

TE Verg Bescheid 2013/5/21 VKS-280638/13

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.05.2013

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §74 Abs1

BVergG 2006 §141

1. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 74 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Mag. Franz Kellner, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe einer

"Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Personalbereitstellung", GZ: 5101.01905, durch die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Gebiet der Republik Österreich, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Mag. Franz Kellner, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe einer "Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Personalbereitstellung", GZ: 5101.01905, durch die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Gebiet der Republik Österreich, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, diese vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Wien möge die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Personalbereitstellung für nichtig erklären, dies zumindest hinsichtlich der in Punkt 6.4.1, Rz 71 vorgesehenen durchschnittlichen Mindestgesamtjahresumsätze, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 11.04.2013 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

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

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007, in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 6, 74 Abs. 1, 141 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007, in Verbindung mit Paragraphen 3, Absatz eins, 6, 74, Absatz eins, 141, BVergG 2006.

Begründung

Die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der §§ 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Gebiet der Bundesrepublik Österreich, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt nach § 141 BVergG 2006 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Bereitstellung von Leihpersonal gemäß dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Es handelt sich um die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen der Kategorie 22 des Anhanges IV zum BVergG 2006 (Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung; CPC-Referenz-Nr. 872). Die ausgeschriebenen Leistungen sind in vier Lose geteilt. Den Bietern steht es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle vier Lose anzubieten. Die Rahmenvereinbarung soll für die Dauer von drei Jahren mit einer Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 80%, die Qualität mit 20% gewichtet sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.4.2013, 10:00 Uhr. Die Angebotseröffnung sollte anschließend erfolgen. In den Ausschreibungsunterlagen ist als zuständige Vergabekontrollbehörde (Punkt 1.3) der Vergabekontrollsenat Wien genannt. Mit dem Los 1, dessen Umfang eindeutig mehr als die Hälfte des geschätzten Auftragswertes ausmacht, soll offenbar der Beschaffungsbedarf des Landes Wien gedeckt werden. Die Republik Österreich (Bund) sowie alle weiteren öffentlichen Auftraggeber im Sinne der Paragraphen 3, 164 und 165 BVergG 2006 im Gebiet der Bundesrepublik Österreich, vertreten durch die vergebende Stelle Bundesbeschaffung GmbH (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt nach Paragraph 141, BVergG 2006 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Bereitstellung von Leihpersonal gemäß dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Es handelt sich um die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen der Kategorie 22 des Anhanges römisch vier zum BVergG 2006 (Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung; CPC-Referenz-Nr. 872). Die ausgeschriebenen Leistungen sind in vier Lose geteilt. Den Bietern steht es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle vier Lose anzubieten. Die Rahmenvereinbarung soll für die

Dauer von drei Jahren mit einer Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 80%, die Qualität mit 20% gewichtet sind. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.4.2013, 10:00 Uhr. Die Angebotseröffnung sollte anschließend erfolgen. In den Ausschreibungsunterlagen ist als zuständige Vergabekontrollbehörde (Punkt 1.3) der Vergabekontrollsenat Wien genannt. Mit dem Los 1, dessen Umfang eindeutig mehr als die Hälfte des geschätzten Auftragswertes ausmacht, soll offenbar der Beschaffungsbedarf des Landes Wien gedeckt werden.

