

TE Verg Bescheid 2005/6/24 VKS-1330/05

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.06.2005

Norm

WVRG §1 Abs2 Z1

WVRG §2 Abs2 und 4

WVRG §11 Abs2 Z1

WVRG §13 Abs1

WVRG §14 Abs1

WVRG §17 Abs1

WVRG §20 Abs1 Z1 litc

WVRG §23

WVRG §30 Abs5

BVergG 2002 §3 Abs1

BVergG 2002 §7 Abs1 Z1

BVergG 2002 §9 Abs1 Z4

BVergG 2002 §16 Abs3

BVergG 2002 §20 Z3 lita, sublitaa

BVergG 2002 §21 Abs1

AZG §3 Abs1

AZG §19b

AZG §19c

AZG §19d

1. AZG § 3 heute

2. AZG § 3 gültig ab 01.07.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 446/1994

1. AZG § 19b heute

2. AZG § 19b gültig ab 01.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2022

3. AZG § 19b gültig von 01.09.2018 bis 31.05.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 53/2018

4. AZG § 19b gültig von 01.05.1997 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 46/1997

5. AZG § 19b gültig von 01.01.1993 bis 30.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 833/1992

1. AZG § 19c heute

2. AZG § 19c gültig ab 01.05.1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 46/1997

3. AZG § 19c gültig von 01.07.1993 bis 30.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 335/1993

1. AZG § 19d heute

2. AZG § 19d gültig ab 01.01.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 189/2023
3. AZG § 19d gültig von 23.12.2018 bis 31.12.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2018
4. AZG § 19d gültig von 01.07.2017 bis 22.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 30/2017
5. AZG § 19d gültig von 01.01.2016 bis 30.06.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 152/2015
6. AZG § 19d gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2007
7. AZG § 19d gültig von 01.07.2004 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 64/2004
8. AZG § 19d gültig von 10.08.2002 bis 30.06.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2002
9. AZG § 19d gültig von 01.05.1997 bis 09.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 46/1997
10. AZG § 19d gültig von 01.01.1993 bis 30.04.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 833/1992

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** über den Antrag der *** sowie der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft *** GmbH, *** GmbH, *** auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betreffend die Vergabe diverser Leistungen des Bestattungswesens, GZ: MA 54-GM-15/5010/212/03-OV, durch den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 – Zentraler Einkauf, Am Modenapark 1-2, 1030 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 8.4.2005, wonach beabsichtigt ist der Bietergemeinschaft „*** GmbH/***GmbH“ den Zuschlag zu erteilen, wird für nichtig erklärt.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 3.6.2005 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von ihr entrichteten Gebühren von 4.800,-- Euro zu Händen ihres Rechtsvertreters binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 2 Z 1, 2 Abs. 2 und 4, 11 Abs. 2 Z 1, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 1 Z 1 lit. c, 23 und 30 Abs. 5 WVRG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 1, 9 Abs. 1 Z 4, 16 Abs. 3, 20 Z 3 lit. a, sublit.aa, 21 Abs. 1 BVergG 2002 und §§ 3 Abs. 1, 19b, 19c, 19d AZG.Paragraphen eins, Absatz 2, Ziffer eins, 2, Absatz 2 und 4, 11 Absatz 2, Ziffer eins, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c,, 23 und 30 Absatz 5, WVRG in Verbindung mit Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer eins, 9, Absatz eins, Ziffer 4, 16, Absatz 3, 20, Ziffer 3, Litera a,, Sub-Litera, a, a,, 21 Absatz eins, BVergG 2002 und Paragraphen 3, Absatz eins, 19 b, 19 c, 19 d, AZG.

Begründung:

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 54 (im Folgenden kurz Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe diverser Leistungen des Bestattungswesens. Es handelt sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Die Kundmachung sowohl im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (5.8.2004) als auch im Amtsblatt der Stadt Wien ist ordnungsgemäß erfolgt. Angebotsende war der 21.9.2004, 10.00 Uhr. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Im gegenständlichen Verfahren hat sich auch die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung wurde ihr Angebot mit einem Gesamtpreis von 692.820,-- Euro inkl. Umsatzsteuer an 2. Stelle gereiht, jenes der Teilnahmeberechtigten mit einem Gesamtpreis von 456.564,-- Euro inkl. Umsatzsteuer an 1. Stelle gereiht.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 8.4.2005, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, den Auftrag an die teilnahmeberechtigte Bietergemeinschaft als Bestbieterin erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 20.4.2005 und damit rechtzeitig (§ 20 Abs. 1 Z 1 lit. c WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Zuschlagsentscheidung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Darin führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, wenn es sich auch gegenständlich um die Vergabe eines nichtprioritären Dienstleistungsauftrages handle, sodass die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nur eingeschränkt zur Anwendung kämen, habe die Antragsgegnerin mehrfach

