu den Fragen der Auftraggeberin betreffend die Strafregisterbescheinigungen der bekanntgegebenen Personen verwies die Antragstellerin auf die mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen und führt aus, dass mit dem Aufklärungsschreiben in beglaubigter Übersetzung zusätzliche Bescheinigungen der Unbescholtenheit der natürlichen Personen I. P., O. P. und Y. Z. des bosnisch-herzegowinischen Innenministeriums vorgelegt würden. Aus diesen Bescheinigungen gehe hervor, dass diese natürlichen Personen unbescholten seien und daher auch keine Verurteilungen mit Strafen von über 5 (fünf) Jahren vorlägen. Weitere Nachweise könnten nicht eingeholt werden, weil diese nicht existierten (vgl. Stellungnahme der V. Lawyers). Zusätzlich zu den dem Angebot bereits beigelegten Beilagen legten die beiden Subunternehmer jeweils eine Erklärung an Eides statt in deutscher Sprache vor, die das Nichtvorliegen sämtlicher Ausschlussgründe gemäß § 78 BVergG 2018 bescheinigten.

Schließlich schlüsselte die Antragstellerin nach Kilometern und Prozenten der Gesamtleistung auf, welche Leistungsteile von den Subunternehmern erbracht werden sollen. (Die übrigen in diesem Schreiben erfolgten Aufklärungen werden hier nicht näher ausgeführt, da sie die vorgebrachten Ausscheidensgründe nicht betreffen).

Am 30.7.2021 erging die Ausscheidensentscheidung hinsichtlich der Antragstellerin für die Lose 1 bis 6. Die Auftraggeberin bezog sich auf § 141 Abs. 1 Z 2 und § 141 Abs. 2 BVergG 2018 und begründete die Ausscheidensentscheidung zusammengefasst damit, dass die angebotenen Subunternehmer die Befugnis für die Durchführung der ausgeschriebenen Kraftfahrlinienverkehre ausschließlich innerhalb des österreichischen Staatsgebietes gemäß KfLG mangels tatsächlichen und dauerhafter Niederlassung in Österreich nicht erfüllten. Die vorgelegten Unterlagen reichten zum Nachweis der Befugnis nicht aus. Die geltend gemachten Unternehmen könnten daher die fehlende technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht ersetzen.

Weiters fehle der Nachweis des Nichtvorliegens sämtlicher Ausschlussgründen gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018

hinsichtlich der geltend gemachten Subunternehmer. Die vorgelegten Unterlagen bezögen sich nicht auf das Fehlen einer Verurteilung wegen Sklaverei, Menschenhandel und grenzüberschreitender Prostitutionshandel. Die Antragstellerin habe vielmehr bekanntgegeben, dass sein solcher Nachweis nicht existiere.

Dagegen richtet sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag vom 9.8.2021. Der Antrag ist rechtzeitig.

Die Antragstellerin stellte darin zunächst kurz den Inhalt der relevanten Ausschreibungsunterlagen und den Ablauf des Vergabeverfahrens dar. Sie führte weiters aus, inwiefern sie ein Interesse am Vertragsabschluss hat, worin der ihr entstandene bzw. drohende Schaden durch die angefochtene Entscheidung des Antragsgegners liegt und in welchen Rechten sie sich als verletzt erachtet.

Die Antragstellerin brachte vor, dass sie am 23.7.2021 die geforderten Nachweise und Aufklärungen vorgelegt habe. Sie habe insbesondere ein eigens eingeholtes Gutachten einer bosnisch-herzegowinischen Rechtsanwaltskanzlei in deutscher Sprache beigelegt. Sie habe - auch mit Hilfe des Gutachtens - über die tatsächlich vorhandene Befugnis und berufliche Zuverlässigkeit der Subunternehmer aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen des KfIG aufgeklärt. Zusätzlich habe die Antragstellerin Erklärungen beider Subunternehmer an Eides statt in deutscher Sprache vorgelegt, die das Nichtvorliegen sämtlicher Ausschlussgründe gemäß § 78 BVergG 2018 bescheinigen würden.

Am 30.7.2021 sei die Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot für die Lose 1 bis 6 ergangen. Die Auftraggeberin habe die Ausscheidensentscheidung damit begründet, dass die beiden namhaft gemachten Subunternehmer über keine tatsächliche und dauerhafte Niederlassung im Inland verfügen würden und somit nicht zur im Angebot vorgesehenen Leistungserbringung befugt seien. Die vorgelegten Mietverträge kämen aufgrund deren aufschiebender Bedingung als zum Nachweis der Begründung einer tatsächlichen und dauerhaften Niederlassung in Österreich nicht in Frage. Ferner sei für die Subunternehmer der Nachweis des Nichtvorliegens des Ausschlussgrunds des § 78 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 hinsichtlich der im österreichischen Strafgesetzbuch normierten Tatbestände der Sklaverei, des Menschenhandels und des grenzüberschreitenden Prostitutionshandels nicht erbracht worden.

Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin in der Folge aufgefordert, die Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen bzw. ihr eine Frist für die Namhaftmachung eines oder mehrerer ersatzweiser Subunternehmer zu gewähren. Sodann sei der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung erfolgt.

In der Folge stellte die Antragstellerin dar, weshalb das Verwaltungsgericht Wien für die Erledigung des Nachprüfungsantrags zuständig sei, weshalb der Antrag rechtzeitig bzw. zulässig sei, woraus sich das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss ergebe und welcher Schaden der Antragstellerin im Falle drohe, dass die Ausscheidensentscheidung nicht nichtig erklärt würde.

Die Antragstellerin führte aus, dass die bekämpfte Ausscheidensentscheidung rechtswidrig sei, da die Auftraggeberin irrtümlich davon ausgehe, dass den namhaft gemachten und zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit herangezogenen Subunternehmern die Befugnis und die Zuverlässigkeit fehle. Die zu übernehmenden Leistungen seien durchaus von deren Unternehmensgegenstand erfasst und ein Nachweis zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen sei ebenfalls erbracht worden. Beide Subunternehmer würden über eine gültige bosnisch-herzegowinische Konzession zur Durchführung von Linienpassagiertransporten - auch außerhalb von Bosnien-Herzegowina - verfügen.