Mit dem am 8.4.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) eingelangten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung, hilfsweise "zumindest hinsichtlich der in Punkt 6.4.1, Rz 71 vorgesehenen durchschnittlichen Mindestgesamtjahresumsätze", Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin dazu aus, auch wenn es sich um ein Verfahren zur Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen nach § 141 BVergG 2006 handle, bedürften die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen "KO-Kriterien" einer sachlichen Rechtfertigung. Nach Punkt 6.4.1 Rz 71 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen werde von den Bietern der Nachweis eines durchschnittlichen Jahresumsatzes pro Los für die letzten drei Geschäftsjahre in einer Höhe begehrt, die nicht als angemessen zu den ausgeschriebenen Leistungen bezeichnet werden könnte. Im Verhältnis zu dem Auftragsvolumen sei der verlangte Nachweis der Jahresumsätze unsachlich hoch und diskriminierend. Dies gelte auch dann, wenn sich aufgrund der realistischer Weise einzusetzenden Faktoren das Produkt aus Stundenbedarf und Stundenlohn entsprechend erhöhe. Weiters sei zu berücksichtigen, dass Ziel des Vergabeverfahrens der Abschluss von Rahmenvereinbarungen je Los mit drei geeigneten Unternehmen sei, wobei der konkrete Einzelabruf grundsätzlich nach dem Kaskadenprinzip, ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb erfolgen soll. Das Kaskadenprinzip führe dazu, dass bei der vorzunehmenden Sachlichkeitsprüfung der Angemessenheit die durchschnittliche Höhe der Jahresumsätze zwar nicht durch drei zu teilen wären, jedoch erheblich zu berücksichtigen sei. Zusammenfassend hält die Antragstellerin fest, dass eine Angemessenheit der bezeichneten Umsatzgrenzwerte nicht gegeben sei, sondern diese vielmehr im Verhältnis zu den (errechenbaren) Auftragsvolumen unsachlich und diskriminierend wären. Tatsächlich wären die in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen vorgegebenen Umsatzgrenzen nur von drei bis vier österreichischen Unternehmen erreichbar, was in volkswirtschaftlicher Hinsicht den Ausschluss aller anderen, also der großen Mehrheit der auf dem Gebiete der Arbeitskräfteüberlassung tätigen Unternehmen, bedeuten würde. Mit dem am 8.4.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) eingelangten Nachprüfungsantrag begehrt die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung, hilfsweise "zumindest hinsichtlich der in Punkt 6.4.1, Rz 71 vorgesehenen durchschnittlichen Mindestgesamtjahresumsätze", Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin dazu aus, auch wenn es sich um ein Verfahren zur Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen nach Paragraph 141, BVergG 2006 handle, bedürften die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen "KO-Kriterien" einer sachlichen Rechtfertigung. Nach Punkt 6.4.1 Rz 71 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen werde von den Bietern der Nachweis eines durchschnittlichen Jahresumsatzes pro Los für die letzten drei Geschäftsjahre in einer Höhe begehrt, die nicht als angemessen zu den ausgeschriebenen Leistungen bezeichnet werden könnte. Im Verhältnis zu dem Auftragsvolumen sei der verlangte Nachweis der Jahresumsätze unsachlich hoch und diskriminierend. Dies gelte auch dann, wenn sich aufgrund der realistischer Weise einzusetzenden Faktoren das Produkt aus Stundenbedarf und Stundenlohn entsprechend erhöhe. Weiters sei zu berücksichtigen, dass Ziel des Vergabeverfahrens der Abschluss von Rahmenvereinbarungen je Los mit drei geeigneten Unternehmen sei, wobei der konkrete Einzelabruf grundsätzlich nach dem Kaskadenprinzip, ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb erfolgen soll. Das Kaskadenprinzip führe dazu, dass bei der vorzunehmenden Sachlichkeitsprüfung der Angemessenheit die durchschnittliche Höhe der Jahresumsätze zwar nicht durch drei zu teilen wären, jedoch erheblich zu berücksichtigen sei. Zusammenfassend hält die Antragstellerin fest, dass eine Angemessenheit der bezeichneten Umsatzgrenzwerte nicht gegeben sei, sondern diese vielmehr im Verhältnis zu den (errechenbaren) Auftragsvolumen unsachlich und diskriminierend wären. Tatsächlich wären die in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen vorgegebenen Umsatzgrenzen nur von drei bis vier österreichischen Unternehmen erreichbar, was in volkswirtschaftlicher Hinsicht den Ausschluss aller anderen, also der großen Mehrheit der auf dem Gebiete der Arbeitskräfteüberlassung tätigen Unternehmen, bedeuten würde.

Durch die diskriminierenden Ausschreibungsbestimmungen werde die Antragstellerin an der Teilnahme am