vergaberechtlich relevante Verstöße gesetzt. So mangle es der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft an der technischen Leistungsfähigkeit. Sie verfüge weder über ausreichende personelle und technische Ressourcen, noch über entsprechende Erfahrung und Referenz. Dazu komme, dass auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei und ein Angebot mit nicht angemessenen Preisen gelegt worden sei. Letztlich sei auch die Antragsgegnerin in rechtswidriger Weise von den Ausschreibungsbedingungen abgerückt. Mit Antrag vom 1.6.2005 hat die Antragstellerin begehrt, die Antragsgegnerin zum Kostenersatz zu verpflichten. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 20.4.2005 und damit rechtzeitig (Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer eins, Litera c, WVRG) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Darin führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, wenn es sich auch gegenständlich um die Vergabe eines nichtprioritären Dienstleistungsauftrages handle, sodass die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nur eingeschränkt zur Anwendung kämen, habe die Antragsgegnerin mehrfach vergaberechtlich relevante Verstöße gesetzt. So mangle es der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft an der technischen Leistungsfähigkeit. Sie verfüge weder über ausreichende personelle und technische Ressourcen, noch über entsprechende Erfahrung und Referenz. Dazu komme, dass auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei und ein Angebot mit nicht angemessenen Preisen gelegt worden sei. Letztlich sei auch die Antragsgegnerin in rechtswidriger Weise von den Ausschreibungsbedingungen abgerückt. Mit Antrag vom 1.6.2005 hat die Antragstellerin begehrt, die Antragsgegnerin zum Kostenersatz zu verpflichten.

Die Antragstellerin hat zu dem ihr drohenden Schaden ausgeführt, dass ihr neben den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren im Falle der Nichterlangung des Auftrages ein Schaden in Höhe der Ergebnisverschlechterung pro Jahr von rund 400.000,-- Euro drohe (Beilage 11 zum Antrag).

Die Antragsgegnerin hat sich in ihrem Schriftsatz vom 27.4.2005 gegen die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausgesprochen und ausgeführt, die teilnahmeberechtigte Bietergemeinschaft habe alle erforderlichen Nachweise erbracht. Sowohl deren technische als auch wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei nachgewiesen. Die Teilnahmeberechtigte habe auch alle erforderlichen Referenzen erbracht, der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Preis sei angemessen. Die Antragsgegnerin sei auch bei der Beurteilung der Angebote nicht von ihren Ausschreibungsbedingungen abgewichen.

Mit Bescheid vom 29.4.2005 hat der Vergabekontrollsenat die beantragte einstweilige Verfügung für die Dauer von zunächst sechs Wochen erlassen. Zu deren Inhalt wird auf den allen Beteiligten zugewandten Bescheid verwiesen. Über Antrag der Antragstellerin wurde diese einstweilige Verfügung mit Bescheid vom 3.6.2005 für die Dauer eines weiteren Monats verlängert. Auch diesbezüglich wird auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen.

Die sowohl von der Antragstellerin als auch von der Teilnahmeberechtigten beantragte öffentliche mündliche Verhandlung wurde am 3.6.2005 durchgeführt.

Auf Grundlage der Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit von der Antragstellerin nicht bestritten wurde, sowie der im Verfahren erstatteten und jeweils der Gegenseite zur Kenntnis gebrachten Schriftsätze sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung trifft der Vergabekontrollsenat nachstehende, den eingangs wiedergegebenen und als unstrittig anzusehenden Sachverhalt ergänzende Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Erbringung diverser Leistungen des Bestattungswesens im Oberschwellenbereich (§ 9 Abs. 1 Z 4 BVergG 2002). Gegenstand des Auftrages ist die Bestattung auf Anordnung des Magistrats der Stadt Wien gemäß §10 Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz und die Überführung Verstorbener in das Institut für gerichtliche Medizin der medizinischen Universität Wien gemäß § 12 Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz. Als Leistungsfrist war zunächst vorgesehen 01/2005 bis Ende 12/2005 mit einer Option auf Verlängerung von 5 x jeweils weiteren 12 Monaten bis Ende Dezember 2010. Als Gesamtumfang der zu vergebenden Leistung wurden ca. 2.500 Leichenüberführungen, ca. 850 Abholungen, ca. 750 Aufbahrungen und Beisetzungen pro Jahr in der Vergabebekanntmachung angeführt. Angebotsende war der 21.9.2004, 10.00 Uhr. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2002. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zur Erbringung diverser Leistungen des Bestattungswesens im

Oberschwellenbereich (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2002). Gegenstand des Auftrages ist die Bestattung auf Anordnung des Magistrats der Stadt Wien gemäß §10 Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz und die Überführung Verstorbener in das Institut für gerichtliche Medizin der medizinischen Universität Wien gemäß Paragraph 12, Wiener Leichen- und Bestattungsgesetz. Als Leistungsfrist war zunächst vorgesehen 01. aus 2005, bis Ende 12. aus 2005, mit einer Option auf Verlängerung von 5 x jeweils weiteren 12 Monaten bis Ende Dezember 2010. Als Gesamtumfang der zu vergebenden Leistung wurden ca. 2.500 Leichenüberführungen, ca. 850 Abholungen, ca. 750 Aufbahrungen und Beisetzungen pro Jahr in der Vergabebekanntmachung angeführt. Angebotsende war der 21.9.2004, 10.00 Uhr.

Bei Angebotsöffnung am 21.9.2004 wurde das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von EUR 692.820 inkl. USt an 2. Stelle, jenes der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft mit einem Preis von EUR 456.564,-- inkl. USt an erster Stelle verlesen.

Soweit für das Nachprüfungsverfahren von Bedeutung legen die Ausschreibungsunterlagen Folgendes fest:

Unter dem Kapitel allgemeine Angebotsbestimmungen wird im Punkt 2 festgehalten, „weitere gelten folgende über die Bestimmungen dieser Angebotsunterlagen hinausgehende verbindliche Regelungen: die „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen“ (VD 307)“.