Es treffe zu, dass die Antragstellerin für die beiden Subunternehmer keine Anzeige der Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung in Österreich (§ 373a Abs. 4 GewO) beim zuständigen Bundesministerium vorgenommen habe. Diese hätte allerdings (trotz Zulässigkeit der Heranziehung von drittstaatsangehörigen Subunternehmern) im gegenständlichen Fall nicht erfolgen können, da sie nur Unternehmern aus dem EU- bzw. EWR-Raum offenstünde. § 373a Abs. 4 GewO sei nur eine reine Ordnungsvorschrift, deren Unterlassung schon per se nicht zum Ausscheiden eines Angebots führen dürfe (LVwG oÖ 12.03.2018, LVwG-840147128/KLi; LVwG-840149119/KLi).

Aufgrund der rechtlichen Unmöglichkeit einer Dienstleistungsanzeige habe die Antragstellerin bereits vor Angebotsabgabe mit den Subunternehmern Verträge zur Gründung von Zweigniederlassungen in Österreich abgeschlossen. Der Sitz der ständigen geschäftlichen Niederlassung der Subunternehmer sei in A-... W., X., vorgesehen worden. Die endgültige Gründung und Aufnahme der operativen Tätigkeit der Zweigniederlassungen im Falle einer Zuschlagserteilung sei damit sichergestellt worden. Dies habe die Antragstellerin der Auftraggeberin mit Schreiben

vom 23.07.2021 mitgeteilt und durch Vorlage der Mietverträge nachgewiesen. Die Auftraggeberin habe derartige Nachweise in der Vergangenheit durchaus akzeptiert. Ihr Vorgehen im gegenständlichen Vergabeverfahren verstoße daher gegen die Grundsätze der Bietergleichbehandlung und Transparenz gemäß § 20 BVergG 2018.

Die Auftraggeberin kritisiere in ihrer Ausscheidensentscheidung die in den Mietverträgen über die Standorte enthaltenen aufschiebenden Bedingungen der Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren an die Antragstellerin. Diese Vertragsformulierung würde jedoch nichts an der Verbindlichkeit des Mietvertrags und damit der Absicherung einer Niederlassung der Subunternehmer ändern.

Nach Ansicht der Antragstellerin dürfe eine (noch) fehlende Niederlassung nicht zu einem Ausscheiden des Angebots führen. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund, dass der gegenständliche Gründungsvorgang der Niederlassungen durch den Abschluss der Verträge zur Gründung einer Zweigniederlassung eingeleitet und sichergestellt sei und lediglich die tatsächliche Niederlassung aus unternehmerischer Vernunft erst unmittelbar nach Zuschlagserteilung erfolge.

Laut der Ausscheidensentscheidung habe die Antragstellerin nicht nachgewiesen, dass die von ihr genannten Subunternehmer gemäß deren Gesellschaftsvertrag zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen befugt seien. Tatsächlich habe die Antragstellerin der Auftraggeberin bereits mit dem Angebot Auszüge aus dem bosnisch-herzegowinischen Gerichtsregister vorgelegt. Diese bosnisch-herzegowinischen Handelsregisterauszüge seien Auszügen aus dem österreichischen Firmenbuch gleichwertig. Bereits aus diesen Handelsregisterauszügen sei ersichtlich, dass die Gesellschaften auch Dienstleistungen des Personenverkehrs außerhalb von Bosnien-Herzegowina erbringen dürften - und somit auch ausschließlich in Österreich.

Die Auftraggeberin habe weiters beanstandet, dass die Antragstellerin die Zuverlässigkeit ihrer Subunternehmer nicht nachgewiesen habe. Sie habe dabei außer Acht gelassen, dass die geforderten Nachweise im Sitzstaat der Subunternehmer nicht existierten. Die Antragstellerin habe alle zur Verfügung stehenden Nachweise vorgelegt (sämtliche in Bosnien-Herzegowina erhältlichen Unbescholtenheitsbescheinigungen für beide Subunternehmer, eidesstattliche Erklärungen des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen). Die Sichtweise der Auftraggeberin würde dazu führen, dass bosnisch-herzegowinische Unternehmer grundsätzlich auszuschließen seien, weil sie entsprechende Nachweise nicht vorlegen könnten. Diese Auffassung sei rechtswidrig.

Schließlich habe die Auftraggeberin der Antragstellerin keine Verbesserungsmöglichkeit eingeräumt, obwohl gemäß Punkt 3 der Ausschreibungsunterlagen vielmehr „angesichts der vollumfänglich auszufüllenden Eigenerklärung [...] vorerst von der Vorlage von Nachweisen über das Vorhandensein der Zuverlässigkeit abgesehen werden konnte.“ Eine entsprechende Festlegung finde sich auch zur Befugnis (siehe Punkt 4.1 zweiter Absatz der Ausschreibungsunterlagen).

Die Auftraggeberin hätte, wäre sie nach Prüfung des Angebots der Antragstellerin der Ansicht gewesen, dass die Antragstellerin noch nicht alle erforderlichen Nachweise vollständig vorgelegt hatte, zunächst einmal verpflichtet gewesen, die Antragstellerin zur Vorlage entsprechender Nachweise aufzufordern. Das Schreiben der Auftraggeberin vom 07.07.2021 müsse somit - unabhängig von dessen Bezeichnung (falsa demonstratio non nocet) - als erstmalige Aufforderung zur Nachreichung (angeblich) fehlender Nachweise qualifiziert werden. Die Antragstellerin habe die fehlenden Nachweise am 23.07.2021 vorgelegt. Bei den nachgereichten Unterlagen handle es sich nicht um Mängelbehebungen des Angebots iSd § 138 BVergG 2018, sondern um die erstmalige Vorlage von Eignungsnachweisen nach entsprechender Aufforderung durch die Auftraggeberin iSd § 80 Abs. 3 BVergG 2018.

Der Antragstellerin sei danach keine Gelegenheit gegeben worden, die vorgelegten - nach Auffassung der Auftraggeberin mangelhaften - Nachweise zu verbessern bzw. zu vervollständigen. Vielmehr sei ihr bereits mehrere Tage später die Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin bekannt gegeben worden. Damit habe die Auftraggeberin gegen § 138 BVergG 2018 verstoßen.