(gesamten) Vergabeverfahren bzw. an mehreren Losen von vornherein ausgeschlossen, da sie nur über einen geringeren Durchschnittsjahresumsatz verfüge. Die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen bzw. die Voraussetzungen zur Angebotslegung würden sich als diskriminierende Bestimmung darstellen, wodurch die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Teilnahme an diesem und Legung eines erfolversprechenden Angebotes verletzt werde. Durch das Verhalten der Antragsgegnerin drohe ihr ein schwerwiegender Schaden, der im einleitenden Schriftsatz näher dargestellt wird, zu entstehen.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 11.04.2013 antragsgemäß erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses, beiden Teilen zugegangenen, Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 15.04.2013 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, die von ihr in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen für die einzelnen Lose festgelegten Höhen der durchschnittlichen Gesamtjahresumsätze seien durchaus angemessen und sachlich gerechtfertigt. Dabei habe sich die Antragsgegnerin an die herrschende Ansicht gehalten, dass zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dann von adäquaten Mindestumsatzgrößen gesprochen werden könne, wenn der Jahresumsatz das Drei- bis Fünffache des jährlichen Leistungswertes des Ausschreibungsprojektes betrage. Die Antragsgegnerin habe auf Grund von Erfahrungswerten sowie vorliegenden Bedarfsmeldungen von Großkunden die abrufbare Gesamtmenge pro Jahr/pro Los sowie das durchschnittliche Entgelt des Überlassers festgelegt. Dieses Entgelt setzt sich aus dem Gehalt/Lohn des jeweiligen Mitarbeiters und einem Erhöhungsfaktor zusammen. Der Erhöhungsfaktor sei für die Berechnung des Auftragswertes wesentlich, da hiermit insbesondere die Dienstgeberkosten sowie das Urlaubs- und Weihnachtsgeld, etc. abgedeckt würden. Zudem verweist die Antragsgegnerin darauf, dass nach den Ausschreibungsunterlagen eine Überschreitung der geschätzten Stundenzahlen von 50% im Los 1 sowie 60% bei den übrigen drei Losen zulässig sei. Nach der Darstellung im Nachprüfungsantrag habe die Antragstellerin bei ihren Berechnungen weder den Erhöhungsfaktor noch den dargestellten Überschreitungsrahmen berücksichtigt. Sodann stellt die Antragsgegnerin die Berechnung der Umsatzgrenzwerte für das Los 1 dar. Zum Vorbringen der Antragstellerin, dass bei den vorgegebenen Umsatzgrenzen nur "drei bis vier österreichische Unternehmen" Anbote legen könnten, weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass ohnehin eine Teilvergabe vorgesehen sei und ein Bieter nicht die Eignungskriterien für alle Lose erfüllen müsse, sondern lediglich für die angebotenen Lose. Die Umsatznachweise für die Lose 2 bis 4 wären deutlich geringer, als jene für das Los 1.

Darauf hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16.05.2013 geantwortet, dass die mögliche Überschreitung der Stundenzahlen von 50% bei Los 1 sowie 60% bei den anderen Losen bei der Ermittlung des Auftragswertes nicht zu berücksichtigen wäre. Da je Los mit drei Bieter Rahmenverträge abgeschlossen werden sollen, bedeute dies im Ergebnis - da ja von jedem einzelnen Bieter die angeführten durchschnittlichen Jahresumsätze verlangt würden - dass im Verhältnis zum Auftragswert der Auftraggeberin "in Wahrheit der dreifache von jedem einzelnen Bieter verlangte Mindestjahresumsatz als Sicherheit vorliegt". Letztlich sei zu berücksichtigen, dass auf Grundlage der abzuschließenden Rahmenvereinbarungen Einzelaufträge für eine erhebliche, in den Unterlagen näher bezeichnete Anzahl von Dienststellen erfolgen soll, "wobei allerdings davon auszugehen ist, dass die Personalbereitstellungen in den jeweiligen Einzelverträgen jeweils nur eine sehr beschränkte Anzahl von zu überlassenden Arbeitskräften betreffen" würden. Es sei zu erwarten, dass im Regelfall nur der Abruf von einzelnen Arbeitskräften erfolgen werde. Auch daran zeige sich das Missverhältnis zu den geforderten Umsatznachweisen.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 21.05.2013 ausgegangen. Danach wird folgender, entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Die Antragsgegnerin führt ein offenes Verfahren nach § 141 BVergG 2006 im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung, und zwar zur Bereitstellung von Leihpersonal gemäß dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, der in vier Lose geteilt ist. Die Bieter haben die