Pkt. 8 der allgemeinen Angebotsbestimmungen lautet:

„Wird die Leistung in Österreich erbracht, hat die Erstellung des Angebotes und die Durchführung des Auftrages unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen“.

In den besonderen Angebotsbestimmungen wird im Punkt 1 festgehalten, dass die Bieter Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer sowie einen Nachweis über mehrere flexible Arbeitsteams (Anzahl und Größe) erbringen müssten. Weiters ist ein Organisationskonzept vorzulegen, das berücksichtigt, dass auch mehrere Einsätze gleichzeitig zu bewältigen sind.

Im Punkt 19 „Qualifikation des Personals“ wird verlangt:

„Der Auftragnehmer stellt die Arbeitskräfte bei und verpflichtet sich, nur zuverlässiges, gewissenhaftes und eingeschultes Personal einzusetzen, welches der deutschen Sprache mächtig ist. Vom Personal wird ruhiges und einwandfreies Benehmen erwartet“.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit hatte die Teilnahmeberechtigte eine Aufgliederung des ihr zur Verfügung stehenden Personals vorgenommen und auch ein Organisationskonzept vorgelegt. Nach diesem Organisationskonzept stehen im Rahmen eines 24-stündigen Dienstplanes in der Zeit von 7.30 Uhr bis 16.00 Uhr drei Teams, in der Zeit von 15.30 Uhr bis 24.00 Uhr zwei Teams und in der Zeit von

23.30 bis 8.00 Uhr ebenfalls zwei Teams zur Verfügung. Insgesamt bestehen diese Teams jeweils aus zwei Personen, sodass im 24-Stundendienstplan 14 Personen eingesetzt werden. Für Wien ist der Einsatz von 15 fixangestellten Dienstnehmern sowie von 40 geringfügig Beschäftigten vorgesehen. Dazu kommen 8 bis 10 fallweise Beschäftigte. Diese fallweise beschäftigten Dienstnehmer werden aus einem Pool von rund 200 Personen, mit denen entsprechende Rahmenvereinbarungen bestehen, genommen. Sofern in den im Rahmen des 24-stündigen Dienstplanes eingeteilten Teams von je zwei Personen fallweise beschäftigte Dienstnehmer eingesetzt werden, sind diese während der für die einzelnen Teams angeführten Zeit in der Firma anwesend und verrichten dort, wenn sie nicht zum Einsatz kommen, diverse andere Arbeiten. Diese Arbeiten werden mit einem Stundensatz von 7,50 Euro brutto entlohnt. Wenn alle Teams eingesetzt sind, die sich in Bereitschaft zu halten haben, kann ein Team aus dem Kreis der Fixangestellten sofort zum Einsatz gebracht werden. Die Angestellten der Teilnahmeberechtigten, auch dann wenn sie im Büro tätig sind, sind grundsätzlich mit allen Bestattungsleistungen und Überführungsleistungen vertraut.

Teams die in Rufbereitschaft geführt werden, befinden sich nicht in der Zentrale, sondern zu Hause. Sie erfahren von der Rufbereitschaft in dem Ausmaß, wie sie ihr Zeitkontingent bekannt geben. Nur dann wenn diese Personen für die Rufbereitschaft eingeteilt sind, erhalten sie für die Dauer der Rufbereitschaft 0,75 Euro brutto pro Stunde. Im Rahmen der Rufbereitschaft werden auch Reserveteams organisiert. Sollten Sonderereignisse eintreten, würden die Teams im Rahmen der Rufbereitschaft aktiviert werden. Bei der Dienstenteilung wird darauf Rücksicht genommen, was von den im Pool befindlichen Dienstnehmern hinsichtlich ihrer Zeiteinteilung gewünscht wird. Üblicherweise erfolgt die Meldung wenn ein fallweise beschäftigter Dienstnehmer in die Rufbereitschaft eingeteilt werden will, drei bis vier

Wochen vor der Dienstenteilung. Während der Rufbereitschaft kann sich der Dienstnehmer überall in Wien aufhalten, wo er will. Kann er auf Grund irgendwelcher Umstände trotz Einteilung in der Rufbereitschaft nicht zum Einsatz kommen, so erhält er für diesen Tag dennoch sein Entgelt für die Rufbereitschaft.

Das Organisationskonzept betrifft im Wesentlichen jene Leistungen die ausgeschrieben worden sind (Sanitätsleichen und Armenbegräbnisse). Die normalen Begräbnisse werden von der Teilnahmeberechtigten im normalen Betrieb durchgeführt, dabei handelt es sich um Termine, die schon länger bekannt sind, sodass eine entsprechende Einteilung getroffen werden kann.

Ein Dienstnehmer, der die Rahmenvereinbarung für fallweise Dienstnehmer unterschrieben hat, kann nicht erzwingen, dass er auch eingesetzt wird. Sollte jemand nicht zum Einsatz kommen, so hat er auf Grund der Rahmenvereinbarung für fallweise Dienstnehmer auch keinen wie immer gearteten Lohnanspruch.