Weiters hätte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Gelegenheit geben müssen, die von ihr zunächst bekannt gegebenen Subunternehmer auszutauschen, zumal in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen in Punkt 1.14. die Zulässigkeit eines Subunternehmerwechsels und die Vorgangsweise festgehalten sei. Die Ablehnung des Subunternehmerwechsels dürfe nur aus sachlichen Gründen erfolgen. Die Verpflichtung der Auftraggeberin, der Antragstellerin diesen Austausch während des Vergabeverfahrens nach Ablehnung der namhaft gemachten Subunternehmer auch zu ermöglichen, ergebe sich ausdrücklich aus der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Dieser habe in der Rechtssache C-210/20 „Rad Service“ die Unzulässigkeit des Ausscheidens des

Angebots eines Bieters wegen Vorliegens eines Ausschlussgrunds bei dessen eignungsrelevantem Subunternehmer „ohne dem Bieter in einem solchen Fall vorschreiben oder zumindest gestatten zu dürfen, dieses Unternehmen zu ersetzen“ ausgesprochen. Selbst wenn die Auftraggeberin - in concreto unrichtigerweise - die fehlende Befugnis oder Zuverlässigkeit eines Subunternehmers erkenne, sei sie demnach aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichtet, den Bieter vor einem Ausscheiden - bei sonstiger Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung - zum Austausch des Subunternehmers aufzufordern.

Da die Auftraggeberin der Antragstellerin diesen Austausch nicht ermöglicht habe, habe sie ihre Ausscheidensentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.

Beantragt werde daher die Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 30.7.2021, die Gewährung von Akteneinsicht in den vorzulegenden Vergabeakt und der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren.

Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag die Entrichtung der Pauschalgebühren nicht nachgewiesen hatte, wurde sie vom Gericht aufgefordert, diesen Nachweis nachzureichen. Der Nachweis wurde von der Antragstellerin vorgelegt. Die Antragstellerin führte zur Höhe der entrichteten Pauschalgebühren aus:

„Beim Auftragsgegenstand handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 7 BVergG 2018; die Vergabe erfolgt gemäß den Ausschreibungsunterlagen im Oberschwellenbereich. Gemäß §§ 14, 18 Abs 1 WVRG 2020 in Verbindung mit § 1 Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 - WVPVO 2020 beträgt die Pauschalgebühr bei Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich für den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung grundsätzlich EUR 2.160,00. Die Antragstellerin geht mangels Bekanntgabe des geschätzten Auftragswertes von einem solchen oberhalb des 40-fachen Schwellenwertes aus. Gemäß § 2 Abs 3 WVPVO 2020 beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr daher das Neunfache der gemäß § 1 WVPVO 2020 festgesetzten Gebühr und sohin EUR 19.440,00.“

Der Nachprüfungsantrag wurde der Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, eine Stellungnahme abzugeben. Die Auftraggeberin legte den Vergabeakt vor und gab mit Schriftsatz vom 13.8.2021 eine Stellungnahme ab, in der sie zunächst ausführte, dass es sich gegenständlich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem 2. Teil des Bundesvergabegesetzes 2018 und um einen Dienstleistungsvertrag handelt. Die Auftraggeberin gab weiters den geschätzten Auftragswert für die Lose 1 bis 6 bekannt.

Inhalt des Dienstleistungsauftrages sei der Betrieb von Kraftfahrlinienverkehren nach dem KfVG in Niederösterreich und Wien nach den Fahrplanvorgaben der Auftraggeberin. Der Auftrag sei in sieben Lose unterteilt, von denen die Lose 1 bis 6 Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens seien. Die Lose würden getrennt vergeben. Den Bietern sei es freigestanden, ein Angebot für ein, mehrere oder alle Lose abzugeben. Das Vergabeverfahren befinde sich im Stadium der Angebotsöffnung (Angebotsöffnung am 11.6.2021). Die Vergabe erfolge nach dem Bestbieterprinzip.

In der bestandsfesten Ausschreibung (Letztstand der 4. Fragebeantwortung) seien folgende Festlegungen getroffen worden:

„1.8 Vollständigkeit und Inhalt der Angebote

Die Angebote müssen, um vollständig zu sein, alle in den Ausschreibungsunterlagen (einschließlich aller An- und Beilagen) enthaltene Vorgaben und Anforderungen abdecken.

Soweit nicht anders angegeben, sind sämtliche Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen als MUSS-Kriterien zu verstehen. Wird ein MUSS-Kriterium im Angebot nicht erfüllt, stellt dies einen Ausscheidensgrund nach § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG dar.

(...)

In der Folge stellt die Auftraggeberin die Festlegungen in der Ausschreibung hinsichtlich der Heranziehung von Subunternehmern und hinsichtlich des Nachweises des Fehlens von Ausschlussgründen dar.

Die Auftraggeberin führt weiters aus, dass die Antragstellerin am 1.6.2021 fristgerecht ein Angebot für alle Lose abgegeben habe. Die Antragstellerin konnte die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit selbst nicht erfüllen und habe daher zur Gewährleistung der in Punkt 4.3.2.1 der Ausschreibung geforderten Personalausstattung

zwei Subunternehmer genannt. Dabei handle es sich um P. d.o.o. R., Bosnien Herzegovina (P.) und S. d.o.o., Bosnien Herzegovina (S.).

Die Antragstellerin habe für ihre Subunternehmer folgende Unterlagen vorgelegt:

P.:

? Übersetzung eines Auszugs aus dem bosnischen Gerichtsregister vom 26.5.2021 betreffend den Unternehmensgegenstand (Unter: „Im Außenhandel“: „Dienstleistung des internationalen Transports von Waren und Passagieren“)

Zur Befugnis:

? Konzessionsurkunde des BMK zur GZ ... zur Linie U. – Q. – Wien ... vom 23.10.2020 bis zum 19.2.2024

? Beglaubigte Übersetzung aus dem Bosnischen der Lizenz Nr. ... des Ministeriums für Kommunikation und Verkehr zur Durchführung des internationalen Linienpassagiertransportes im Straßenverkehr von 25.7.2018 bis 25.7.2029

? Beglaubigte Übersetzung aus dem Bosnischen der Lizenz Nr. ... des Ministeriums für Kommunikation und Verkehr zur Durchführung des internationalen Linienpassagiertransportes für den Teil über das Territorium Bosnien – Herzegowinas (U. – Ab.) der internationalen Strecke U. – Wien im Straßenverkehr bis 18.2.2024.