Möglichkeit, für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose ein Angebot abzugeben. Der Zuschlag soll je Los nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 80%, die Qualität mit 20% gewichtet sind. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von drei Jahren mit der Option einer zweimaligen Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden (Punkt 11.1 Rz 229 der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung). Das Ende der Angebotsfrist war der 16.04.2013, 10:00 Uhr. Der Ausschreibung liegen die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Personalbereitstellung zu Grunde. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Die Antragsgegnerin führt ein offenes Verfahren nach Paragraph 141, BVergG 2006 im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung, und zwar zur Bereitstellung von Leihpersonal gemäß dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Es handelt sich um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, der in vier Lose geteilt ist. Die Bieter haben die Möglichkeit, für ein Los, für mehrere Lose oder für alle Lose ein Angebot abzugeben. Der Zuschlag soll je Los nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 80%, die Qualität mit 20% gewichtet sind. Der Rahmenvertrag soll für die Dauer von drei Jahren mit der Option einer zweimaligen Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden (Punkt 11.1 Rz 229 der kommerziellen Ausschreibungsbedingungen Rahmenvereinbarung). Das Ende der Angebotsfrist war der 16.04.2013, 10:00 Uhr. Der Ausschreibung liegen die allgemeinen Ausschreibungsbedingungen zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens gemäß BVergG 2006 betreffend Personalbereitstellung zu Grunde.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 8.4.2013 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 4 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 8.4.2013 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des hier anzuwendenden § 141 Abs. 5 BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des hier anzuwendenden Paragraph 141, Absatz 5, BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt, wobei zu berücksichtigen war, dass von ihr gegenständlich die Ausschreibungsbedingungen bekämpft werden. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor.

Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach den §§ 1 Abs. 3 (überwiegen des Schätzwertes für das Los 1 - Arbeiter Wien), 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 gegeben. Da die Ausschreibung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach den Paragraphen eins, Absatz 3, (überwiegen des Schätzwertes für das Los 1 - Arbeiter Wien), 11 Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben.

Nach den Ausschreibungsunterlagen soll pro Los eine Rahmenvereinbarung mit drei geeigneten Unternehmen geschlossen werden. Der Einzelabruf soll dann im Wege des "Kaskadenprinzips" (Punkt 2.2 der Ausschreibungsbedingungen) erfolgen. Dies bedeutet, dass dann, wenn der pro Los Bestgereichte bei einem konkreten Abruf nicht in der Lage ist, den Auftrag anzunehmen oder zu erfüllen, der zweitgereichte Bieter, letztlich der

Drittgerichte, herangezogen wird. Innerhalb der Rahmenvereinbarung wird bei den einzelnen Auftragnehmern, bevor ein Einzelabruf erteilt wird, nachgefragt, ob er diesen erfüllen kann (Protokoll Seite 3). Nach den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen hat der Bieter einen durchschnittlichen Jahresumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren in folgender Höhe nachzuweisen:

Los 1 Arbeiter-Wien € 49 Mio.

Los 2 Arbeiter € 6 Mio.

Los 3 Angestellte € 22 Mio.

Los 4 höher qualifizierte Angestellte € 19 Mio.

Bei Schätzung dieser durchschnittlichen Jahresumsätze ist die Antragsgegnerin von bereits vorhandenen Erfahrungswerten auf Grund laufender Rahmenvereinbarungen ausgegangen. Aus diesen bestehenden Rahmenvereinbarungen verfügt die Antragsgegnerin über Datenmaterial, wie weit die Leistungen in Anspruch genommen und zu welchen Preisen sie abgerechnet werden. Zur Ermittlung des Schätzwertes hat die Antragsgegnerin den Abrufumfang des Jahres 2012 in die gegenständliche Ausschreibung übernommen und zusätzlich alle von ihr vertretenen Auftraggeber kontaktiert um den Bedarf zu erheben. Auf diese Art und Weise hat die Antragsgegnerin auch den Bedarf für das Los 1 (Land Wien) erhoben. Wie die Antragsgegnerin dabei vorgegangen ist und welches Datenmaterial sie bei ihren Schätzungen verwendet hat, ist in den Vergabeakten eingehend und nachvollziehbar dokumentiert. Die Antragsgegnerin hält die von ihr geschätzten Werte, insbesondere den Wert für das Los 1, für durchaus realistisch. Bei den geschätzten Auftragswerten hat die Antragsgegnerin berücksichtigt, dass das Entgelt des Überlassers um einen Erhöhungsfaktor zu erhöhen ist, da damit die Dienstgeberkosten sowie das Urlaubs- und Weihnachtsgeld abgedeckt werden sollen.

Nach ihrem Vorbringen (Seite 3 des einleitenden Schriftsatzes) verfügt die Antragstellerin über einen maßgeblichen Durchschnittsjahresumsatz von € 32 Mio. Sie wäre daher nur in der Lage, den in Punkt 6.4.1, Rz 71 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen festgelegten durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz für die Lose 2, 3 und 4 nachzuweisen, nicht aber für das Los 1. Nach Punkt 7.1 der Ausschreibungsbedingungen ist eine Teilvergabe nach Losen vorgesehen, wobei die Bieter die Eignungskriterien nicht für alle Lose erfüllen müssen.