Hinsichtlich jener fallweise zum Einsatz kommenden Dienstnehmer hat die Teilnahmeberechtigte das Muster eines „Rahmenvertrages für fallweise Dienstnehmer“ vorgelegt. Danach schließt der „fallweise Dienstnehmer“ mit der „Firma *** GmbH“ einen Vertrag folgenden Inhalts:

„ 1. Tätigkeit und Entgelt

Soweit der oben genannte Dienstnehmer nach Bedarf als „fallweiser Dienstnehmer“ mit tageweiser Beschäftigung bei der Firma *** GmbH eingesetzt wird, vereinbaren die oben genannten Parteien grundsätzlich wie folgt:

Bezahlt werden tatsächlich erbrachte und zuvor terminlich vereinbarte Leistungen, und zwar

für erbrachte Leistungen als Sargträger bei einer Trauerfeierlichkeit 23,-- Euro brutto als Pauschalbetrag für alle damit im Zusammenhang stehenden Leistungen je Trauerfeier,

für sonstige erbrachte Leistungen, insbesondere

0,07 Euro brutto – Kilometergeld pro Km als Beifahrer bei Überführungen oder

Abholungen;

0,75 Euro brutto - pro Stunde als Bereitschaftspauschale bei Rufbereitschaft, 7,50 Euro brutto – pro Stunde für sonstige Tätigkeiten

1. 2.Ziffer 2

Bekleidung und Auftreten

Der Dienstnehmer bekommt für den jeweiligen Anlassfall eine Dienstbekleidung von der Firma *** bereitgestellt, welche zu tragen und sorgsam zu behandeln ist. Bei seinem Einsatz als fallweiser Dienstnehmer der Firma *** hat er insbesondere auf ein gepflegtes und pietätvolles Auftreten seiner Person zu achten.

1. 3.Ziffer 3

Verhinderung und Sonstiges

Soweit vereinbart wurde, dass der oben genannte Arbeitnehmer als „fallweiser Dienstnehmer“ – zu einem vereinbarten Termin eingesetzt wird und diesen Termin – aus welchen Gründen auch immer – nicht wahrnehmen kann, hat er dies der Firma *** rechtzeitig bekannt zu geben, um die Möglichkeit der Beschaffung einer Ersatzkraft zu bieten. Der Inhalt dieser Vereinbarung ist Grundlage für jede zukünftige fallweise Beschäftigung bei der Firma ***. Änderungen der gegenständlichen Rahmenvereinbarungen bedürfen der Schriftform."

Die Teilnahmeberechtigte hat mit ihrem Angebot abgeschlossene Dienstverträge/Rahmenvereinbarungen vorgelegt; sie befinden sich in den Vergabeakten. Die Teilnahmeberechtigte verfügt über eine ausreichende Anzahl von einschlägig eingeschultem, dauernd beschäftigten Personal.

Die Teilnahmeberechtigte verfügt am Standort Wien über 9 Leichenwagen, die auch für den Transport von mehreren Verstorbenen gleichzeitig zugelassen sind und in denen auch Leersärge mitgeführt werden. Außerdem verfügt sie in Wien über 3 weitere Spezialfahrzeuge (Kranzwagen, Transporter usw.) Alle diese Fahrzeuge sind mit Navigationseinrichtungen versehen, sodass auch weniger ortskundige Personen im Raum Wien ohne großen Zeitverlust zum Einsatzort gelangen können. Sowohl die Betriebsräumlichkeiten, als auch die Fahrzeuge und die Ausstattung wurden von der Antragsgegnerin im Rahmen einer kommissionellen Betriebsbesichtigung überprüft.

Zum Nachweis der verlangten Referenz hat die Teilnahmeberechtigte eine Aufstellung der von ihr im Bereich der Städte Klagenfurt und Graz erbrachten ähnlichen Leistungen gelegt. Die Antragsgegnerin hat nach dem Inhalt der Vergabeakte diese Referenzen durch Einholung entsprechender Auskünfte diese Angaben überprüft.

Zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat die teilnehmende Bietergemeinschaft positive Bankauskünfte vorgelegt.

Die Antragsgegnerin hat im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung die Kalkulation aller Positionen hinterfragt. Nach dem Inhalt der Vergabeakten wurde auch die Nachvollziehbarkeit der personellen und zeitlichen Angaben der Bietergemeinschaft überprüft, wozu auch Bezugsbestätigungen mit Preisangaben eingesehen wurden. Hinsichtlich der benötigten Anzahl von Personen pro Abholung und der für die Abholung nötigen Zeiten hat die Antragsgegnerin einen Vergleich mit den diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin in ihrem Angebot vorgenommen. Es zeigt sich, dass beide Organisationskonzepte nahezu ident sind.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Vergabekontrollsenat auf Grund des Inhaltes der Vergabeakten sowie der Erklärungen der am Verfahren Beteiligten im Rahmen ihrer Schriftsätze. Die Feststellungen zum Personaleinsatz und zu dem der Teilnahmeberechtigten zur Verfügung stehenden Personalressourcen gründen sich auf die Angaben des Geschäftsführers des Mitgliedes der Bietergemeinschaft *** GmbH.