Zur beruflichen Zuverlässigkeit seien folgende Unterlagen vorgelegt worden:

? Hinsichtlich P.: kein rechtskräftiges Urteil für Straftaten der organisierten Kriminalität, Korruption, Betrug oder Geldwäsche im Strafverfahren; Bescheinigung des Bezirksgerichtes R. vom 14.4.2021

? Hinsichtlich P.: Slowenien HR-Nr.: ... Registerauskunft für Verbände der öst. Zentralen Staatsanwaltschaft vom 28.4.2021

? Hinsichtlich P.: kein rechtskräftiges Urteil für Straftaten der organisierten Kriminalität, Korruption, Betrug oder Geldwäsche im Strafverfahren; Bescheinigung des Gerichts für Bosnien-Herzegowina vom 19.4.2021

? Hinsichtlich P.: (Bosnien und Herzegowina; JIB: ..., Registerauskunft für Verbände der öst. Zentralen Staatsanwaltschaft vom 27.4.2021 – keine Verurteilung)

Hinsichtlich des Subunternehmers S. seien folgende Unterlagen vorgelegt worden:

? Übersetzung eines Auszugs aus dem bosnischen Gerichtsregister vom 26.5.2021 betreffend den Unternehmensgegenstand (Unter „Im Außenhandel“: „Dienstleistung des internationalen Transports von Waren und Passagieren“)

Zur Befugnis seien folgende Unterlagen vorgelegt worden:

? Konzessionsurkunde des BMVIT zur GZ ... zur Linie T. – Q. – Wien (unvollständig)

? Beglaubigte Übersetzung aus dem Bosnischen der Lizenz Nr. ... des Ministeriums für Kommunikation und Verkehr zur Durchführung des internationalen Linienpassagiertransportes im Straßenverkehr vom 25.7.2018 bis 25.7.2029

? Fahrplan ausgestellt vom BMVIT vom 27.7.2016

? Preisliste für internationalen Kraftfahrlinienverkehr

? Beglaubigte Übersetzung aus dem Bosnischen der Lizenz Nr. ... des Ministeriums für Kommunikation und Verkehr zur Durchführung des internationalen Linienpassagiertransportes im Straßenverkehr bis 19.1.2025

? Beglaubigte Übersetzung aus dem Bosnischen der Lizenz Nr. ... des Ministeriums für Kommunikation und Verkehr zur Durchführung des internationalen Linienpassagiertransportes für den Teil über das Territorium Bosnien – Herzegowinas (T.-Ac. – Ad.) der internationalen Strecke T. – Wien im Straßenverkehr bis 26.7.2021.

Zur beruflichen Zuverlässigkeit seien folgende Strafregisterauskünfte vorgelegt worden:

? S. DOO – kein rechtskräftiges Urteil hinsichtlich krimineller Organisation wegen Korruption, Betrug oder Geldwäsche; Bescheinigung des Bezirksgerichts T. vom 18.3.2021 (beglaubigte Übersetzung)

? kein rechtskräftiges Urteil für Straftaten der organisierten Kriminalität, Korruption, Betrug oder Geldwäsche im Strafverfahren; Bescheinigung des Gerichts für Bosnien-Herzegowina vom 22.3.2021

? Hinsichtlich S. DOO T. JIB ...: (Bosnien- Herzegowina; JIB: ..., Registerauskunft für Verbände der öst. Zentralen Staatsanwaltschaft vom 28.4.2021 – keine Verurteilung)

Nachweise gemäß Punkt 4.1.2. der Ausschreibung wurden von den Subunternehmern nicht vorgelegt.

Am 7.7.2021 habe die Auftraggeberin die Antragstellerin aufgefordert, Unterlagen nachzureichen, aus denen hervorgeht, dass die Subunternehmer auch zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit herangezogen werden und damit (für die Lose 1 bis 6) notwendige Subunternehmer seien. Verlangt worden sei weiters eine Aufklärung zur konkreten Mitarbeiterzahl aufgeschlüsselt nach Subunternehmern. Weiters sei die Auftraggeberin aufgefordert worden, eine Aufklärung und Nachweise zur Befugnis der Subunternehmer nachzureichen, nachdem die vorgelegten Unterlagen keinen Nachweis für eine Leistungserbringung ausschließlich in Österreich enthielten.

Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin auch aufgefordert, den Unternehmensgegenstand der Subunternehmer nachzuweisen, zumal dieser laut den vorgelegten Unterlagen außerhalb von Bosnien – Herzegowina nur zu grenzüberschreitenden (internationalen) Passagiertransporten berechtige.

Schließlich sei die Antragstellerin aufgefordert worden, Unterlagen vorzulegen, aus denen sich ergebe, dass hinsichtlich der Subunternehmer (Personen und Unternehmen) kein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 vorliege.

Am 23.7.2021 habe die Antragstellerin fristgerecht Nachweise nachgereicht und Aufklärungen erteilt.

Die Auftraggeberin führte in ihrer Stellungnahme vom 13.8.2021 weiters aus, die Antragstellerin habe mit der Stellungnahme einen Mietvertrag angeschlossen zwischen Af. und Ag. A. einerseits und P. und S. andererseits vom 31.5.2021 über die Miete von zwei Räumlichkeiten des Gebäudes in A-... W., X., an 1.4.2022 vorgelegt. Dieser Mietvertrag enthalte die aufschiebende Bedingung der Auftragserteilung. UID-Nummern der Subunternehmer seien nicht vorgelegt worden.

Mit Schreiben vom 30.7.2021 sei das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Lose 1 bis 6 ausgeschieden worden. Diese Entscheidung sei damit begründet worden, dass die Eignung der Antragstellerin mangels Befugnis der notwendigen Subunternehmer zur ausgeschriebenen innerösterreichischen Leistungserbringung nicht vorliege (§ 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018). Weiters seien die von den Subunternehmern angebotenen Leistungen nicht von deren Unternehmensgegenstand umfasst. Es fehle die Berechtigung zur Durchführung von Kraftfahrlinienverkehren. Damit sei die Antragstellerin gemäß § 141 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 BVergG 2018 auszuschneiden. Schließlich fehle der Nachweis des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen hinsichtlich der notwendigen Subunternehmer (§ 141 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 BVergG 2018).

Zum Nachprüfungsantrag sei Folgendes auszuführen:

Zunächst fehlte den von der Antragstellerin bekannt gegebenen Subunternehmern die Befugnis. Die Auftraggeberin habe zum Nachweis der Befugnis von Unternehmen aus Drittstaaten keine spezifischen Festlegungen getroffen. Es würden daher die Bestimmungen des § 8 Abs. 1 KfVG gelten, zumal eine Gleichstellung von Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat nach dem KfVG nicht vorgesehen sei (anders, als für Unternehmen mit Sitz in der EU und im EWR). Auch sei die Ausstellung von Berechtigungen für die Durchführung von innerösterreichischem Verkehr durch Unternehmen aus Drittstaaten nicht vorgesehen.