Diese Feststellungen ergeben sich aus den Vergabeakten, in denen vor allem die Ermittlung der Schätzwerte für die einzelnen Lose umfassend und nachvollziehbar dokumentiert ist. Soweit aus den Ausschreibungsunterlagen Feststellungen übernommen wurden, sind die Belegstellen im Zusammenhang damit zitiert. Auch die von der Antragsgegnerin vorgenommenen Berechnungen der Schätzwerte, insbesondere des für das Los 1 angenommenen geschätzten Auftragswertes, sind nachvollziehbar dokumentiert und waren als plausibel festgelegt in die Feststellungen zu übernehmen. Dass sich der hohe Auftragswert des Loses 1 vor allem damit erklären lässt, dass es sich bei den nachgefragten Leistungen um den Bedarf der Bundeshauptstadt handelt, wobei die Antragsgegnerin vor allem auf die Werte aus dem Jahr 2012 zurückgreifen konnte, ist durchaus plausibel und unbedenklich.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt nach § 141 BVergG 2006 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zwecks Bereitstellung von Leihpersonal gemäß dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Es handelt sich dabei um die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen der Kategorie 22 des Anhanges IV zum BVergG 2006. Die ausgeschriebenen Leistungen sind in vier Lose geteilt. Die Rahmenvereinbarung soll für die Dauer von drei Jahren mit einer Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 80%, die Qualität mit 20% gewichtet sind. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 1 Abs. 3 und 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um öffentliche Auftraggeber im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt nach Paragraph 141, BVergG 2006 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zwecks Bereitstellung von Leihpersonal gemäß dem Arbeitskräfteüberlassungsgesetz. Es handelt sich dabei um die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen der Kategorie 22 des Anhanges römisch vier zum BVergG 2006. Die ausgeschriebenen Leistungen sind in vier Lose geteilt. Die Rahmenvereinbarung soll für die Dauer von drei Jahren mit einer Option auf zweimalige

Verlängerung um jeweils ein Jahr abgeschlossen werden. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen, wobei der Preis mit 80%, die Qualität mit 20% gewichtet sind. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen eins, Absatz 3 und 11 Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des hier anzuwendenden § 141 Abs. 5 BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.04.2013, 10:00 Uhr. Ihr am 8.4.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 4 WVRG 2007. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung richtet sich gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des hier anzuwendenden Paragraph 141, Absatz 5, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die Antragsvoraussetzungen sind weiterhin gegeben. Das Ende der Angebotsfrist war der 16.04.2013, 10:00 Uhr. Ihr am 8.4.2013 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz 4, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung bzw. einer einzelnen Festlegung erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Gegenständlich handelt es sich um die beabsichtigte Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen der Kategorie 22 des Anhanges IV zum BVergG 2006 (Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung; CPC-Referenz-Nr. 872) nach den Bestimmungen des § 141 BVergG 2006. Nach § 141 Abs. 1 gelten die Bestimmungen des ersten Teils des BVergG 2006 nur eingeschränkt. Nicht ausgeschlossen von der Anwendung bei Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungsaufträge ist die Bestimmung des § 74 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006. Danach kann ein Auftraggeber als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nach § 70 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, verlangen. Von dieser Möglichkeit hat die Antragsgegnerin Gebrauch gemacht und in Punkt 6.4.1 der Ausschreibungsunterlagen, Rz 71 zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bieter die Angabe der Jahresumsätze (Spartenumsatz für Zeitarbeit, Payroll und Personalberatung) der letzten drei Geschäftsjahre, gegliedert nach Losen, verlangt. Im Hinblick auf diese Festlegung fühlt sich die Antragstellerin vor allem beim Los 1 "Arbeiter Wien" benachteiligt, weil hier der Nachweis eines Gesamtjahresumsatzes von € 49 Mio. verlangt wird. Da die Antragstellerin selbst nur einen Gesamtjahresumsatz von € 32 Mio. erzielt, ist sie nicht in der Lage, ein aussichtsreiches Angebot für das Los 1 abzugeben. Hingegen ist sie durchaus in der Lage, mit dem von ihr erzielten Umsatzvolumen ein Angebot für die Lose 2 und 3 bzw. 2 und 4 oder für jedes einzelne dieser Lose abzugeben, weil hier die geforderten Nachweise unter dem durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz der Antragstellerin liegen. Gegenständlich handelt es sich um die