Auf Grund des in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindrucks hat der Vergabekontrollsenat keinen Grund, an der Richtigkeit der Angaben des Geschäftsführers zu zweifeln. Aus den Vergabeakten ergibt sich nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der ihr obliegenden Prüfungspflicht eine gründliche Prüfung sowohl der technischen als auch der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten vorgenommen hat.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich im Sinne des §16 Abs. 3 BVergG 2002. Für die Vergabe dieser Aufträge gelten allein die Bestimmungen des 1., 5. und des 6. Teiles sowie die §§ 21, 22, 24, 25, 30 bis 32, 34, 35, 40, 41, 42, 75, 85 und 99 bis 101 BVergG 2002. Gegenständlich handelt es sich um die Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen im Oberschwellenbereich im Sinne des §16 Absatz 3, BVergG 2002. Für die Vergabe dieser Aufträge gelten allein die Bestimmungen des 1., 5. und des 6. Teiles sowie die Paragraphen 21, 22, 24, 25, 30 bis 32, 34, 35, 40, 41, 42, 75, 85 und 99 bis 101 BVergG 2002.

Nach § 21 Abs. 1 BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Dabei hat der Auftraggeber grundsätzlich von den Ausschreibungsbestimmungen auszugehen. Gegenständlich gelten für das Angebot nach den allgemeinen Angebotsbestimmungen Pkt. 2 auch die „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (VD 307)". Diese sehen unter anderem vor, dass die Erstellung der Angebote „unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen" hat (vgl. auch §71 Abs. 2 BVergG 2002, der freilich gemäß § 16 Abs. 3 BVergG 2002 bei Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen nicht zur Anwendung kommen hat). Nach Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 sind Aufträge über Leistungen unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Dabei hat der Auftraggeber grundsätzlich von den Ausschreibungsbestimmungen auszugehen. Gegenständlich gelten für das Angebot nach den allgemeinen Angebotsbestimmungen Pkt. 2 auch die „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (VD 307)". Diese sehen unter anderem vor, dass die Erstellung der Angebote „unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits-, lohn- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen" hat vergleiche auch §71 Absatz 2, BVergG 2002, der freilich gemäß Paragraph 16, Absatz 3, BVergG 2002 bei Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen nicht zur Anwendung kommen hat).

Die Zuschlagsentscheidung vom 8.4.2005 ist der Antragstellerin am gleichen Tag im Faxwege zugegangen. Der am 20.4.2005 eingelangte Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002, er entspricht auch sonst der Anforderung des § 17 Abs. 1 WVRG. Der der Antragstellerin drohende Schaden wurde ausreichend glaubhaft gemacht, zumal die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht ist. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach §14 Abs. 1

WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 8.4.2005 ist der Antragstellerin am gleichen Tag im Faxwege zugegangen. Der am 20.4.2005 eingelangte Nachprüfungsantrag ist damit rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002, er entspricht auch sonst der Anforderung des Paragraph 17, Absatz eins, WVRG. Der der Antragstellerin drohende Schaden wurde ausreichend glaubhaft gemacht, zumal die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle gereiht ist. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach §14 Absatz eins, WVRG ist rechtzeitig und in entsprechender Art und Weise erfolgt.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2, 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, 13, Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigkeitsverfahrens zuständig.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin erachtet der Vergabekontrollsenat die technische Leistungsfähigkeit des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens, was die von ihr eingesetzten Arbeitsteams, das Organisationskonzept, die Frage der Verfügbarkeit und des Fuhrparks anlangt, in Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin für ausreichend nachgewiesen. Ebenfalls ist davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte die geforderten Referenzen nachgewiesen hat, wobei die Referenzen der beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammengerechnet werden können (vgl. Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht², S 334). Insoweit liegt auch ein Abgehen der Antragsgegnerin von den von ihr festgelegten Ausschreibungsbedingungen nicht vor. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin erachtet der Vergabekontrollsenat die technische Leistungsfähigkeit des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens, was die von ihr eingesetzten Arbeitsteams, das Organisationskonzept, die Frage der Verfügbarkeit und des Fuhrparks anlangt, in Übereinstimmung mit der Antragsgegnerin für ausreichend nachgewiesen. Ebenfalls ist davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte die geforderten Referenzen nachgewiesen hat, wobei die Referenzen der beiden Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammengerechnet werden können (vgl. Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht², S 334). Insoweit liegt auch ein Abgehen der Antragsgegnerin von den von ihr festgelegten Ausschreibungsbedingungen nicht vor.

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit liegt sowohl eine positive Bankauskunft vor, wie auch positive KSV-Auskünfte. Eine mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist danach nicht anzunehmen.

Hingegen erweist sich die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung insoweit als berechtigt, als die Antragstellerin ausführt, bei der arbeitsrechtlichen Stellung der von der Teilnahmeberechtigten eingesetzten „fallweisen Dienstnehmer“ handle es sich um einen Verstoß gegen die nach der VD 307 zwingend anzuwendenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen. Die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft hat zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit sogenannte „Rahmenverträge“ mit rund 200 Personen vorgelegt. Der Inhalt dieser Verträge wurde in den Feststellungen wiedergegeben. Nach dem Organisationskonzept der teilnahmeberechtigten Partei sowie auf Grund der Ausführungen ihres Geschäftsführers sollen die ausgeschriebenen Leistungen nicht nur durch fixangestellte Dienstnehmer, sondern zu einem nicht unbeträchtlichen Anteil durch sogenannte „fallweise Dienstnehmer“ erbracht werden. Es ist daher zu prüfen, ob die vorgelegten Rahmenverträge mit arbeitsrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehen oder nicht.