Die Ausübung des Berufes des Personenkraftverkehrsunternehmers setze somit eine Genehmigung voraus, wofür wiederum eine tatsächliche und dauerhafte Niederlassung im Inland benötigt werde. Die von der Antragstellerin vorgelegten Konzessionsurkunden ihrer Subunternehmer würden diese lediglich zu grenzüberschreitenden Verkehrsdienstleistungen berechtigen. Ein Nachweis, dass eine Berechtigung gemäß § 8 Abs. 1 KfVG vorliege, sei trotz Aufforderung nicht erbracht worden.

Anders als bei innerstaatlichen Konzessionen würden grenzüberschreitende Konzessionen auf der Reziprozität mit dem anderen Staat beruhen. So würde jeder Staat die Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit und fachliche Eignung des Unternehmens mit Sitz im anderen Staat anerkennen; ein Sitz im Inland sei daher für grenzüberschreitende Verkehre nicht erforderlich. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 KfVG werde daher von der Behörde auch nicht geprüft. Aus dem Vorliegen einer Konzession für grenzüberschreitende Verkehrsleistungen könne daher keinesfalls auf das Vorliegen der Voraussetzungen für innerösterreichische Verkehrsleistungen geschlossen werden.

Vorliegend fehle den Subunternehmern die tatsächliche und dauerhafte Niederlassung im Inland. Die vorgelegten Mietverträge würden erst ab 1.4.2022 beginnen und seien durch die Auftragserteilung aufschiebend bedingt. Damit handle es sich nicht um eine „tatsächliche“ Niederlassung im Sinne des KfIG. Eine behördliche Prüfung und Zulassung der Subunternehmer zum Beruf des Personenverkehrsunternehmers sei bis dato noch nicht erfolgt und könne von der Auftraggeberin nicht durchgeführt werden. In der Anwendung des § 8 Abs. 1 KfIG liege keine unzulässige Benachteiligung der Antragstellerin, da diese ihren Sitz nicht in der EU bzw. im EWR habe.

Die Eignung der Bieter (und allfälliger Subunternehmer) habe im offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorzuliegen. Hinzuweisen sei auch auf die entsprechenden Festlegungen in der Ausschreibung. Da der Antragstellerin die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung gefehlt habe, hätte die Auftraggeberin sie ausscheiden müssen.

Zur Argumentation der Antragstellerin betreffend einen Austausch der Subunternehmer sei festzuhalten, dass ein solcher Austausch zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt hätte, zumal die geltend gemachten Subunternehmer zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung die Eignung nicht aufgewiesen hätten. Die Antragstellerin hätte im Falle eines Subunternehmertausches die Möglichkeit, in Kenntnis der Angebote der anderen Bieter geeignete Unternehmen anzusprechen. Sie hätte auch mehr Zeit für die Ausarbeitung ihres Angebotes, als die anderen Bieter. Aus diesem Grund sei es der Auftraggeberin verwehrt, einem Tausch zuzustimmen.

Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes liege nicht vor, da die Subunternehmer ihren Sitz nicht in der EU bzw. im EWR hätten. Dies sei der Antragstellerin auch bekannt gewesen, als sie diese Unternehmen als Subunternehmer ausgewählt hätte.

Die aus den vorgelegten Unterlagen ersichtlichen Unternehmensgegenstände der Subunternehmer würden sich eindeutig nur auf internationale Transporte im Außenhandel beziehen und rein innerstaatliche Personentransportleistungen nicht einschließen. Eine solche Berechtigung ergebe sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin auch nicht aus dem von ihr vorgelegten Rechtsgutachten. Die Subunternehmer seien auch nach bosnisch-herzegowinischem Recht nicht berechtigt, rein innerösterreichische Personentransportleistungen vorzunehmen.

Die Antragstellerin habe weiters das Nichtvorliegen der gesetzlich normierten und in der Ausschreibung festgelegten Ausscheidensgründe hinsichtlich der von ihr geltend gemachten Subunternehmer nicht nachgewiesen. Die vorgelegten Nachweise würden nicht alle in Punkt 3.1.lit a der Ausschreibung festgehaltenen Straftatbestände umfassen. Es würde eine unzulässige Ungleichbehandlung der Antragstellerin gegenüber den anderen Bietern darstellen, wollte die Auftraggeberin die vorgelegten Nachweise als ausreichend akzeptieren und vom Nachweis der fehlenden Bestätigungen absehen.

Eine weitere Aufforderung der Antragstellerin zur Verbesserung bzw. zur Nachreichung von Unterlagen hätte zu unterbleiben gehabt, da das Aufforderungsschreiben vom 7.7.2021 kein Vorgehen nach § 80 Abs. 3 BVergG 2018 dargestellt habe. Die Antragstellerin hätte bereits mit dem Angebot alle relevanten bzw. zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Unterlagen vorgelegt. Da die von der Auftraggeberin mit dem Schreiben vom 7.7.2021 verlangten Unterlagen offenbar zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht vorgelegen seien, habe es sich um unbehebbar Mängel gehandelt; eine weitere Aufforderung sei nicht erforderlich gewesen.

Die Auftraggeberin beantragte nach Hinweis auf die Vorlage einer geschwärzten Fassung der Stellungnahme für die Antragstellerin, der Antragstellerin nur in die Teile des Vergabeaktes Einsicht zu gewähren, die keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse enthalten. Sie beantragte weiters, die Anträge der Antragstellerin zurück- bzw. abzuweisen.