beabsichtigte Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen der Kategorie 22 des Anhanges römisch vier zum BVerG 2006 (Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung; CPC-Referenz-Nr. 872) nach den Bestimmungen des Paragraph 141, BVerG 2006. Nach Paragraph 141, Absatz eins, gelten die Bestimmungen des ersten Teils des BVerG 2006 nur eingeschränkt. Nicht ausgeschlossen von der Anwendung bei Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungsaufträge ist die Bestimmung des Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 5, BVerG 2006. Danach kann ein Auftraggeber als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nach Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 3, BVerG 2006 eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, verlangen. Von dieser Möglichkeit hat die Antragsgegnerin Gebrauch gemacht und in Punkt 6.4.1 der Ausschreibungsunterlagen, Rz 71 zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bieter die Angabe der Jahresumsätze (Spartenumsatz für Zeitarbeit, Payroll und Personalberatung) der letzten drei Geschäftsjahre, gegliedert nach Losen, verlangt. Im Hinblick auf diese Festlegung fühlt sich die Antragstellerin vor allem beim Los 1 "Arbeiter Wien" benachteiligt, weil hier der Nachweis eines Gesamtjahresumsatzes von € 49 Mio. verlangt wird. Da die Antragstellerin selbst nur einen Gesamtjahresumsatz von € 32 Mio. erzielt, ist sie nicht in der Lage, ein aussichtsreiches Angebot für das Los 1 abzugeben. Hingegen ist sie durchaus in der Lage, mit dem von ihr erzielten Umsatzvolumen ein Angebot für die Lose 2 und 3 bzw. 2 und 4 oder für jedes einzelne dieser Lose abzugeben, weil hier die geforderten Nachweise unter dem durchschnittlichen Gesamtjahresumsatz der Antragstellerin liegen.

Nun macht die Antragstellerin geltend, die Festlegung des nachzuweisenden durchschnittlichen Gesamtjahresumsatzes mit € 49 Mio. beim Los 1 wäre unsachlich, weil der tatsächlich zu erwartende Auftragswert wesentlich geringer wäre. Es trifft zu, dass jeder Auftraggeber bei der Festlegung von Eignungskriterien gemessen an der nachgefragten Leistung von sachlichen Überlegungen auszugehen hat. Dies bedeutet für die Frage des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, dass die vergebende Stelle nur eine in Relation zum Auftragswert adäquate Mindestumsatzgröße verlangen kann. Nach herrschender Ansicht genügt es, wenn der Jahresumsatz des Unternehmens das Drei- bis Fünffache des jährlichen Leistungswertes des Ausschreibungsprojektes beträgt (S/A/F/T, Bundesvergabegesetz 2006 Rz 2 und 26 zu § 74). Dazu wird in der Judikatur der Standpunkt vertreten, dass ein Projektrisiko für den Auftraggeber jedenfalls zu hoch ist, wenn das Auftragsvolumen den Jahresumsatz eines Bieters übersteigt. Diesfalls mangelt es dem Bieter an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (BVA 23.03.1999, F-20/98-11). Es wurde auch die Übernahme eines Auftrages, der gemessen am Angebotspreis 3/4 des durchschnittlichen Jahresumsatzes der vergangenen drei Jahre ausmacht, als die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bieters übersteigend erkannt (UVS Steiermark 23.01.2006, 443 Punkt 7-6/2005). Nun macht die Antragstellerin geltend, die Festlegung des nachzuweisenden durchschnittlichen Gesamtjahresumsatzes mit € 49 Mio. beim Los 1 wäre unsachlich, weil der tatsächlich zu erwartende Auftragswert wesentlich geringer wäre. Es trifft zu, dass jeder Auftraggeber bei der Festlegung von Eignungskriterien gemessen an der nachgefragten Leistung von sachlichen Überlegungen auszugehen hat. Dies bedeutet für die Frage des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, dass die vergebende Stelle nur eine in Relation zum Auftragswert adäquate Mindestumsatzgröße verlangen kann. Nach herrschender Ansicht genügt es, wenn der Jahresumsatz des Unternehmens das Drei- bis Fünffache des jährlichen Leistungswertes des Ausschreibungsprojektes beträgt (S/A/F/T, Bundesvergabegesetz 2006 Rz 2 und 26 zu Paragraph 74.). Dazu wird in der Judikatur der Standpunkt vertreten, dass ein Projektrisiko für den Auftraggeber jedenfalls zu hoch ist, wenn das Auftragsvolumen den Jahresumsatz eines Bieters übersteigt. Diesfalls mangelt es dem Bieter an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (BVA 23.03.1999, F-20/98-11). Es wurde auch die Übernahme eines Auftrages, der gemessen am Angebotspreis 3/4 des durchschnittlichen Jahresumsatzes der vergangenen drei Jahre ausmacht, als die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bieters übersteigend erkannt (UVS Steiermark 23.01.2006, 443 Punkt 7-6/2005).