Vorauszuschicken ist, dass nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien ein Kollektivvertrag für Angehörige von Bestattungsunternehmen nicht existiert. Weiters ist voranzustellen, dass – entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin – bei der von der Bietergemeinschaft gewählten vertraglichen Konzeption von einem Einsatz von „Subunternehmen“ nicht gesprochen werden kann. Es erübrigt sich daher für den Vergabekontrollsenat auf die diesbezüglichen Ausführungen im Nachprüfungsantrag näher einzugehen.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten, den von der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft vorgelegten Verträgen und ihrem Vorbringen ist davon auszugehen, dass diese und die von ihr als „fallweise Dienstnehmer“ bezeichneten Personen Arbeitsverträge abschließen wollten. Bei Abschluss eines Arbeitsvertrages ist die Vereinbarung über das Ausmaß der Arbeitsleistung essentiell. Im Fall der Vereinbarung eines Vollzeitarbeitsverhältnisses beträgt etwa dieses nach § 3 Abs. 1 AZG 8 Stunden täglich und 40 Stunden wöchentlich, sofern nicht Normen der kollektiven Rechtsgestaltung anderes vorsehen. Für den Fall der Vereinbarung eines Teilarbeitsverhältnisses ist eine Vereinbarung über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit zu vereinbaren, soweit nicht Normen der kollektiven Rechtsgestaltung dieses

festlegen. In den vorliegenden „Rahmenverträgen für fallweise Dienstnehmer“ ist eine Vereinbarung über Lage und Arbeitsausmaß nicht enthalten. Eine Bezahlung soll nur im Ausmaß der „tatsächlich erbrachten und zuvor terminlich vereinbarten Leistungen“ erfolgen. Diese Bezahlung erfolgt gestaffelt, je nachdem, ob eine Bereitschaftspauschale bei Rufbereitschaft zu entrichten ist oder der „fallweise Dienstnehmer“ tatsächlich zum Einsatz kommt. Im ersten Fall beträgt die Pauschale 0,75 Euro brutto pro Stunde, im zweiten Fall 7,50 Euro brutto pro Stunde. Nach dem Inhalt der Vergabeakten, den von der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft vorgelegten Verträgen und ihrem Vorbringen ist davon auszugehen, dass diese und die von ihr als „fallweise Dienstnehmer“ bezeichneten Personen Arbeitsverträge abschließen wollten. Bei Abschluss eines Arbeitsvertrages ist die Vereinbarung über das Ausmaß der Arbeitsleistung essentiell. Im Fall der Vereinbarung eines Vollzeitarbeitsverhältnisses beträgt etwa dieses nach Paragraph 3, Absatz eins, AZG 8 Stunden täglich und 40 Stunden wöchentlich, sofern nicht Normen der kollektiven Rechtsgestaltung anderes vorsehen. Für den Fall der Vereinbarung eines Teilarbeitsverhältnisses ist eine Vereinbarung über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit zu vereinbaren, soweit nicht Normen der kollektiven Rechtsgestaltung dieses festlegen. In den vorliegenden „Rahmenverträgen für fallweise Dienstnehmer“ ist eine Vereinbarung über Lage und Arbeitsausmaß nicht enthalten. Eine Bezahlung soll nur im Ausmaß der „tatsächlich erbrachten und zuvor terminlich vereinbarten Leistungen“ erfolgen. Diese Bezahlung erfolgt gestaffelt, je nachdem, ob eine Bereitschaftspauschale bei Rufbereitschaft zu entrichten ist oder der „fallweise Dienstnehmer“ tatsächlich zum Einsatz kommt. Im ersten Fall beträgt die Pauschale 0,75 Euro brutto pro Stunde, im zweiten Fall 7,50 Euro brutto pro Stunde.

Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 22.12.2004, 8 Oba 116/04y grundsätzlich zur Frage flexibler Arbeitszeit bzw. zur Frage von Arbeit auf Abruf, wobei dem dort behandelten Fall ein Kollektivvertrag zu Grunde lag, ausgeführt:

„Bereits vor der gesetzlichen Regelung durch die §§ 19c und 19d AZG wurden bestimmte flexible Teilzeitarbeitsmodelle als sittenwidrig abgelehnt, weil sie das wirtschaftliche Risiko, insbesondere einer ausreichenden Auftragslage - unzulässigerweise auf den Arbeitnehmer verschieben. Auch die Gesetzesmaterialien (AB 622 BlgNr20.GP, 7) zur Novelle BGBl. I 1997/46 gehen davon aus, dass damit Arbeit auf Abruf und Arbeit nach Arbeitsanfall verhindert werden soll..... Bei der Arbeit auf Abruf fehlt jede Vereinbarung über eine bestimmte Grundanzahl von Arbeitsstunden, die der Unternehmer auf jeden Fall entlohnen muss; der Vertragspartner verpflichtet sich vielmehr, während eines bestimmten Zeitraumes auf Anforderung des Unternehmers zu arbeiten, wobei die Bereitschaft zur Arbeit während der potentiellen Einsatzzeit nicht gesondert abgegolten werden soll..... Eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gemäß § 19 c und 19 d AZG zwingend (§ 19g AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, ist unter Beachtung des Zweckes der arbeitszeitrechtlichen Regelungen insoweit unwirksam, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völlig der Willkür des Arbeitgebers überlassenen Anbot abhängig macht. Insgesamt geht es nicht bloß um die Unvorhersehbarkeit der Lage der Arbeitszeit, sondern auch darum, dass der Arbeitnehmer mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen kann, sofern nicht durch Kollektivvertrag die Bezahlung einer Mindeststundenanzahl vorgeschrieben ist. Im Übrigen besteht die Gefahr, dass die Vorschriften über die Fortzahlung des Entgelts, insbesondere bei Erkrankung des Arbeitnehmers, und über die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber unterlaufen werden. Eine „Atomisierung“ der Arbeitszeitvereinbarung, die letztlich wiederum zu flexiblen Arbeitszeitformen, wie Arbeit auf Abruf und kapazitätsorientierter Arbeitszeit führen kann, ist als unzulässige Umgehung des Gesetzes abzulehnen. Dies gilt erst recht dann, wenn überhaupt keine Grundvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit getroffen wurde.“ „Bereits vor der gesetzlichen Regelung durch die Paragraphen 19 c und 19 d AZG wurden bestimmte flexible Teilzeitarbeitsmodelle als sittenwidrig abgelehnt, weil sie das wirtschaftliche Risiko, insbesondere einer ausreichenden Auftragslage - unzulässigerweise auf den Arbeitnehmer verschieben. Auch die Gesetzesmaterialien Ausschussbericht 622 BlgNr20.GP, 7) zur Novelle BGBl. römisch eins 1997/46 gehen davon aus, dass damit Arbeit auf Abruf und Arbeit nach Arbeitsanfall verhindert werden soll..... Bei der Arbeit auf Abruf fehlt jede Vereinbarung über eine bestimmte Grundanzahl von Arbeitsstunden, die der Unternehmer auf jeden Fall entlohnen muss; der Vertragspartner verpflichtet sich vielmehr, während eines bestimmten Zeitraumes auf Anforderung des Unternehmers zu arbeiten, wobei die Bereitschaft zur Arbeit während der potentiellen Einsatzzeit nicht gesondert abgegolten werden soll..... Eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses auf den ihm gemäß Paragraph 19, c und 19 d AZG zwingend (Paragraph 19 g, AZG) eingeräumten Anspruch auf vertragliche Festlegung des Ausmaßes der Arbeitszeit verzichtet, ist unter Beachtung des Zweckes der arbeitszeitrechtlichen Regelungen insoweit unwirksam, als sie Ausmaß und Lage der Arbeitszeit von einem völlig der

Willkür des Arbeitgebers überlassenen Anbot abhängig macht. Insgesamt geht es nicht bloß um die Unvorhersehbarkeit der Lage der Arbeitszeit, sondern auch darum, dass der Arbeitnehmer mit einem bestimmten Entgelt nicht mehr rechnen kann, sofern nicht durch Kollektivvertrag die Bezahlung einer Mindeststundenanzahl vorgeschrieben ist. Im Übrigen besteht die Gefahr, dass die Vorschriften über die Fortzahlung des Entgelts, insbesondere bei Erkrankung des Arbeitnehmers, und über die Tragung des wirtschaftlichen Risikos durch den Arbeitgeber unterlaufen werden. Eine „Atomisierung“ der Arbeitszeitvereinbarung, die letztlich wiederum zu flexiblen Arbeitszeitformen, wie Arbeit auf Abruf und kapazitätsorientierter Arbeitszeit führen kann, ist als unzulässige Umgehung des Gesetzes abzulehnen. Dies gilt erst recht dann, wenn überhaupt keine Grundvereinbarung über die Lage der Arbeitszeit getroffen wurde“.

Den zwingenden Bestimmungen der §§ 19b ff AZG wird der von der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft vorgelegte Vertrag in keiner Weise gerecht. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass für Arbeitnehmer im Bestattungsgewerbe ein Kollektivvertrag nicht besteht. Dass der „fallweise Dienstnehmer“ auf Grund des Inhaltes der Rahmenvereinbarung Anspruch auf eine Grundentlohnung hätte, ist dem Vertrag nicht zu entnehmen. Dass ein derartiger Arbeitnehmer aber auch Anspruch auf ein Mindestausmaß an Beschäftigung hätte, lässt sich weder aus dem Vertrag ableiten noch ergibt sich dies aus den Ausführungen des Geschäftsführers von „***“ in der mündlichen Verhandlung. Er kann also einen Arbeitseinsatz nicht „erzwingen“, sondern ist auf die nicht näher determinierte Bereitschaft des Arbeitgebers, ihn zu einem Arbeitseinsatz einzuteilen, angewiesen. Durch die von der Bietergemeinschaft gewählte vertragliche Gestaltung trägt das volle wirtschaftliche Risiko für eine schwache Auftragslage der dem Pool angehörende „fallweise Dienstnehmer“. Durch diese Verletzung der zwingend anzuwendenden Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes (eines Arbeitnehmerschutzgesetzes) verstößt die Bietergemeinschaft gegen die Bedingungen der einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibung bildende VD 307 (Punkt 2 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen). Den zwingenden Bestimmungen der Paragraphen 19 b, ff AZG wird der von der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft vorgelegte Vertrag in keiner Weise gerecht. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass für Arbeitnehmer im Bestattungsgewerbe ein Kollektivvertrag nicht besteht. Dass der „fallweise Dienstnehmer“ auf Grund des Inhaltes der Rahmenvereinbarung Anspruch auf eine Grundentlohnung hätte, ist dem Vertrag nicht zu entnehmen. Dass ein derartiger Arbeitnehmer aber auch Anspruch auf ein Mindestausmaß an Beschäftigung hätte, lässt sich weder aus dem Vertrag ableiten noch ergibt sich dies aus den Ausführungen des Geschäftsführers von „***“ in der mündlichen Verhandlung. Er kann also einen Arbeitseinsatz nicht „erzwingen“, sondern ist auf die nicht näher determinierte Bereitschaft des Arbeitgebers, ihn zu einem Arbeitseinsatz einzuteilen, angewiesen. Durch die von der Bietergemeinschaft gewählte vertragliche Gestaltung trägt das volle wirtschaftliche Risiko für eine schwache Auftragslage der dem Pool angehörende „fallweise Dienstnehmer“. Durch diese Verletzung der zwingend anzuwendenden Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes (eines Arbeitnehmerschutzgesetzes) verstößt die Bietergemeinschaft gegen die Bedingungen der einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibung bildende VD 307 (Punkt 2 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen).

Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass der Rahmenvertrag nur als Erklärung des Dienstnehmers zum Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit nur kurzer Laufzeit zu werten wäre, würde auch dies gegen arbeitsrechtliche Grundsätze verstoßen. Bei derartigen Verträgen müsste naturgemäß bei jedem Vertragsabschluss Ausmaß und Lage der Arbeitszeit neu vereinbart werden, sodass es sich dabei nach ständiger Judikatur der Höchstgerichte um eine Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse („Kettenarbeitsverhältnisse“) handeln würde, die grundsätzlich unzulässig sind. Auch bei einer derartigen vertraglichen Gestaltung würde somit das Vorgehen der für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bietergemeinschaft gegen Grundsätze des Arbeits- und Sozialrechtes verstoßen.

Durch die von der Bietergemeinschaft gewählte vertragliche Gestaltung der Beschäftigungsverhältnisse von mehreren, in einem Pool auf Abruf wartender Personen erlangt diese, da das wirtschaftliche Risiko bei mangelnder Auftragslage ausschließlich der Arbeitnehmer trägt, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern, die sich an die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen, die nach den Ausschreibungsunterlagen zwingend einzuhalten waren, halten. Damit kann ein Bieter seine Personalkosten deutlich geringer kalkulieren, als Mitbewerber, die sich gesetzestreu verhalten. Da die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft auf Grundlage dieser rechtlichen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse ihr Angebot erstellt hat, hat sie nicht nur gegen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen (VD 307) sondern auch gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs

verstoßen. Sie hat dadurch, dass sie vergaberechtliche Bestimmungen nicht eingehalten hat, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Mitbewerberin erreicht, worin jedenfalls eine Verletzung des § 21 Abs. 1 BVergG 2002 zu erblicken ist. Wenn auch die Bestimmung des § 98 Z 8 BVergG 2002 nicht unmittelbar für das gegenständliche Verfahren heranzuziehen ist, kann doch diese Bestimmung bei der Prüfung, ob ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 BVergG 2002 vorliegt, analog herangezogen werden. Durch die von der Bietergemeinschaft gewählte vertragliche Gestaltung der Beschäftigungsverhältnisse von mehreren, in einem Pool auf Abruf wartender Personen erlangt diese, da das wirtschaftliche Risiko bei mangelnder Auftragslage ausschließlich der Arbeitnehmer trägt, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern, die sich an die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen, die nach den Ausschreibungsunterlagen zwingend einzuhalten waren, halten. Damit kann ein Bieter seine Personalkosten deutlich geringer kalkulieren, als Mitbewerber, die sich gesetzestreu verhalten. Da die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Bietergemeinschaft auf Grundlage dieser rechtlichen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse ihr Angebot erstellt hat, hat sie nicht nur gegen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen (VD 307) sondern auch gegen die Grundsätze des freien und lauten Wettbewerbs verstoßen. Sie hat dadurch, dass sie vergaberechtliche Bestimmungen nicht eingehalten hat, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Mitbewerberin erreicht, worin jedenfalls eine Verletzung des Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 zu erblicken ist. Wenn auch die Bestimmung des Paragraph 98, Ziffer 8, BVergG 2002 nicht unmittelbar für das gegenständliche Verfahren heranzuziehen ist, kann doch diese Bestimmung bei der Prüfung, ob ein Verstoß gegen Paragraph 21, Absatz eins, BVergG 2002 vorliegt, analog herangezogen werden.

Aus diesen Gründen war dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung statt zu geben.

Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die einstweilige Verfügung gemäß § 23 Abs. 5 WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Da mit dieser Entscheidung das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die Bestimmung des § 74 Abs. 2 AVG in Verbindung mit § 30 Abs. 5 WVRG. Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die Bestimmung des Paragraph 74, Absatz 2, AVG in Verbindung mit Paragraph 30, Absatz 5, WVRG.

Schlagworte

Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen; Verletzung arbeitsrechtlicher Bestimmungen als Ausscheidungsgrund; unzulässige Rahmenverträge.

Dokumentnummer

VERGT_20050624_1330_05_00

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