Mit Replik vom 27.9.2021 ergänzte die Antragstellerin ihr Vorbringen zusammengefasst dahingehend, dass die Rechtsansicht der Auftraggeberin, wonach eine Benachteiligung von Drittstaatsangehörigen gegenüber österreichischen oder EU/EWR-Unternehmen nicht geltend gemacht werden könne, weil für die betroffenen Subunternehmer aus Bosnien-Herzegowina nicht die EU-Grundfreiheiten gelten würden, unzutreffend sei. Gemäß § 20 Abs 2 BVergG 2018 würden Unternehmer, denen Zugang zu einem Vergabeverfahren gewährt wurde, ab dem Zeitpunkt des Zugangs zum Vergabeverfahren dieselben Rechte wie ein inländisches Unternehmen genießen (ErläutRV 69 BlgNR 25. GP 53). Auch Subunternehmer würden nach der Legaldefinition des § 2 Z 24 BVergG 2018 als Unternehmer gelten und kämen in den Genuss dieser Regelung. Es sei somit Wille des Gesetzgebers, dass

Drittstaatsangehörige, die Zugang zu einem Vergabeverfahren in der EU erhalten haben, wie Mitgliedsstaatsunternehmer in den Genuss der EU-Grundfreiheiten kommen. Die Antragsgegnerin habe den Zugang von Drittstaatsunternehmern in den Ausschreibungsunterlagen nicht beschränkt und somit deren Beteiligung am Vergabeverfahren zugelassen. Für die Subunternehmer der Antragstellerin würden die für Bieter und Subunternehmer aus der EU/dem EWR getroffenen Festlegungen in der Ausschreibung gelten. Damit müssten die beiden Subunternehmer ihre Befugnis nicht zwingend nach den in Punkt 4.1.2. für inländische Unternehmer getroffenen Festlegungen erfüllen, sie benötigten keine tatsächliche und dauerhafte Niederlassung in Österreich.

Es handle sich bei den ausgeschriebenen Leistungen auch nicht um ein reglementiertes Gewerbe gemäß 94 GewO oder eine einem freien Gewerbe unterliegende Tätigkeit. Daher sei auch die Vornahme einer Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a GewO nicht erforderlich. Die mit dem Angebot der Antragstellerin übermittelten Informationen seien daher zum Nachweis der Eignung ausreichend und die Subunternehmer der Antragstellerin geeignet.

Mit ihrer Vorgehensweise verletze die Antragsgegnerin weiters das Recht der Antragstellerin als österreichische Unternehmerin auf Durchführung eines Vergabeverfahrens unter Sicherstellung eines fairen und nichtdiskriminierenden Wettbewerbs und verhindere einen gesunden Wettbewerb durch Hinzuziehung neuer Subunternehmer. Die ausgeschriebenen Leistungen fänden sehr wohl Deckung im Unternehmensgegenstand der Subunternehmer.

Auch läge die Zuverlässigkeit der Subunternehmer vor, da laut Punkt 3.2. der Ausschreibung nur für die Bieter Strafregisterbescheinigungen und Verbandsauskunft vorlegen müssten. Für die Subunternehmer sei gemäß Punkt 3.3. der Nachweis in der Subunternehmererklärung zu führen. Es reiche eine Eigenerklärung aus, vorgelegt werden könnten aber Strafregisterbescheinigungen bzw. die Registerauskunft für Verbände. Die Vorgaben des Punktes 3.2. seien für Subunternehmer nicht maßgeblich. „Bzw.“ sei als „oder“ auszulegen. Die Antragstellerin hätte somit die erforderlichen Unterlagen vorgelegt.

Ferner widerspreche die Verweigerung des Austausches der von der Auftraggeberin als unzureichend erachteten Subunternehmer dem EU-Recht. Verwiesen werde auf Art. 63 Abs. 1 UAbs. 2 S 2 Vergaberichtlinie 2014/24/EU und die dazu ergangene Entscheidung des EuGH zur Zahl C-210/20. Aus dieser Entscheidung ergebe sich, dass die Auftraggeberin, wäre sie korrekt vorgegangen, der Antragstellerin zunächst die Möglichkeit zu geben gehabt hätte, Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, um die festgestellten Unregelmäßigkeiten zu beheben und um nachzuweisen, dass die Antragstellerin von Neuem als geeignetes Unternehmen angesehen werden kann. Im zweiten Schritt könne bzw. müsse – bei Vorliegen einer Verpflichtung – der öffentliche Auftraggeber vom Bieter verlangen, dass er das betroffene Unternehmen ersetze, wenn der Bieter keine Abhilfemaßnahmen setze oder der öffentliche Auftraggeber die vom Bieter getroffenen Maßnahmen für unzureichend erachte.

Die Auftraggeberin habe diese Vorgangsweise nicht gewählt. Sie habe der Antragstellerin hinsichtlich der bereits mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen keine Verbesserungsmöglichkeit eingeräumt, obwohl sie der Antragstellerin aufgrund des bloßen Ankreuzens im Formblatt „UNT“ keinen objektiven Erklärungswert unterstellen hätte dürfen, wonach die Antragstellerin auf ihr Recht zur gesonderten Aufforderung verzichtet habe. Sie habe der Antragstellerin auch nicht die Möglichkeit zum Austausch der Subunternehmer gegeben. Die Rechtsansicht der Auftraggeberin, wonach in einem Austausch der Subunternehmer eine Wettbewerbswidrigkeit läge, sei durch die o.a. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes, die sich auf die Vergaberichtlinie 2014 stütze, überholt. Schließlich habe die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen für alle Bieter in transparenter und vorhersehbarer Weise ausdrücklich die Möglichkeit eines Subunternehmertauschs vorgesehen.

Die Ausscheidensentscheidung sei daher mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Der Replik ist das E-Mail der Antragstellerin an die Auftraggeberin vom 17.8.2021 angeschlossen, in dem die Antragstellerin unter Hinweis auf das Judikat des Europäischen Gerichtshofes zur Zahl C 210/20 den Austausch der Subunternehmer anbietet und auch einen konkreten (Ersatz-)Subunternehmer nennt. Sie verweist weiters darauf, dass „mit diesem Angebot sämtliche erforderlichen Nachweise und Dokumente zur Prüfung der neuen Subunternehmerin“ übermittelt würden.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 29.9.2021 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

„Festgehalten wird, dass in der gegenständlichen Ausschreibung für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine bestimmte Personalausstattung für die vergangenen Geschäftsjahre als erforderlich festgelegt ist. Die AST erfüllt diese Voraussetzung selbst nicht (vollständig). Die von ihr geltend gemachten Subunternehmer ersetzen diese Personalausstattung. Sollte die Heranziehung dieser Subunternehmer zulässig sein, so wäre die erforderliche Personalausstattung nachgewiesen. Die geltend gemachten Subunternehmer sind daher notwendige Subunternehmer.

Die AST verweist zur Frage des Vorliegens der Befugnis für die Durchführung der von den Subunternehmern zu übernehmenden Personentransportleistungen auf ihr schriftliches Vorbringen und ergänzt, dass ihrer Ansicht nach für Drittstaaten die Voraussetzungen des § 8 Kraftfahrliniengesetz nicht erfüllt sein müssen.