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin mit der Einleitung des Beschaffungsvorganges den geschätzten Auftragswert sehr sorgfältig und nachvollziehbar ermittelt hat und dabei nicht nur auf die Werte des Jahres 2012 zurückgreifen konnte, sondern auch auf die Bedarfsmeldungen der einzelnen Auftraggeber. Überdies hat - was die Antragstellerin offenkundig unterlassen hat - die Antragsgegnerin bei der Errechnung der geschätzten Auftragswerte alle Optionen und das volle Entgelt und daher auch die zulässigen Überschreitungsrahmen sowie den Erhöhungsfaktor berücksichtigt (vgl. VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189). Nach Punkt 4.6, Rz 61 hat jeder Auftragnehmer mit einer Überschreitung der Stundenzahlen von 50% im Los 1 sowie 60% bei den anderen drei Losen zu rechnen. Auch dieser Umstand wurde daher von der Antragsgegnerin zulässigerweise bei der

Schätzung der Auftragswerte beachtet. Zweifellos handelt es sich bei dem nachzuweisenden durchschnittlichen Gesamtjahresumsätzen für das Los 1 um hohe Werte, was naturgemäß zur Folge hat, dass nicht alle auf dem Markt befindlichen einschlägigen Unternehmer in der Lage sein werden, diesbezüglich ein Angebot zu legen. Dennoch ist für den Senat der umfassende Wettbewerb schon im Hinblick darauf gegeben, dass es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um eine europaweite Ausschreibung handelt und selbst nach den Angaben der Antragstellerin drei bis vier österreichische Unternehmen diese Nachweise erbringen können. Im Hinblick darauf, dass der Auftrag ohnedies in vier Losen ausgeschrieben ist und es der Antragstellerin möglich ist, mit dem von ihr nachzuweisenden Gesamtjahresumsatz bei drei Losen ein Angebot abzugeben, kann nicht gesagt werden, dass sie vom Vergabeverfahren in unsachlicher Weise ausgeschlossen wäre. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin mit der Einleitung des Beschaffungsvorganges den geschätzten Auftragswert sehr sorgfältig und nachvollziehbar ermittelt hat und dabei nicht nur auf die Werte des Jahres 2012 zurückgreifen konnte, sondern auch auf die Bedarfsmeldungen der einzelnen Auftraggeber. Überdies hat - was die Antragstellerin offenkundig unterlassen hat - die Antragsgegnerin bei der Errechnung der geschätzten Auftragswerte alle Optionen und das volle Entgelt und daher auch die zulässigen Überschreitungsrahmen sowie den Erhöhungsfaktor berücksichtigt (vergleiche VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189). Nach Punkt 4.6, Rz 61 hat jeder Auftragnehmer mit einer Überschreitung der Stundenzahlen von 50% im Los 1 sowie 60% bei den anderen drei Losen zu rechnen. Auch dieser Umstand wurde daher von der Antragsgegnerin zulässigerweise bei der Schätzung der Auftragswerte beachtet. Zweifellos handelt es sich bei dem nachzuweisenden durchschnittlichen Gesamtjahresumsätzen für das Los 1 um hohe Werte, was naturgemäß zur Folge hat, dass nicht alle auf dem Markt befindlichen einschlägigen Unternehmer in der Lage sein werden, diesbezüglich ein Angebot zu legen. Dennoch ist für den Senat der umfassende Wettbewerb schon im Hinblick darauf gegeben, dass es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um eine europaweite Ausschreibung handelt und selbst nach den Angaben der Antragstellerin drei bis vier österreichische Unternehmen diese Nachweise erbringen können. Im Hinblick darauf, dass der Auftrag ohnedies in vier Losen ausgeschrieben ist und es der Antragstellerin möglich ist, mit dem von ihr nachzuweisenden Gesamtjahresumsatz bei drei Losen ein Angebot abzugeben, kann nicht gesagt werden, dass sie vom Vergabeverfahren in unsachlicher Weise ausgeschlossen wäre.