Die AG führt dazu aus, dass sie bis dato keine Bieter aus Drittstaaten gehabt hätte. Bei Bietern aus der EU sei die Gründung einer Niederlassung in Österreich erst nach der Auftragserteilung akzeptiert worden. Bei Bietern aus Drittstaaten sei dies nicht der Fall. Diese müssten nach Ansicht der AG dieselben Voraussetzungen erfüllen, wie Bieter die ihren Sitz in Österreich haben. Diesbezüglich sei auf § 8 Kraftfahrliniengesetz zu verweisen.

Auf die Frage, ob zwischen Österreich und Bosnien-Herzegowina eine völkerrechtliche Vereinbarung hinsichtlich der Vergabeverfahren besteht, teilt die AG mit, dass Bosnien-Herzegowina nicht Mitglied des GPA-Abkommens sei.

Die AST teilt mit, dass aus ihrer Sicht die Gleichbehandlungspflicht aus vergaberechtlichen Grundsätzen resultiere, wie dies im letzten Schriftsatz dargestellt sei. Man habe versucht, hinsichtlich der Subunternehmer eine Dienstleistungsanzeige zu erstatten und habe vom Ministerium die Auskunft bekommen, dass dies für Drittstaaten (nicht Mitglied der EU bzw. des EWR) nicht möglich sei. Ein Ausschluss von Bietern, die ihren Sitz in Drittstaaten hätten, würde daher eine Ungleichbehandlung gegenüber solchen Bietern darstellen, die ihren Sitz in einem EU Mitglied hätten.

Die AG teilt mit, dass die AST hinsichtlich der Subunternehmer keine Zulassung gemäß § 8 Kraftfahrliniengesetz vorgelegt habe.

In der Folge wird erörtert, in wie fern das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen hinsichtlich der Subunternehmer ausschreibungskonform nachgewiesen wurde.

Hinsichtlich der Verbandsauskunft zu den Subunternehmern wird auf den Vergabeakt und die Schriftsätze der Parteien im Nachprüfungsverfahren verwiesen.

Herr I. P., Herr O. P. und Herr Y. Z. sind nach Angaben der AST Leitungs- und Aufsichtsorgane der Subunternehmerinnen. Aus diesem Grund wurden auch für sie, wie in der Ausschreibung gefordert, Strafregisterauskünfte vorgelegt.

Auf Frage, ob die Strafregisterauskünfte hinsichtlich Delikten, die mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind und vom bosnischen Innenministerium ausgestellt werden, erst im Zuge des Aufklärungsverfahrens (über Aufforderung der AG) beigebracht und vorgelegt wurden, teilt die AST mit, dass dies zutrifft. Hinsichtlich der Vorlage habe sich die Stellungnahme der AST und die der von ihr beauftragten bosnischen Rechtsanwälte, die die bosnische Rechtslage überprüfen sollten, überschritten.

Die AST bringt zum Nachweis, dass hinsichtlich der Subunternehmer kein Ausschlussgrund vorlag, vor, dass für den Fall, dass im Sitzstaat der Bieterin unterschiedliche Straftatbestände zu den in der österreichischen Rechtsordnung geregelten normiert wären, § 82 Abs. 4 BVergG die Möglichkeit der Vorlage einer eidesstattlichen Erklärung vorsehe. Mit dieser eidesstattlichen Erklärung (die erst nach Aufforderung der AG nach Angebotsöffnung vorgelegt worden sei) werde ein Sachverhalt zu einem bestimmten Zeitpunkt bestätigt. Vorliegend werde bestätigt, dass die bekanntgegebenen Leitungs- und Aufsichtsorgane keine relevanten Vorverurteilungen aufweisen würden bzw. aufgewiesen hätten.

Die AG bringt dazu vor, dass es sich bei § 82 Abs. 4 BVergG um eine Kann-Bestimmung handeln würde. Es sei keine Festlegung getroffen worden, wonach eine eidesstattliche Erklärung ausreichen würde.

Die AST bringt zur Frage, wie die Formulierung in der Subunternehmererklärung zu verstehen sei, wonach die Subunternehmer hinsichtlich der dort angeführten Unterlagen von der Möglichkeit Gebrauch machen, diese bereits mit der Subunternehmererklärung vorzulegen, Folgendes vor: Diese Formulierung könne nicht so verstanden werden,

dass ein Bieter bzw. ein Subunternehmer mit der Auswahl durch Anbringung eines Hakerls, dass er Unterlagen bereits mit der Subunternehmererklärung vorlegen wolle, darauf verzichte, von der AG zur Vorlage der Unterlagen aufgefordert zu werden, die den Nachweis der in der Eigenerklärung bekanntgegebenen Tatsachen dienen sollen. Es handle sich hier um eine Wissenserklärung und nicht um eine Willenserklärung. Die Wissenserklärung könne falsch sein. Dadurch dürfe der Bieter nicht in seinen Rechten beschnitten werden. Aus diesem Grund habe die AST die entsprechenden Hakerln gesetzt und die Unterlagen, die bereits vorhanden waren vorgelegt. Man sei davon ausgegangen, dass zunächst eine Aufforderung der AG zur Vorlage fehlender Unterlagen und erst dann eine Aufforderung zur Richtigstellung erfolgen werde. Die Ausgestaltung des Formulars lasse offen, wie vorzugehen sei, wenn von einem geforderten Unterlagenkonvolut nur einige Unterlagen vorgelegt würden.

Die AG entgegnet, dass de facto die Unterlagen vorgelegt worden seien, die sich aus dem Prüfbericht ergäben. Hinsichtlich des Fehlens aller Ausscheidensgründe und hinsichtlich des Vorliegens der Befugnis seien zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht alle Unterlagen vorgelegen. Es habe sich daher um einen nichtverbesserbaren Mangel gehandelt. Damit habe sich für die AG die Frage nicht gestellt, ob die AST die Unterlagen nachträglich vorlegen bzw. die Nachweise verbessern könne. Durch die Stellungnahme der AST auf das Aufklärungsersuchen der AG habe sich herausgestellt, dass die in der Ausscheidensentscheidung genannten Unterlagen nicht vorhanden gewesen seien.

Die AG bringt zur Frage, ob aus ihrer Sicht der Austausch der von der AST geltend gemachten Subunternehmer zulässig gewesen wäre, Folgendes vor: Wenn man der Argumentation der AST folgen wolle, so müsste der Austausch von Subunternehmern durch einen Bieter jederzeit zulässig sein, und zwar auch dann, wenn dieser Bieter von Anfang an wisse, dass der von ihm geltende gemachte Subunternehmer die Eignung nicht aufweise. Selbst wenn man davon ausgehe, dass auch notwendige Subunternehmer vom Bieter ausgewechselt werden dürfen, müsse diesbezüglich eine Grenze eingezogen werden. Diese müsse einerseits darin liegen, dass dem Bieter zumutbar sei, die Eignung seines Subunternehmers zu überprüfen. In dem von der AST herangezogenen Verfahren C-210/20 sei es dem Bieter nicht möglich gewesen die Verlässlichkeit seines Subunternehmers zu überprüfen. Vorliegend wäre es der AST jedoch durchaus möglich gewesen zu prüfen, ob die von ihr geltend gemachten Subunternehmer die Befugnis für die Erbringung der von ihnen übernommenen Leistungen gehabt hätten.

Die Richtlinie gebe für das Vorliegen der Eignung keinen Zeitpunkt vor und unterscheide nicht zwischen verschiedenen Vergabeverfahren. Im vorliegenden Fall sei in der Ausschreibung nochmals ausdrücklich festgehalten worden, dass die Eignung zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen müsse, andernfalls das Angebot auszuschneiden sei.

Die AST verweist auf die Festlegung in der Ausschreibung, wonach während und nach dem Vergabeverfahren ein Wechsel des Subunternehmers mit Zustimmung der AG zulässig sei. Sie sei davon ausgegangen, dass dies auch im vorliegenden Fall gelte und habe auf die Aufforderung der AG hin einen Subunternehmerwechsel angeboten. Es sei ein konkreter Subunternehmer genannt worden und diesbezüglich seien auch die erforderlichen Unterlagen zwecks Prüfung durch die AG vorgelegt worden.

Die AST bringt ergänzend vor, dass die Entscheidung des EuGHs zur Zahl C-210/20 generell formuliert sei und nicht nach einzelnen Vergabeverfahren differenziere. Es ergeben sich daher keine Ansätze, dass die dort dargelegten Grundsätze nicht auch im vorliegenden Verfahren anzuwenden seien.

Der Zeitpunkt, zudem die Eignung vorliegen müsse, spiele insofern keine Rolle, als der Austausch des Subunternehmers im Sinne des Artikel 63 Abs. 1, 2. Unterabsatz der Vergaberichtlinie immer nach der Prüfung des Angebotes durch die AG und die Feststellung, dass der Subunternehmer nicht die erforderlichen Voraussetzungen habe, erfolge.

Es treffe zu, dass beim Austausch von Subunternehmern eine Grenze im Sinne des Willkürverbotes eingezogen werden müsse. Im vorliegenden Fall sei es der AST jedoch nicht zuzumuten gewesen, das Vorliegen der Befugnis der Subunternehmer abschließend rechtlich zu beurteilen, da es sich im Hinblick auf die staatsübergreifende Gestaltung um eine komplizierte Rechtslage handle.

Die AG ergänzt, dass es gegen die Gleichbehandlung verstoßen würde, wenn im vorliegenden Fall ein Austausch der Subunternehmer zugelassen werden würde. Ein solches Vorgehen wäre weiters unverhältnismäßig.

Auf die Frage aus dem Senat zum Verhältnis der Tätigkeitsinhalte von internationalem Kraftfahrlinienverkehr und nationalem Kraftfahrlinienverkehr gibt die AST an, aus ihrer Sicht sei der nationale Verkehr schlicht einfacher als der internationale Verkehr. Die Anforderungen seien also nicht andere, sondern geringere.

Die AG bestreitet dies. Die Ausschreibung stelle eine Reihe von gezielten Anforderungen, von denen nicht bekannt sei, ob diese beim internationalen Kraftfahrlinienverkehr Standard seien.

Auf Frage aus dem Senat an die AST, ob die AST die Unmöglichkeit für Drittstaatsunternehmer eine Dienstleistungsanzeige zu erstatten, von der AST so verstanden wird, dass der jeweilige Auftraggeber im jeweiligen Vergabeverfahren sinngemäß die inhaltliche Prüfung anstatt des Ministeriums durchzuführen hätte, gibt die AST an:

Die Unmöglichkeit, eine Dienstleistungsanzeige zu erstatten, könne jedenfalls nicht zu Lasten des jeweiligen Bieters gehen. Dies sei allerdings der Fall, wenn in diesen Fällen der Bieter ausgeschieden würde. Es wäre dem Auftraggeber freigestanden, in den Ausschreibungsunterlagen für diesen Fall Festlegungen zu treffen.

Die AG bestreitet dies und verweist darauf, dass diesbezüglich gesetzliche Regelungen bestehen.

Die AST bringt abschließend vor, dass der Ausspruch des EuGH in der Entscheidung C-210/20, wonach durch den Austausch des Subunternehmers keine Änderung im Angebot erfolgen dürfe, hier nicht einschlägig sei, da das Angebot der AST durch den Austausch der Subunternehmer unverändert bliebe. Verwiesen werde auf die Entscheidung C-91/08. In diesem Verfahren habe die Person, die die Subunternehmerleistungen erbringen sollte, den Ausschlag für den Zuschlag gegeben. Dies sei hier nicht der Fall. Der Subunternehmer übernehme zwar einen Leistungsteil, sei jedoch für die Bewertung des Angebotes nicht relevant.

Die Judikatur des EuGH sei im vorliegenden Fall insofern anwendbar, als durch die Entscheidung des EuGH der österreichische Bieter und nicht der bosnische Subunternehmer geschützt werden solle.

Die AG entgegnet, dass gerade im vorliegenden Verfahren die Möglichkeit, bekanntgegebene Subunternehmer nach Angebotsöffnung auszutauschen, zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen würde, da zwei Bieter öffentliche Auftraggeber seien und ihre Subunternehmerleistungen ausschreiben müssten. Ein allfälliger Austausch von Subunternehmern, die von diesem Unternehmen bekanntgegeben würden, wäre daher schon auf Grund der dafür erforderlichen Zeit nicht möglich. Damit würden Unternehmen, die keine öffentliche Auftraggeber sind, bevorzugt.

Die AST entgegnet, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Gleichbehandlung aller Bieter durch die AG aber nicht den Ausgleich von Ungleichheiten der Bieter bedeute.“

Aufgrund des Vergabeaktes, der im Nachprüfungsverfahren eingebrachten Schriftsätze und des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung steht über die bereits weiter oben ausgefü

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at