Nach der hier anzuwendenden Bestimmung des § 141 Abs. 2 BVergG 2006 hat ein Auftraggeber bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot zu beachten. Durch die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat die Antragsgegnerin weder gegen gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten, noch gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen. Im Hinblick auf den Wert des Auftrages hat die Antragsgegnerin auch zutreffend die Rahmenverträge öffentlich und europaweit ausgeschrieben und in der Ausschreibung die Voraussetzungen und Bedingungen für die Zuschlagserteilung festgelegt. Damit hat sie einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit hergestellt und damit dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs entsprochen. Nach der hier anzuwendenden Bestimmung des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2006 hat ein Auftraggeber bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot zu beachten. Durch die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat die Antragsgegnerin weder gegen gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten, noch gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen. Im Hinblick auf den Wert des Auftrages hat die Antragsgegnerin auch zutreffend die Rahmenverträge öffentlich und europaweit ausgeschrieben und in der Ausschreibung die Voraussetzungen und Bedingungen für die Zuschlagserteilung festgelegt. Damit hat sie einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit hergestellt und damit dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbs entsprochen.

Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin mit ihren allgemeinen Ausschreibungsbedingungen nicht gegen die Grundsätze des § 141 Abs. 2 BVergG 2006 verstoßen hat, und unter Zugrundelegung dieser Bedingungen sich die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit als durchaus geeignet erweisen, den Vorgaben des Vergaberechtes entsprechend zu vergleichbaren Angeboten zu führen, war der Antrag, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, abzuweisen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren bzw. ist durch keine dieser Festlegungen von einer Angebotslegung, wenn auch nicht für alle Lose, ausgeschlossen. Soweit die Antragstellerin hilfsweise die Nichtigkeitserklärung der Festlegungen zu Punkt 6.4.1 Rz 71 begehrt, als die dort vorgesehenen durchschnittlichen Mindestgesamtjahresumsätze ihrer Ansicht nach unsachlich wären, hat das

Nachprüfungsverfahren ergeben, dass sich die Antragsgegnerin bei Festlegung vor allem der Umsatzwerte für das Los 1 durchaus im Rahmen sachlicher und nachvollziehbarer Überlegungen gehalten hat, sodass auch diesem Eventualbegehren nicht stattzugeben gewesen ist (Spruch Punkt 1). Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin mit ihren allgemeinen Ausschreibungsbedingungen nicht gegen die Grundsätze des Paragraph 141, Absatz 2, BVergG 2006 verstoßen hat, und unter Zugrundelegung dieser Bedingungen sich die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit als durchaus geeignet erweisen, den Vorgaben des Vergaberechtes entsprechend zu vergleichbaren Angeboten zu führen, war der Antrag, die gesamte Ausschreibung für nichtig zu erklären, abzuweisen. Nach Ansicht des Senates wird durch keine der angefochtenen Bestimmungen ein Bieter daran gehindert, sein Angebot ohne Übernahme nicht vertretbarer oder unzumutbarer Risiken zu kalkulieren bzw. ist durch keine dieser Festlegungen von einer Angebotslegung, wenn auch nicht für alle Lose, ausgeschlossen. Soweit die Antragstellerin hilfsweise die Nichtigklärung der Festlegungen zu Punkt 6.4.1 Rz 71 begehrt, als die dort vorgesehenen durchschnittlichen Mindestgesamtjahresumsätze ihrer Ansicht nach unsachlich wären, hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass sich die Antragsgegnerin bei Festlegung vor allem der Umsatzwerte für das Los 1 durchaus im Rahmen sachlicher und nachvollziehbarer Überlegungen gehalten hat, sodass auch diesem Eventualbegehren nicht stattzugeben gewesen ist (Spruch Punkt 1).

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 11.04.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 2). Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 11.04.2013 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 2).

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Punkt 3). Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor (Spruch Punkt 3).

Schlagworte

Ausschreibungsbedingungen; Abweisung; Nicht prioritäre Dienstleistung; Kein Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot durch festgelegte Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit;

Zuletzt aktualisiert am

31.10.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at